UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Faculdade de Direito do Recife
Programa de Pós-Graduação
Curso de Doutorado

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na
Constituição Federal brasileira de 1988

Fabiano André de Souza Mendonça

Recife/PE
Fev/02

FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO:

TEORIA DOS LIMITES DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO
ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Tese apresentada ao Curso de Doutorado da Faculdade de Direito do Recife/UFPE, sob a orientação do Professor Doutor Eduardo Ramalho Rabenhorst, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Recife/PE
Fev/02

FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição
Federal brasileira de 1988

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, sob a orientação do Professor Doutor Eduardo R. Rabenhorst, como requisito parcial à obtenção do título de doutor em Direito Público, com área complementar em Filosofia e Teoria Geral do Direito, onde foi aprovada após defesa perante Banca Examinadora com a seguinte composição:

Presidente: Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Universidade Federal de Pernambuco

Membros: Professor Doutor Paulo Lopo Saraiva
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Professor Doutor Marcelo de Almeida Medeiros
Universidade Federal de Pernambuco

Professor Doutor José Luciano Góis de Oliveira
Universidade Federal de Pernambuco

Professor Doutor Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
Universidade Federal de Pernambuco

Recife-PE, 6 de fevereiro de 2002.

a democracia nunca é o fruto de uma evolução natural e inelutável da sociedade política. Ela se institucionaliza, muito ao contrário, ao longo de um incessante e penoso trabalho de defesa da dignidade humana.

Fábio Konder COMPARATO, **ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.**

Antes de o céu perder o azul, há luz suficiente para o colorido das pontes, a copa das árvores, as fachadas e as cúpulas dos prédios saírem do escuro e, apenas com parte na penumbra, darem vida aos – e ganharem vida dos – incontáveis pontos de luz que ainda jazem nos postes... tanta luz para tão poucos...

Fabiano MENDONÇA, **Diário acadêmico.**

Dedico este estudo

A Deus,

Ao meu avô, Manoel André de Souza, *in memoriam*,
exemplo maior e estímulo constante, a
quem devo orgulhar,

Aos meus pais, Cledionor (Kidinho) e Celeste,

A minha esposa, Bianca,

A Ana Patrícia e André Felipe, dois pequeninos sóis,

Aos meus irmãos, Fábio e Júnior,

A uma sociedade que se pretenda mais feliz.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos devem ser certos, pois quem abraça a todos – genericamente – por fim não abraça ninguém. A conciliação entre a vida pessoal, profissional e acadêmica, mostra, cabalmente, que não é apenas uma questão de papéis sociais, mas precisamos mesmo ser muitos no dia-a-dia. Com a força arrebatadora dessa constatação, resta ao ser humano o que o faz como tal: o outro. A arrogante independência fica humilhada na sua presença. O coração, todavia, é maior do que a lembrança, abraços:

Bianca Mendonça, cuja luta, dedicação e espera, como acadêmica, advogada, mãe, esposa e amiga, só não é maior do que o meu amor por ela,

Professor Giuseppi da Costa, pelo apoio à frente da Procuradoria-Geral da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em cuja pessoa saúdo tão honrosa instituição,

Tili Storace, Lívio Alves, Maurício Melo e Cláudio Emílio, pela força roubada nos últimos anos,

À CAPES, pela confiança,

Ao professor Eduardo Rabenhorst, dedicado e honesto orientador, de paciência inabalável, cujo esforço não é meu desejo menosprezar ou frustrar,

A Maria dos Remédios, Marcelo Navarro, Bento Herculano, Virgílio Fernandes e Hebe Marinho, pelo incentivo e atenção,

Francisco Queiroz, pela avaliação constante e crítica,

A Vladimir França, amigo de longas e tantas lutas, ainda por terminarem e iniciarem,

A Gustavo Ferreira Santos pela amizade desprendida, pelos *city tours* e por emprestar sua infundável capacidade jurídica,

A Paulo Lopo Saraiva, amigo e lente, professor de crenças e de personalidades, para que não cesse,

Aos professores Ivo Dantas, Andreas Krell, Nilzardo Carneiro Leão e Clèmerson Merlin Clève, pelo conhecimento transmitido de maneira segura e verdadeira,

A Raymundo Juliano, pelas lições e amizade,

Ao professor Lourival Vilanova, pela atenção, apontamentos e grandiosidade, como jurista e, principalmente, como pessoa,

Walber Agra, Artur Stamford, Alexandre da Maia, Larissa Leal, Antonieta e João Paulo, companheiros de luta no ensino jurídico e que iniciaram comigo esta empreitada, que agora traça novos rumos.

João Maurício Adeodato, Cláudio Souto e Fernando Scaff, pelo que representam na minha formação jurídica,

Professora Conceição Passeggi, pelo apoio técnico.

A minhas turmas de Sociologia Jurídica e Hermenêutica Jurídica (FARN) e Direito Administrativo (ESMARN) pelos debates proporcionados,

Ao Instituto Potiguar de Direito Público (Elke Cunha, Vladimir, Flávia Dantas, Yara Gurgel, Bianca, Eduardo, Elaine), pelo ideal,

Um forte abraço e um muito obrigado.

Fabiano André

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limitação da responsabilidade do Estado**: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado na Constituição Federal brasileira de 1988, 2001. 193 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

RESUMO

A pesquisa busca estabelecer parâmetros para a análise dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado brasileiro de acordo com a Constituição de 1988, para alcançar segurança jurídica. O Direito é vislumbrado como um conjunto de ciências, a saber, filosofia, sociologia e dogmática jurídicas, interdependentes. Acima de tudo, a realidade não é produto exclusivo da lei, mas também fruto do labor do jurista. De posse desses dados, adentra-se no estudo da teoria da responsabilidade, a partir de seus aspectos classificatórios, onde se vê: responsabilidade em sentido amplo, responsabilidade jurídica, responsabilidade em sentido estrito. É exposta sua evolução histórica e, após, suas feições filosóficas, seu significado para o homem e sua vinculação com a igualdade. A igualdade é vista como o motivo principal da responsabilidade, daí a necessidade de estudá-la. Com esses fatores, é analisado o mecanismo lógico que se opera na responsabilidade e sua relação com o dever jurídico. Estabelecem-se os limites e as excludentes da responsabilidade, com distinção de alcance e natureza. As limitações são: básicas, básicas especiais e específicas. É vista a importância dos princípios e da proporcionalidade para o Estado de Direito nos dias atuais. A responsabilidade do Estado por atos lícitos é conceituada como exercício condicionado de direitos, capaz de gerar a nulidade. Enfim, há aplicação da pesquisa ao caso das decisões judiciais, com análise das variáveis envolvidas no trato do Poder Judiciário.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limitations de la responsabilité de l'État**: théorie de la limitation de la responsabilité extracontractuelle de l'État dans la Constitution Fédérale Brésilienne de 1988, 2001. 193 p. Thèse (Doctorat en Droit) – Faculté de Droit de Recife, Université Fédérale de Pernambuco, Recife.

RÉSUMÉ

Dans cette recherche on essaie d'établir quelques paramètres pour l'analyse des limites de la responsabilité extracontractuelle de l'État brésilien, déterminés par la Constitution de 1988, pour atteindre la sécurité juridique. Le Droit y est perçu comme un ensemble de sciences interdépendantes, à savoir: la philosophie, la sociologie et la dogmatique juridiques. La réalité n'est pas construite par la loi, mais surtout, par le juriste. À partir de ces constatations, on approfondit l'étude de la théorie de la responsabilité, en considérant ses aspects classificatoires, où l'on envisage: la responsabilité *lato sensu*, la responsabilité juridique et la responsabilité *stricto sensu*. On présente son évolution historique et, ensuite, ses aspects philosophiques, sa signification pour l'homme et ses liens avec l'égalité. L'égalité est considérée comme la raison principale de la responsabilité, d'où le besoin de l'étudier. On s'appuie sur ces facteurs pour analyser les mécanismes logiques qui opèrent dans la responsabilité et sa relation avec le devoir juridique. On établit les limites et les situations qui excluent la responsabilité en distinguant sa portée et sa nature. Les limitations sont: des limitations de base, de base spéciale et spécifiques. On unit l'importance des principes et de la proportionnalité pour l'État-de-Droit, aujourd'hui. La responsabilité de l'État par des actes licites est conceptualisée comme exercice conditionné de droits, capable de générer la nullité. Finalement, les résultats de la recherche peuvent être appliqués à des cas des décisions judiciaires, avec l'analyse des variables concernant l'activité du Pouvoir Judiciaire.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	x
1 INTRODUÇÃO: LIBERDADE, IGUALDADE, LEGALIDADE E CIDADANIA, UM NOVO CAMINHO PARA A RESPONSABILIDADE?	1
2 COLOCAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE	14
2.1 CIRCUNAVEGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL	14
2.2 LUGAR NA TEORIA DO DIREITO	18
2.3 A QUESTÃO DA LEGALIDADE	22
2.4 REALIZABILIDADE JURÍDICA E INTERDEPENDÊNCIA DOS SABERES JURÍDICOS FUNDAMENTAIS	29
2.4.1 <i>A importância de parâmetros metodológicos</i>	29
2.4.2 <i>Um sentido para a Teoria do Direito</i>	31
2.4.3 <i>Da prática</i>	35
2.4.4 <i>A construção da realidade</i>	37
3 PRESSUPOSTOS RELACIONAIS, FILOSÓFICOS E POLÍTICOS DA RESPONSABILIDADE	45
3.1 BILATERALIDADE.....	45
3.2 NOÇÕES HISTÓRICAS	52
3.3 ASPECTOS FILOSÓFICOS DA RESPONSABILIDADE.....	56
3.3.1 <i>Sobre a igualdade</i>	59
3.3.2 <i>O significado da igualdade</i>	61
3.3.3 <i>O critério da igualdade</i>	66
3.3.4 <i>Quem é igual?</i>	72
3.4 A RESPONSABILIDADE E SUA CONSTRUÇÃO NORMATIVA: A TEORIA PURA DO DIREITO	74
3.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE: LIMITES E EXCLUDENTES	79
3.5.1 <i>Conceitos e diferenças</i>	79
3.5.2 <i>Limites e excludentes na sistemática constitucional brasileira</i>	91
4 RESPONSABILIDADE E ESTADO DE DIREITO	94
4.1 A CONDIÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA	99
4.2 O PRESSUPOSTO DE PROPORCIONALIDADE.....	104
4.3 LEGISLAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O EXERCÍCIO DA GARANTIA	110
4.4 OBJETIVOS: APLICAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO.....	113
5 A ESTRUTURA LÓGICA DA RESPONSABILIDADE E SEUS EFEITOS.....	115
5.1 AINDA OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE: A VIA REPRESSIVA	115
5.2 ANÁLISE CLASSIFICATÓRIA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	119
5.2.1 <i>Submissão ao interesse social</i>	130
5.2.2 <i>Uso do meio menos gravoso</i>	130
5.2.3 <i>Verificação de hipóteses: a responsabilidade por ato lícito como o exercício condicionado de um direito</i>	131
5.2.4 <i>Efeitos</i>	133
5.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVALIDAÇÃO DE ATOS DO PODER PÚBLICO	142
5.4 REVISÃO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE JUDICIAL	145
6 RETORNO AO DIREITO PROCESSUAL.....	151
6.1 TIPIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL	156
6.2 SOBRE O DIREITO INTERTEMPORAL: DETERMINAÇÃO DA REGRA APLICÁVEL	167
7 CONCLUSÃO.....	172
7.1 RESPONSABILIDADE POR MUDANÇA INTERPRETATIVA.....	176
7.2 QUATRO CASOS	177
7.3 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL	179

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	184
8.1 LIVROS.....	184
8.2 ARTIGOS.....	190

LISTA DE ABREVIATURAS

c.	– Capítulo
CC	– Código Civil Brasileiro
CCB	– Código Civil Brasileiro
CF	– Constituição Federal
Cf.	– confrontar
CP	– Código Penal
CPB	– Código Penal Brasileiro
CPC	– Código de Processo Civil
CRFB	– Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	– Código Tributário Nacional
DJU	– Diário da Justiça da União
EC	– Emenda Constitucional
ulg.	– julgado
LEX JSTJ e TRF	– Lex, jurisprudência do STJ e dos TRFs
LF	– Lei de Falências
Min.	– Ministro
MI	– Mandado de Injunção
MS	– Mandado de Segurança
nº	– número (ato normativo)
NCC	– Novo Código Civil (Lei 10.406/02)
ob. cit.	– obra citada
org.	– organizador(a)
p.	– página(s)
p. ex.	– por exemplo
RE	– Recurso Extraordinário
Rel.	– Relator
REsp	– Recurso Especial
Sç	– Seção
segs.	– seguintes
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TRF _R	– Tribunal Regional Federal da __ Região
V./v.	– ver (obra)/volume

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

1 INTRODUÇÃO: liberdade, igualdade, legalidade e cidadania, um novo caminho para a responsabilidade?

Cette partie du droit civil [la responsabilité] s'est hypertrophiée au cours du XXe siècle. C'est que les dommages se sont multipliés: la vie urbaine nous jette les uns sur les autres, les machines explosent, l'inflation des lois fait foisonner les manquements à la loi. Et en face les victimes sont devenues plus exigeantes.

Jean CARBONNIER, **Droit et passion du droit**¹.

A evolução econômica e social fez da responsabilidade civil o problema central do direito privado no século XX. [...] Inicialmente a prática e, depois, a doutrina se têm desenvolvido sob a pressão das necessidades da vida cotidiana. E, havendo feito tão depressa novas conquistas, a responsabilidade civil se vê proprietária de um campo imenso onde domina ainda a anarquia fecunda das grandes terras virgens.

Arnold WALD, **Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no domínio da responsabilidade civil**².

Cada vez mais é forte a noção de que a responsabilidade do Estado é um tema diretamente relacionado com a efetivação da cidadania. Não que se trate de um discurso demagógico sobre como impor ônus ao mau administrador, mas porque a responsabilidade em si representa o ordenamento injetado de vida, dinâmico.

¹ **Droit et passion du droit sous la Ve République.** Mayenne: Flammarion, 1996. p. 150. (Collection Forum)

² Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1953. p. 11.

A pergunta por sua existência é a resposta para um problema de fato. E a firmeza daquela resposta depende em muito de sairmos de uma abstração tecnicista e conseguirmos transferir para a comunidade uma determinada forma de agir.

Como hoje a temos construída, a cidadania é inclusão real no ordenamento. E ela só pode existir na medida em que as pessoas participam de um diálogo possível e compartilham uma linguagem³ comum. Ou seja, onde há interação social, principalmente com o jurídico.

Nesse sentido, há forte dessemelhança objetiva na nossa sociedade, em razão da diversidade de capacidade para compreensão da realidade resultante das deficiências apresentadas pelo sistema educacional. O que resulta na impossibilidade de se efetivar a cidadania. Não há como lutar por ou querer um direito que não se conhece.

E, uma vez conhecidas pelas partes a relação jurídica onde se incluem, exsurge daí que a violação da mesma por uma delas faz surgir várias questões acerca da conseqüência pela inexecução: enriquecimento sem causa⁴, juros moratórios, cláusula penal, perdas e danos, repetição de pagamento indevido, resolução contratual etc. A se entender o relacionamento Estado-Indivíduo como uma súmula de obrigações assumidas por cada lado envolvido, a responsabilidade exsurge, no que interesse para o presente estudo, do não cumprimento de “cláusulas contratuais legais” (já que aqui não se cogita da responsabilidade contratual do Estado, mas sim da extracontratual) ou da geração de enriquecimento sem causa, conforme adiante se verá.

E a fundamentação do equilíbrio dessa relação (equilíbrio escolhido politicamente para o ordenamento e pode ser estritamente formal ou contemplar desigualdade material, como nas relações trabalhistas ou nas de consumo) é que justifica o princípio ínsito à questão da responsabilidade: o princípio da igualdade⁵. É a sua restauração que se busca por

³ MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Trad. por José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p. 20: “a linguagem é um operar em coordenações consensuais de coordenações consensuais de ações.” Segundo o autor, não ocorre no corpo, mas “nas relações com os outros” (*Ibidem*, p. 27). Segue-se que, se não houver um compartilhamento de um domínio de ações não é possível ocorrer uma aceitação do outro na convivência.

⁴ Sobre a orientação do Código Civil brasileiro, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**; v.2: Teoria Geral das Obrigações. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 202-7.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**; v.3: Fontes das obrigações. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 103: Discorrendo acerca da origem da cláusula resolutiva tácita pelo descumprimento de sua prestação pelo devedor, diz o autor que “para Picard e Prudhomme, seu fundamento é a *equidade*, que se não compadece com a execução do contrato quando ocorre desequilíbrio gerado pela inexecução.” Adiante, o autor expõe a equidade também como fundamento da *exceptio non adimpleti contractus*.

intermédio do mecanismo da responsabilidade. E é a partir daquele que este será aqui examinado.

A igualdade foi uma das bandeiras sob as quais surgiu o princípio da legalidade, o qual cuidou de traçar limites para a ação do Estado e o território de ação do particular. Assim, não há uma legalidade pública e outra privada, antes há um princípio que delimitou historicamente a área de ação do Estado, deixando o restante do terreno livre para a movimentação do indivíduo. Pode-se dizer, metaforicamente, que a legalidade é uma cerca a prender o Estado.

Mas o indivíduo virou sociedade. A tendência jurídico-privatística, de caráter patrimonialista e individualista do século XIX, cedeu espaço, no século XX, à observação de novos valores, sociais, no Direito Público. Uma mutação axiológica que se impõe a todos os institutos que o compõem, independentemente de sua origem privada.

Sobreveio a Constituição de 88 e ainda se proclamam os mesmos cânones em termos de responsabilidade (por mais que se reconheça o caráter de avanço representado pela responsabilidade objetiva do Estado, apenas em fase de consolidação jurisprudencial)⁶. Do mesmo modo que mudou a igualdade (certamente a igualdade de que se fala hoje não a mesma trazida pela Carta de 1824, pela de 1946 ou pela de 1967/69), devem ser melhor analisados o parâmetros da responsabilidade.

É preciso verificar se não foi feito uma cerca muito rígida ao redor do Estado, impossibilitando-o de reagir a situações inesperadas. Verificar se é realmente o caso de se responsabilizá-lo cada vez que, metaforicamente, pular a cerca. Ou se é chegada a hora de definir as hipóteses em que pode ultrapassá-la⁷.

⁶ Cf. síntese legal evolutiva em MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 87, 95-103.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 13, jun., 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Ver-13/perplex.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2000. O autor denomina de “patologia institucional” o alcance exagerado dado ao nexos causal na responsabilidade do Estado, de modo a sobrecarregar de obrigações a União, o que protegeria privilégios e corporativismos: “Alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente. Por mais que se faça um pretensu juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo ‘à brasileira’, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados. [...] **A tarefa de todos, nesse contexto, é desenvolver uma percepção crítica, para permitir-se a identificação e a denúncia das tentativas ilegítimas de apropriações indevidas de recursos da sociedade brasileira.**” [grifos acrescentados]; cf. nota 362. Observe-se que essa proteção dos recursos não pode

A partir dessa impressão primeira, foram elaboradas construções que representam o conteúdo desta tese: a diferenciação lógica e de fundamento entre a responsabilidade do Estado por ato lícito e por ato ilícito, com suas conseqüências para a idéia de nulidade; a divisão da irresponsabilidade em duas espécies – limitação e exclusão; e a aplicação desse desenvolvimento ao tema das decisões judiciais⁸.

Agora, é necessário situar cientificamente o tema a ser pesquisado. Decisões como as recentemente verificadas em hipóteses de divergência (como ações de modificação, rescisórias etc) devem-se, em grande parte, ao fato de o Judiciário ter, durante longo tempo, evitado discutir o tema da divergência jurisprudencial conjugado com sua responsabilização. Isso reflete até mesmo o receio decorrente do risco em se aplicar uma teoria mal aprofundada.

Um trabalho que versa sobre o Judiciário não deve se destinar a dizer sempre o que o juiz deve fazer ou como deve agir; por vezes, falar de uma profissão estranha à do autor. Na verdade, o rol de atores desse poder é mais abrangente e não devem predominar os escritos de cada um dos grupos de agentes para o próprio setor. Este trabalho é para aqueles que trabalham com o Judiciário, mesmo que apenas no plano teórico.

A responsabilidade, do modo aqui tratado, classificar-se-á da seguinte forma: **penal** (*sentido estrito*) ou **pessoal**, quando deambulatória e pessoal; **penal** (*sentido amplo*), onde há a idéia de impor penalidade ou pagamento de lucros cessantes – que é prejuízo efetivamente não ocorrido – seja de origem patrimonial ou pessoal. Contrapõe-se à **civil** (*não-penal*) ou **patrimonial**, a qual é essencialmente patrimonial – simples retorno ao *status quo ante*. A patrimonial poderia ser penal (sentido amplo) ou civil.

Repita-se, é tradicional bipartir os estudos sobre responsabilidade em dois grandes ramos: civil e penal, ou ainda, subjetiva e objetiva. Sem desconhecer a importância, até mesmo evolutiva, dessas distinções, vê-se outra igualmente importante: pública e privada.

Primeiro, porque a classificação em penal ou civil diz respeito à origem do dano. Porém, há fatos que bem poderiam ter repercussões penais, que, todavia, aguardam tipificação e assim, quando muito, ensejam reparação meramente patrimonial.

levar à irresponsabilidade do Estado nem ao estabelecimento de um rei responsável pela guarda do tesouro, o qual deve ser usufruído pelo povo.

⁸ A temática da cidadania e seus laços sociais ficam bem emoldurada pelos versos populares de Petrúcio AMORIM, **filho do dono**: “desigualdade rima com hipocrisia, não tem verso nem poesia que console o cantador.”

E, por sua vez, há fatos tipicamente civis com repercussões penais, como o débito de pensão alimentícia e as condutas ligadas a aspectos financeiros e aduaneiros. Onde se vê a dificuldade em estabelecer separação científica entre esses fatos. Máxime porque o mesmo fato por dar origem a reparações de ambos os gêneros.

Melhor distinção é aquela que separa entre responsabilidade pessoal (a penal) e patrimonial (a civil), consoante as conseqüências.

O estudo do tema pela divisão da responsabilidade em civil e penal merece, assim, observações. Primeiramente a civil. A expressão civil aí é utilizada em contrário à penal. Mas, se bem observado, a responsabilização do patrimônio em vez da pessoa, foi apenas uma substituição do objeto da pena para os atos ilícitos. Daí também ser **penal**.

A denominação responsabilidade penal restará para os casos em que a pessoa do agente possa vir a sofrer restrições de acordo com as diversas espécies de penas existentes. Existindo penas meramente pecuniárias, como as resultantes do descumprimento de obrigações tributárias, por exemplo.

Por sua vez, há a distinção suportada pelo fator culpa. De acordo com sua presença ou não na análise do dever de reparar um dano, poderá ser subjetiva ou objetiva, conforme a mesma esteja ou não presente, respectivamente.

Porém, a evolução histórico-jurídica fez com que à responsabilidade subjetiva fosse acrescido um caráter marcadamente individualista e assim privado. Enquanto que a responsabilidade objetiva teve ressaltado o seu caráter público, onde caberia melhor a expressão coletivo (pois nem sempre diz respeito à reparação pelo Poder Público, mas também pela coletividade, como num seguro).⁹

Aquele campo aberto da responsabilidade alargou-se ainda mais, pois hoje o problema não é só tratado em termos de direito privado, mas, derrubadas as barreiras academicistas que o separavam do público, abrange também este.

O presente estudo representa uma evolução e, ao mesmo tempo, uma síntese de diversas pesquisas parciais elaboradas nos últimos anos. Pois o trabalho científico deve, sem ser repetitivo, apresentar um contínuo crescimento.

⁹ Elcio Trujillo critica a confusão surgida entre os cânones do Direito Público e do Direito Privado quando o tema é a responsabilidade do Estado (**Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Livraria Editora de Direito, 1996. p. 33 e segs.).

É objetivo aplicar a fundamentação da responsabilidade ao tema da sua limitação e daí retirar, por dedução, as conseqüências científicas possíveis.

A classificação da responsabilidade aqui utilizada tem ênfase nas relações público-objetiva (coletivização dos riscos) e privado-subjetiva.

Uma das grandes carências da Ciência Jurídica na modernidade (ou pós-modernidade) está nos estudos sobre Responsabilidade do Estado. Em geral, a doutrina limita-se a classificá-la e explicar como funciona em regra. É sentida a ausência de uma generalização de estudos mais pormenorizados. O que já começa a ocorrer, notadamente nos domínios da responsabilidade do Estado por atos judiciais, por condução da economia e por danos ambientais. Listagem exemplificativa disso pode ser encontrada nas referências bibliográficas ao final desta pesquisa.

O direito à reparação pelo dano ao patrimônio individual vem, assim, consagrado na Constituição Brasileira de 1988 em diversos dispositivos, como, de maneira mais direta, no artigo 5º, incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”), X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”), XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”), LXXV (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”) e 21, XXIII, “c” (“a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”) e 24, VIII (é competência concorrente legislar sobre “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”).

Donde se extrai a inconstitucionalidade das normas infralegais que obstaculem esse direito do cidadão. Note-se que o direito de regresso é uma verdadeira obrigação para o Estado que, guiado pelo binômio lei-interesse público, não pode dispor do erário sem expressa autorização para tal.

A responsabilidade do Estado desenvolve-se, então, no plano lógico-jurídico, como uma tentativa classificatória perante um ato humano. “Quando se diz que o direito

nasce do fato tem-se em vista que a norma jurídica define uma possibilidade. [...] É um mero vir a ser.”¹⁰

O trabalho ora proposto buscará identificar os elementos gerais da responsabilidade, antes de adentrar na sua limitação.

Também sobre a metodologia utilizada, é preciso expor as convenções do texto. Em notas de rodapé foram colocadas referências, citações e comentários, independentemente da extensão, para o aprofundamento de questões pontuais cujo desenvolvimento não se mostrava como portador de contribuição essencial para o aperfeiçoamento da pesquisa aqui elaborada, sem todavia, deixar de favorecer uma compreensão mais firme e ampla do pensamento exposto. Tais comentários podem ser lidos ao final do capítulo ou conforme o interesse do leitor. Igualmente, foram lançadas em rodapé as referências bibliográficas completas, para permitir a imediata identificação, pelo leitor, das fontes consultadas.

O negrito está utilizado para destacar e enfatizar determinado raciocínio ou palavra. Já o itálico consta das palavras em língua estrangeira ou citações diretas, quando assim constasse na formatação original. Salvo as epígrafes, por seu valor, muitas vezes, literário ou retórico, então assim uniformizado, as eventuais citações diretas em língua estrangeira encontram-se traduzidas, acompanhadas da transcrição referenciada do original em nota de rodapé, exceto para os textos em espanhol e de tradução potencialmente não exigente de conhecimentos, para possibilitar o contato do leitor diretamente com a formulação original da idéia, sem a interferência do tradutor.

A pesquisa foi marcada por diversos momentos, sempre respeitada a idéia original de verificar a extensão da tese defendida em dissertação de mestrado, segundo a qual o ordenamento brasileiro alberga a responsabilidade do Estado por tratamento anti-isonômico proporcionado pelo Judiciário.

Primeiro, vieram os estudos acerca da responsabilidade, principalmente a civil. Depois, foi acrescentada a visão acerca da personalidade jurídica do Estado. Nesse momento, mostrou-se importante buscar apoio em trabalhos de Ciência Política, Filosofia e Teoria do Direito. Era o plano teórico.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 27. George Browne RÊGO (“Os princípios fundamentais e sua natureza estruturante na Constituição de 1988”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, n.8, p. 117-44, 1997, p. 143) refere-se à norma

Posteriormente, para aprofundar as idéias de limitação e de exclusão da responsabilidade estatal, foi utilizada a doutrina de direito tributário. Esses momentos, porém, não foram estanques entre si, mas permaneceram em constante contato.

Por não ser um trabalho de análise jurisprudencial ou de sua evolução, as eventuais decisões judiciais utilizadas diretamente estão lançada ao longo do texto, certo de que tal fonte foi bastante utilizada como referência, por vezes em leitura documental de repertórios, outras nos próprios livros ou diretamente no Diário da Justiça. Aqui, a preocupação central foi a evolução teórica (doutrinária) do tema. O que pode ser melhor visto na relação de referência bibliográfica utilizada e constante no final da pesquisa.

A pesquisa desenvolveu-se, basicamente, no âmbito documental (leis, em sentido material, e decisões judiciais) e bibliográfico. Sempre com vistas ao debate dos temas, de forma a possibilitar um processo ora indutivo (as exigências dos fatos e da igualdade em si), ora dedutivo (como funciona o sistema), mas sempre criativo e dialético. Todas essas fontes foram pesquisadas buscando-se tanto o ponto de vista contemporâneo, como também, o aspecto histórico, para que se possa tornar possível a projeção de rumos e evoluções.

Na ausência de maior desbravamento do tema responsabilidade pública, foi preciso desenvolver estudos nos mais diferentes sentidos, com o obter subsídios para uma Teoria Geral da Responsabilidade Pública. Pois, fez-se presente a necessidade de um trabalho que reunisse todos os elementos teóricos envolvidos. Coleta que se tentou levar a efeitos, com a devida aplicação jurídica.

O próximo capítulo (segundo) adota uma perspectiva indutiva, ao iniciar com a configuração da responsabilidade e sua importância nos dias atuais, até culminar na Teoria do Direito. Após essa condução, onde primeiro é visualizado um nível de linguagem e depois passa-se a um patamar superior de generalização, o discurso prossegue em seqüência dedutiva. Com isso, cabe a observação de Miguel Reale, para quem, em situação como essa, “a indução e a dedução [...] se conjugam e se completam, como sístole e diástole do coração do conhecimento.”¹¹

constitucional como um “querer-ser nacional”. Todavia, a melhor expressão para designar esse dever-ser é um lacônico e incerto “pode-ser...”

¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 84.

Assim, ascende-se para a Teoria Geral do Direito e, no mesmo plano, é feita a transposição para a Teoria Geral da Responsabilidade, quando, então, tem início a aplicação da linguagem desenvolvida.

No terceiro capítulo, a visão é mais especificada, ainda no plano teórico, para a teoria da responsabilidade. Pois, de posse dos dados teóricos que permitem elucidar os eventuais problemas que surjam na pesquisa, é possível principiar o diálogo entre teoria e prática de maneira produtiva. Ou seja, a visão geral do tema é ofertada, para depois ser investigada a teoria geral que o embasa, com a posterior aplicação gradativa dos elementos ideais à temática que os invocou.

Após uma introdução sumária acerca do histórico da responsabilidade e da importância dos princípios constitucionais, segue uma exposição sintética sobre o fundamento filosófico e psicológico da responsabilidade e da temática da igualdade, principalmente, no que toca à responsabilidade pública. Posteriormente, será exposta a noção de dano.

Aqui está localizada a distinção entre **limites** e **excludentes** da responsabilidade.

Parte-se da **classificação da responsabilidade** em sentido amplo, estrito e jurídico, para aprofundar-se nesta.

Especial atenção é dada à noção de igualdade, com o desenvolvimento de suas diversas perspectivas. Todavia, sem se constituir em mera coletânea de informações, trata-se de agrupamento ordenado de idéias, que forma o conjunto teórico capaz de suportar as orientações elaboradas. O mesmo é feito com a Teoria Pura do Direito, objeto de atenção dentro dos limites apontados para o normativismo.

Ao se expor os **pressupostos da responsabilidade** e como as excludentes neles interferem, chega-se à divisão do tema em: **limitações básicas, básicas específicas e especiais**.

Destaca-se, ainda, a **lista** (tarefa sempre criticada) dos pontos onde a Carta de 88 refere-se de modo mais direto à **igualdade** (expresso ou de forte latência). O que foi feito com o escopo de objetivar os aspectos teóricos e possibilitar aplicação prática, conforme o desenvolvimento que segue.

Nesse sentido, a tese bem poderia ter-se chamado "A Teoria Geral do Direito e a Responsabilidade do Estado", contudo, isso aponta para o método utilizado. Como está ("Limites..."), indica o tema abordado.

A proporcionalidade, o jogo de interesses e qual a posição da lei acerca do ponto em que a conduta humana pode ser considerada excessiva (destruição além da normal) e, assim, prejudicial à sociedade, igualmente é objeto de preocupação no capítulo quatro.

Nesse ponto é feita incursão sobre a atual concepção de Estado, onde tem lastro a sua responsabilidade.

O capítulo cinco sintetiza os pressupostos da responsabilidade com vistas a avançar no seu esmiuçamento lógico; com o que se pode observar as conceituações usuais e sua coerência argumentativa.

Ali, são delineadas as diferenças entre a responsabilidade do Estado por ato ilícito e lícito, esta, vista como **exercício condicionado de direito**. O que exigiu compreensão sistêmica da teoria da invalidade, o que abrange a omissão e a inexistência, feita com apoio – e esforço – em Kelsen, Lourival Vilanova e Pontes de Miranda.

Em vez de apenas se expor a conclusão obtida, optou-se por explanar o raciocínio seguido, passo-a-passo, com as devidas correções de pensamento operadas.

Esse pensamento leva ao estudo da invalidação e da convalidação dos atos praticados pelo Poder Público. Então, de posse do repertório teórico até aí desenvolvido, é feito o primeiro esboço de leitura da responsabilidade do Estado por ato judicial. Área onde a responsabilidade pública mostra carência de estudos e aplicações em sua totalidade.

O título do capítulo seis ("retorno ao Direito Processual") remete-nos ao professor Souto Borges e seu "aprisco tributário"¹². É o momento de se analisar o Judiciário, sua natureza, os deveres de seus membros e sua atuação. De posse desses dados, é aplicada a teoria da responsabilidade, num desenho final da tese, ao Poder Judiciário, com a descrição de seus limites e excludentes.

E, como o processo se desenvolve no tempo, são arrolados elementos acerca do direito intertemporal, como forma de viabilizar a solução de casos concretos.

¹² BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial**: uma visão dialética. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 33.

Para concluir, são lançados reforços argumentativos e aplicações finais da tese ao Judiciário, com o estabelecimento de limitações. Ainda, é feita a análise de quatro hipóteses, construídas a partir de casos concretos, e representativas de diversos gêneros passíveis de ocorrência e abrangentes de grande parcela da experiência, para demonstrar as respostas, com segurança e coerência teórica, que a tese proporciona para situações de difícil solução.

E, com a promulgação do Novo Código Civil, é feita a comparação de seus preceitos sobre a responsabilidade com as idéias aqui definidas. O que revela o fértil campo para a aplicação delas, que em si são independentes de mutações legislativas, mas podem fazer uso da lei para ganhar vida.

Outrossim, a previsibilidade do dano pelo particular e sua influência são fatores que merecem preocupação, bem como, é lembrada a possibilidade de seguro para danos eventuais e a responsabilidade por danos graduais (interesse público).

Não escapa de análise a estrutura decisória do Estado. Em diversos pontos, de que são exemplo a nota 126 e o final dos tópicos 3.1 e 5.1, é avaliado o modo de se conduzir do Estado perante a ordem jurídica, notadamente, o Executivo.

Partindo-se da conceituação das funções essenciais à Justiça como exercício de atividade jurisdicional do Estado, chega-se a alvissareira conclusão. Com efeito, diante das transformações operadas na última década na postura estatal perante a sociedade (seja conservando o intervencionismo ou adotando postura meramente reguladora), não se poderia continuar a compreender o Judiciário como único depositário daquela atividade (salvo minguadas atitudes atípicas dos outros "Poderes", independentemente da quantidade em que ocorram, pois não oferece distinção suficiente em termos de qualidade). Ou seja, um passivo observador a aguardar a demanda para atuar.

Não se está aqui a falar da modernização de instrumentos (Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo etc.), mas de estrutura. Com a Carta de 1988 cresce notavelmente, imiscuida noutros "poderes", a função jurisdicional, e não apenas em termos de controle de constitucionalidade ou de atos administrativos. Pois, advocacia pública, ministério público, advocacia particular e defensoria pública não executam nem legislam¹³. Antes, primam pela higidez da ordem jurídica.

¹³ Para Paulo Lopo Saraiva (**Direito, Política e Justiça na contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002. página final), são funções essenciais à Justiça enquanto valor, não tendo relação com o Poder Judiciário, senão

Alguns, como o Ministério Público, foram dotados de estrutura orgânica própria de um "poder". Já a Advocacia Pública é vinculada às pessoas jurídicas de direito público interno, mas inserida no Executivo (CRFB 131). Os advogados, independentemente de pertencerem à advocacia pública, são funcionários públicos por dicção legal (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, artigo 2º, § 1º) e organizados em Conselhos de Ordem. E a Defensoria Pública reclama melhor estruturação. Todos *custos legis*.

Então, sobre o clássico tema de saber a resposta (responsabilidade) do Estado-Administração quando se confronta com normas inconstitucionais, se deve adotar postura de autonomia ou de submissão – já que é hierarquizado e não lhe cabe retirar normas do ordenamento, chama-se a atenção para os princípios da presunção de constitucionalidade (hoje relativizada pela existência da Ação Declaratória de Constitucionalidade), da supremacia constitucional e da legalidade. Seja lembrado que tal debate decorre da desconfiança na capacidade e nos interesses do administrador público e da busca de uma certeza-segurança-uniformidade jurídica, política e social que a lei de forma alguma proporciona na prática, em razão de seu regular processo de inobservância.

Em casos como tais, respeitado o caráter científico do Direito, apenas um especialista pode se pronunciar. E um especialista com competência jurídica – autorizado, para tanto, salvo situações de periclitção.

Não se poderá acatar parecer, ou vontade, de profissional de outra área acerca da **constitucionalidade** ou não de um Decreto, p. ex. apenas por estar na chefia de um órgão público (o que, por si só, não produz efeitos sobre a capacidade intelectual). Mas, uma vez suscitada a dúvida, ela deverá ser remetida à Advocacia Pública, que poderá autorizar a conduta. Até mesmo, poderá submeter o tema a órgãos superiores para uniformização¹⁴.

Releva notar que inexistente **temor** da diversidade de posicionamentos por vários motivos, dentre os de ordem prática: a) procuradorias estaduais poderão ter uniformizações diferentes de suas congêneres, sem que se possa criticá-las; b) é comum, p. ex., o Tribunal de Justiça de um Estado ter súmula que diverge de seu par noutro ente federado; c) é natural que

quando expressamente referida a relação com a atividade jurisdicional, como no caso do Ministério Público e da Defensoria Pública.

¹⁴ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 261 e segs., com análise da posição de O. Bachof, o autor pauta-se pelo dever de não aplicar norma evidentemente inconstitucional, submetendo a órgão técnico em caso de dúvida fundamentada. V., também, BUSSAMARA, Walter Alexandre. Da possibilidade do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, em matéria tributária, pelos órgãos julgadores administrativos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 163-81, abr./jun. 2001. *passim*.

cada caso reclame solução própria; d) eventual prejuízo pela não aplicação de norma equivale àquele, muito mais comum, decorrente da sua aplicação inconstitucional com correção judicial.

Agora, como dito, segue exposição acerca das preocupações teóricas que subsidiam e norteiam o desenvolvimento da tese.

2 COLOCAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE

2.1 CIRCUNAVEGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Não se pode esperar perfeita aplicação da idéia de responsabilidade do Estado e o conseqüente efeito social que a mesma pode proporcionar se os seus limites são desconhecidos. Apenas há a noção de que o Estado é responsável, mas não é indagado o limite desta. E, a se considerar a pretensa infinita solvabilidade econômica do Estado e o caráter predominantemente retributivo-pecuniário que a sua responsabilização assume, mostra-se necessário bem descrevê-los.

Na época das Grandes Navegações havia a crença num abismo onde tudo acaba, mas ninguém fora até lá. Aqui, a globalização econômica que ali teve início já mostrou que há um abismo financeiro-social para os países de economia periférica – pelo menos, mas também não se vai até o seu extremo, em termos de estudo científico.

Por outro lado, não se aplica o desconhecido. E, em vez de resultar em condenações infinitas do Estado, há uma não submissão do Estado – caso da irresponsabilidade latente por atos judiciais – às regras da responsabilidade, combinada com uma condenação que é predominantemente de caráter pecuniário e repressivo, quando poderia ser preventivo e reparador.

É preciso, assim, tentar unir esses extremos – aplicação responsável pela limitação – circunavegando a responsabilidade, sem receios de condenar por temer criar precedentes, virtualmente de aplicação indesejável no futuro. Receios de tal jaez apenas ocorrem no desconhecido.

Caminhando desse modo, não é por outra razão que teci considerações em dissertação de mestrado, apresentada à pós-graduação em Direito da Universidade Federal de

Pernambuco¹⁵, sobre a responsabilidade do Estado por ato judicial – tema que se revela de vivo debate nos meios jurídicos pátrios – que concluíram pelo seu cabimento em hipótese de decisões contraditórias do Poder Judiciário.

Ao mesmo tempo conclusão e pressuposto, a idéia de igualdade perante o Judiciário serviu para mostrar que a vinculação do Poder Intérprete a tal princípio é bem maior do que o modo como é tradicionalmente tratada (igualdade perante o devido processo legal).

Após expor o dever do Estado de reparar o cidadão por danos sofridos em virtude do exercício da função jurisdicional, através, principalmente, de exame da legislação pátria e da verificação da presença do princípio da responsabilidade objetiva do Estado em nosso ordenamento, válida para todos os poderes, o autor examinou o dever do Judiciário de observar a isonomia no caso concreto¹⁶. Nesse sentido, diga-se que a própria existência de procedimentos de uniformização de jurisprudência em nosso direito, de que são exemplos os recursos especial, extraordinário (ambos em sede constitucional), de revista, súmulas e embargos de divergência, comprovam o direcionamento do Judiciário brasileiro no sentido de uniformizar suas decisões.

Assim, da análise do ordenamento brasileiro exsurge que a pessoa, física ou jurídica, que se sentir lesada em seu direito de tratamento igualitário (quando assim exigível) pelo Poder Judiciário, poderá pedir indenização ao erário público. Até esse ponto, tudo está demonstrado, inclusive, com exposição dos diversos aspectos correlatos do tema (como as súmulas vinculantes, a responsabilidade subjetiva do Estado, a ação rescisória e o Tribunal Constitucional). Partes que representam indisfarçável embasamento deste trabalho.

Essa responsabilização não agrediria a independência da magistratura (que se constitui em inalienável garantia do cidadão), pois seria do Estado, sem reflexos sobre a pessoa do juiz. O qual apenas responderia pessoalmente nos casos previstos em lei. Afinal, o **instituto da responsabilidade existe exatamente porque as relações humanas não são perfeitas.**

Desse embasamento, duas observações podem ser tiradas: a de que o nosso ordenamento consagra princípios e regras que, no atual panorama de interpretação

¹⁵ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. Dissertação de Mestrado. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1998.

¹⁶ *Ibidem*, p. 107-19.

empregado, conduzem à responsabilidade direta e ilimitada do Estado; e, paradoxalmente, o fato de que há hipóteses em que essa responsabilização pode ser desastrosa para as finanças públicas, em casos de grande repercussão. Verificou-se, ainda, que o medo dessa extensão pecuniária, o que é inadmissível em Direito¹⁷, e a incerteza sobre a sua incidência direta ou não sobre os magistrados, levou a jurisprudência a afastar-se da idéia de responsabilizar o Estado por ato judicial¹⁸. O que apenas acresce à necessidade de se bem conduzir o tema para uma solução¹⁹.

Assim, a idéia que norteia este trabalho não é, tanto como a do que lhe antecede, a de provar a responsabilidade do Estado por ato judicial que menospreza o direito à isonomia do cidadão. Esse será o ponto de partida. O objetivo, agora, é inquirir da extensão desse direito à reparação. Ou seja, objetivar os casos em que essa indenização é possível.

Nesse sentido foram as seguintes observações, lançadas de modo prospectivo:

A gradativa aceitação da responsabilidade subjetiva do Estado (já exposta no tópico próprio) pela Doutrina e por alguns julgadores pátrios já demonstra a evolução nesse sentido. A princípio, parecem abrir-se as seguintes opções: aceitar a responsabilização parcial do Estado (excluindo atos como os do Judiciário), idéia já devidamente afastada ao longo deste trabalho; responsabilizá-lo integralmente, o que se mostra inviável; ou criar regras que preservem o patrimônio público, posição a ser mais detidamente analisada e que abarca a própria questão da intervenção do Estado na economia e na vida privada.

É de serem imaginadas soluções como a obrigação de indenizar de modo específico. Assim, se determinada pessoa, física ou jurídica, recolheu indevidamente tributos durante x anos, que seja desobrigada a recolher durante idêntico período de tempo, ou mediante fórmula que lhe equivalha. Pode-se, ainda, limitar o percentual de indenização. Sempre com a convicção que a reforma do aparato jurisdicional e do sistema processual em muito contribuirá para a minoração das hipóteses de responsabilidade.(...)

Não é muito diferente a conclusão a que chega Patrice Jourdain²⁰. Com ressalva de que o autor considera a responsabilidade objetiva e a minimização da culpa entre particulares, ele analisa as seguintes proposições: indenização a cargo da Seguridade Social, a qual, fatalmente, seria parcial, com possibilidade de responsabilização

¹⁷ *Ibidem*, p. 133.

¹⁸ *Ibidem*, p. 94 e segs.

¹⁹ Outrossim, foram analisados os seguintes temas: o acesso à Justiça como dever do Estado e forma de concretizar a cidadania, seja na esfera Judiciária, Legislativa ou Administrativa; conceituação do Poder Judiciário como órgão político do Estado envolvido na harmonização da vida social através da manutenção da higidez da ordem jurídica; criação de tribunal especial para julgar as hipóteses de responsabilidade do Estado por ato judicial, uma espécie de Corte de reparação; parâmetros para a responsabilidade subjetiva do Estado, não em caso de omissão, mas de dano causado por terceiros; a correção da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, que veda ação rescisória em caso de mudança interpretativa; a insuficiência das súmulas vinculantes para solucionar o problema e sua incompatibilidade para com a ordem constitucional, dentre outros menos desenvolvidos.

²⁰ **Les principes de la responsabilité civile**. Paris: Éditions Dalloz-Sirey, 1992. p. 22.

subjetiva do causador do dano, completado com um seguro que a vítima poderia fazer; poder-se-ia, ainda ser utilizado um seguro obrigatório, à semelhança do trânsito, com o dever da vítima, em certos casos, de fazer um individual. Isso traz uma coletivização dos danos por meio de uma verba já especificamente destinada a esse fim. É posição que deve ser olhada com cuidado, dado, até mesmo, o risco de aumentar a carga tributária.²¹

Mas falar em responsabilidade implica em falar da igualdade. Afinal, é porque alguém invadiu uma esfera patrimonial alheia, a qual deveria respeitar pela presunção de que possui uma igual, que é responsabilizado; porque operou um desequilíbrio na isonomia até então imperante entre os envolvidos no dano. Essa diminuição, legalmente valorada, é o suporte da responsabilização.

Essa questão assume importante desdobramento quando o Estado ocupa um dos pólos da relação. Afinal, é ele que, através do legislativo, controla o grau de liberdade do cidadão perante a ordem jurídica. Particularmente, falar em Judiciário vai atrair os temas da cidadania e do acesso à Justiça.

Acesso à Justiça será exposto como o veículo da cidadania. E, mais, sua visão material será equiparada à idéia de igualdade **perante** a lei e a formal à igualdade **na** lei²². Com o que se parte da distinção entre o princípio do acesso à Justiça e a regra de inafastabilidade da prestação jurisdicional, colocada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Em comum, esses temas têm a idéia de igualdade. O que vai exigir, para a correta visualização do tema no constitucionalismo pátrio, uma perfunctória incursão sobre a mesma.

O Judiciário foi escolhido por se entender que para ele convergem todas as perspectivas de efetivação dos direitos fundamentais. Aspecto essencial para se falar de igualdade, a qual é, eminentemente, uma relação de fato²³. Afinal, o princípio da igualdade norteará tanto a responsabilidade (proteção a direitos subjetivos) como o contraditório judicial (acesso à Justiça).

²¹ *Ibidem*, p. 132.

²² Em que pese a conhecida observação de KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 158, de que a igualdade perante a lei converte-se em legalismo, dado que o conceito de igualdade é essencialmente formal, é importante a sua retomada para o deslinde deste tema, como o faz TASSARA, Andrés O. **Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (Cuadernos y debates, n. 19), *passim*.

²³ Ninguém é, tão somente, igual a outrem, é-se igual a pessoa determinada com base em característica *x*, o valor surgirá, precisamente, no momento de se determinar o ponto de abstração a partir do qual se consideram as pessoas iguais.

Aqui não se discutirá a hipótese de responsabilidade do Estado por ato judicial. Agora, a missão é consolidá-la, sob a forma de estudos que aprofundem suas dimensões. É nessa linha que anseia se colocar a pesquisa ora submetida à avaliação.

2.2 LUGAR NA TEORIA DO DIREITO

Definir o motivo pelo qual o Estado será responsabilizado implica em se determinar a que o Estado é obrigado. Isso passa, inexoravelmente, pela definição de que modelo de Estado se fala. Conforme será notado no decorrer do trabalho, o Estado brasileiro, a partir da Constituição de 1988, adquiriu contornos que justificam classificá-lo como um Estado Social, alicerçado na idéia de dignidade da pessoa humana.

A responsabilidade, então, é a manifestação jurídica de uma atitude política.

Segundo Fausto de Quadros, há uma dose de “permissividade e lassidão” na sociedade “que é suficiente para que cada um de nós, a começar pelos titulares do Poder, não faça questão em se considerar responsável nem goste de ser responsabilizado.”²⁴ Mas, em contrário a esse sentimento, a Democracia e o Estado de Direito assentaram-se em três elementos²⁵: Liberdade (respeito aos direitos e garantias estabelecidos pela legalidade), autoridade²⁶ (assentada na vontade popular e responsável pela submissão dos interesses individuais às necessidades coletivas) e **responsabilidade**, para conter os excessos dos outros dois.

É nesse contraste, maior nas sociedades periféricas, entre o real e o ideal, que vai se encontrar a responsabilidade do Estado. Do seu estudo depende a evolução não só da ciência jurídica, mas da democracia como um todo.

²⁴ QUADROS, Fausto de. Introdução. In: _____ (coord.). **Responsabilidade civil extracontratual da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 8.

²⁵ *Ibidem*, p. 9.

²⁶ Para Paulo Bonavides, o poder é de fato (suportado pela força – dominação material e obediência obtida por violência) ou de direito (assentado na competência – consentimento dos governados), “[...] a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade). O poder com autoridade é o poder em toda sua plenitude, apto a dar soluções aos problemas sociais.” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 106-7).

Cada grupo social apresentará sua forma de responsabilidade. E, não raro, como resultado do tenso relacionamento entre a política e os agentes jurídicos, surgirá o conflito entre a realidade e suas necessidades e os dizeres dos textos legais.

Aqui, é preciso refletir sobre esse relacionamento.

Burdeau principia seu *Droit Constitutionnel* com uma bem elaborada exposição acerca da distinção entre proposições sobre a realidade (ser) e normas (frase pela qual se declara que algo deve ser)²⁷. Como resultado de tal separação, à norma não se aplicam critérios de verdade e falsidade, mas sim de validade²⁸. Daí, segue-se a “Lei de Hume”: do fato de algo ser não se pode deduzir que deve ser.

Necessário, nesse contexto então, compreender que a norma retira sua validade da precedente e assim por diante, em virtude da norma fundamental, a qual em si determina que se deve obedecer a hierarquia normativa. Esse composição hierárquica forma um sistema, o sistema jurídico. E, não sendo jurídicas por si próprias, as normas adquirem tal qualidade por pertencer ao sistema²⁹.

Tal concepção do jurídico, de iniludível matiz kelseniana³⁰, que o autor, em sua exposição, prossegue até retirar as conseqüências para o conceito de Direito Constitucional³¹, revela em seu íntimo um trabalho sobre a “vontade geral” que a lei representaria.

Pois, ao utilizar uma visão monista do Estado e do Direito (por entender ambos como realidades imbricadas e de referência tautológica³²), Kelsen constrói sua concepção de Estado de Direito sobre proposições oriundas da leitura científico-descritiva das normas, prescritivas.

²⁷ 25. ed. Atual. por Francis Hamon e Michel Troper. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997. (Col. Manuels). p. 15 e segs.

²⁸ Sobre a conceituação de validade e conceitos correlatos (como vigência e eficácia) e a título de exposição dos posicionamentos relevantes sobre o tema, cf. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 12; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 49-55. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 21-2.

²⁹ BURDEAU, HAMON, TROPER. ob. cit., p. 18.

³⁰ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. (Ensino Superior) p. 5-10, 18-25, dentre outras passagens.

³¹ V. BURDEAU, HAMON, TROPER. ob. cit., p. 32-4.

³² Cf. *Ibidem*, p. 32-3. BURITY, Tarcisio de Miranda. **A teoria das fontes do Direito em Kelsen e a sua concepção democrática do Estado**. João Pessoa: [s.n.], 1990. p. 5-7.

E essa proeminência das leis, à parte sua justificativa histórico-cultural³³, também vai buscar apoio na necessidade de maior segurança por parte dos agentes econômicos do mercado livre na condução de suas operações e planejamento³⁴ (certeza e previsibilidade) – influência do econômico sobre o jurídico.

Kelsen expôs ainda que o dever jurídico³⁵ seria a conduta cuja observância se impõe para que não incida a sanção do ordenamento. Essa é a construção da norma jurídica enquanto comando para as formas de agir do ser social. É uma dedução do texto legal.

Por outro lado, aponta Siches³⁶ que, inobstante a sensibilidade com que Rousseau abordou os temas jurídicos, o racionalismo então imperante e sua busca obcecada pela universalização (razão pura matemática, já aplicada aos dados da natureza pela física) transferiu-se para as codificações no século XIX. Desenhou, Rousseau, a vontade geral, divorciada de sua contextualização real, ela seria o fator racional harmonizador das liberdades individuais³⁷.

Enquanto idéia racional, a vontade geral estaria sempre certa em seus direcionamentos, todavia, a decisão do povo, em dado momento, poderia equivocar-se na interpretação daquela. Nisso, estão inseridos concepções socráticas e platônicas acerca da vontade humana e do mundo das idéias.

Assim, o texto legal codificado passou a ser tido como manifestação dessa razão naturalista e, portanto, verdade, independentemente da realidade circundante³⁸. Em

³³ Bem captada por Nelson Saldanha (**Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 183), nos seguintes termos: “Na tradição rousseauiana o prestígio da lei e do legislador – o legislador como entidade criadora da ordem – radicava no fato de que o ato legisferante revelava e renovava o ato fundamental do contrato. Do mesmo modo, anote-se, que os ritos, nas diversas religiões, revelam e renovam atos cósmicos primordiais.” Sobre a comparação entre lei, mito e atuação do Judiciário, cf. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 19.

³⁴ Cf. ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-5. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 84, 126, 144. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. “Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988”. Recife, **Revista da ESMape**, v. 2, n. 4, p. 181-203, abr./jun., 1997, p. 189.

³⁵ Kelsen, Hans. ob. cit. p. 130.

³⁶ SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa s/a, 1973. p. 150-2.

³⁷ *Ibidem*, p. 151. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios do direito político. Trad. por Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os pensadores) p. 91: “[...] a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública; donde não se segue, contudo, que as deliberações do povo tenham sempre a mesma exatidão. Deseja-se sempre o próprio bem, mas nem sempre se sabe onde ele está.”

³⁸ SICHES. ob. cit. p. 154.

seguida, vem a escola da Exegese, que esquece o fato de o próprio direito positivo também conter normas particulares, é o “fetichismo do geral”³⁹.

Inicialmente criadora da legalidade burguesa, o setor econômico da sociedade, a partir do momento em que ocupa os cargos políticos, passa a buscar válvulas de escape para as regras existentes (discricionariedade e medidas de necessidade)^{40 41}. É quando a lei adquire seu papel de só interessar a quem precisa dela.

Para quem está no controle da sua execução, a lei é apenas um parâmetro inicial guardado. Apenas a partir do momento em que um sujeito de direitos se sinta lesionado seus termos passam a ter relevância, como salvaguarda mínima de dignidade. Até lá, não há fiscalização.

Esse, na verdade, é um fenômeno social que vai fazer com que determinados textos se tornem obsoletos, que a mutação constitucional seja possível⁴² e que determinadas interpretações que obstaculizam o desenvolvimento social sejam ultrapassadas. Por outro lado, é por ele que as normas contra corrupção muitas vezes caem no esquecimento.

Mas a lei permanece com seu desiderato de regra geral. Com um sentimento interno de ser a expressão racional para a convivência de todos.

E é sobre essa concepção que se constrói a resposta do ordenamento à sua violação. A resposta à violação daquilo que permite a existência da sociedade.

³⁹ *Ibidem*, p. 156.

⁴⁰ V. nota 34.

⁴¹ Na atualidade, essa influência no modo de ser legislado, da assunção de cargos por grupos políticos, repete-se na transição das mesmas pessoas de cargos do legislativo para o executivo, e vice-versa. O administrador, por seu grupo ou mesmo pessoalmente, faz a lei que irá cumprir. Daí a comodidade política da legalidade estrita (afastamento da supremacia constitucional e da capacidade de raciocínio) para o Poder Executivo, pois não há responsabilização, já que as leis são feitas pelo próprio grupo social.

⁴² Sobre o tema, v. ZANDONADE, Adriana. “Mutações Constitucionais”. São Paulo, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 9, n. 35, p. 195-227, abr./jun., 2001. *passim*.

2.3 A QUESTÃO DA LEGALIDADE

Falar no Princípio da Legalidade é falar das origens do próprio Estado de Direito. Portanto, seu surgimento está gravado no Liberalismo, o qual adotou os Direitos Humanos como principal fundamento⁴³.

O Estado absolutista caracterizou-se, entre outros aspectos, pela inobservância de limites em relação ao indivíduo e suas liberdades. O que, paulatinamente, por via de insatisfações, gerou uma transformação nas estruturas de poder de forma a colocar neste o povo, representado pela burguesia, com a Revolução Francesa, marco desse período.

Todavia, a população não apresenta uma estrutura organizada de exteriorização do poder, como a estatal. Como forma de controlar esse poder surgiu então o Princípio da Legalidade, por via do Constitucionalismo. Em suma, por meio da elaboração de um pacto sócio-político, o poder passava a ser limitado e ter regrado o seu exercício. Um texto passou a servir de limitação ao poder. Era um governo de Leis, não dos homens e suas paixões.

Nesse ponto, a influência da Tripartição de Poderes de Montesquieu operou decisivo papel. De fato, foi através da separação orgânica do poderes que primeiro se viabilizou esse desejo, trazendo a limitação do poder pelo próprio poder. O Estado, assim, deveria submeter-se às leis, antes mesmo dos indivíduos, estando a separação adrede disciplinada num texto constitucional.

De chofre, vê-se que falar em Legalidade não exclui a Constituição em favor de uma supremacia da lei, colocando a constitucionalidade numa análise separada da legalidade. Pois, Lei e Constituição nem chegam a ser faces da mesma moeda, estando antes do mesmo lado.

Assim, pelo prisma histórico, a Legalidade veio a consagrar a existência do indivíduo perante o Estado. O cidadão passa a ser visto como detentor de direitos e liberdades oriundos de um pacto social.

Portanto, como se observa, o Princípio da Legalidade é de indefectível origem democrática. Encerra em si a vontade popular contra a vontade de um ou de um grupo isolado.

⁴³ Cf. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988. Revista da ESMape, Recife, v.2, n. 4, p. 181-203, abr./jun. 1997

Daí a sua constante identificação com a Lei. A Legalidade surge junto com o Estado de Direito, mas, da mesma forma que Lei e Direito não se confundem, nem todo Estado será Estado de Direito. Por esse prisma, a Lei é apenas um instrumento para o uso da força.

Mantidas as idéias que permearam o surgimento do Princípio, não é de se admirar a sua identificação imediata, da Legalidade, com a Lei em sentido formal. À época, era o instrumento por excelência da Democracia. Da vedação do arbítrio. Colocando-se o Poder Legislativo num patamar superior com relação aos demais.

Porém, em verdade, o que ocorre não é a transmissão da soberania popular apenas para o Parlamento. Pois este já a recebe da Constituição. Esta sim a depositária maior de tal atributo, o qual é comunicado aos “poderes” do Estado. Melhor seria dizer funções estatais. Visto que o poder é uno, sendo exercido de diferentes maneiras por diferentes órgãos (repartições). Sempre com vistas a elidir o arbítrio. Este um ponto a ser continuamente lembrado: o arbítrio e suas conseqüências, notadamente, a insegurança.

É com esse raciocínio que se vê o Poder Legislativo enquadrar-se como uma das formas de exercício do poder, devendo prestar reverência às normas encartadas na Constituição. Assim, não há que se falar em supremacia frente aos outros poderes, visto que são todos vassallos do mesmo senhor. Nessa visão, é que se mostra importante a interdependência entre os mesmos e a autonomia no exercício das respectivas atribuições (Constituição Federal de 1988, artigo 2º). Daí, em via de conseqüência, sua imposição terá por base a heteronomia da norma jurídica⁴⁴. Ela impor-se-á independentemente da vontade do sujeito. Tudo sob o fundamento central de respeito à ordem democrática. O que afasta um possível formalismo.

A Magna Carta, apesar de seu caráter setorial⁴⁵, estabeleceu as bases para o reconhecimento democrático de uma *law of the land*⁴⁶ e deu nascimento a um sistema de garantias judiciais e determinou noções de julgamento dos cidadãos perante seus pares (primórdios do juiz natural).

⁴⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. p. 49.

⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 25: observa a sua falta de generalidade, sendo antes obrigações do rei do que direitos gerais.

⁴⁶ DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: _____. **Problemas de Direito Positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1953. p. 42

Esse momento marca o surgimento de uma nova concepção da relação Estado-indivíduo, a qual iria se intensificar na cultura daquele período histórico que circunda a Revolução Francesa, de 1789. A novel postura subverte a ordem de então e, pela primeira vez, coloca o indivíduo antes do Estado⁴⁷, ao separar Estado e Sociedade⁴⁸. Apenas após se determinarem os direitos dele face à ordem pública é que se passaria a estabelecer os direitos deste, de modo a não afrontar aquela esfera individual. O indivíduo tinha direitos antes e contra o Estado.

Era preciso, portanto, colocar algo no lugar do Monarca: a lei. E alguém periodicamente eleito ocupar-se-ia de executá-la⁴⁹.

Surge assim a legalidade como o grande guia para a ação do Estado. Atrelada a ela estava a então inabalável supremacia do Parlamento, que chegou a impor o dogma de que o julgador deveria se limitar a ser boca que pronuncia as palavras da lei⁵⁰.

Porém, ao mesmo passo em que essa colocação mostra a importância política de que se reveste o tema – determinar o que é importante e de que modo – também deixa ver a sua inadequação para uma sociedade em constante transformação e cada vez mais complexa. Não que sejam necessárias definições complicadas e sofisticadas, mas, no caso, há ausência de um elemento cada vez mais forte: o conflito de interesses⁵¹.

No mundo contemporâneo, esse “mito” da lei⁵² é destruído pelas mudança do paradigma da lei para o paradigma pós-moderno, na visão de Antonio Junqueira de Azevedo⁵³. Há cada vez mais lacunas na lei e surgem diversas instâncias alternativas para a

⁴⁷ ANDRADE, ob. cit., p. 14. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 165 [Alianza Universidad Textos, n. 57]

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. A isonomia em face dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal. In: _____. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 127-44. p. 132.

⁴⁹ JARACH, Dino. **Curso superior de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1957. v. 1. p. 104.

⁵⁰ Cf. nota 54.

⁵¹ Para além de uma luta de classes entre trabalho e capital, mas que contemple as diversas parcelas desses setores em choque entre si e com as, em termos de vontade geral, opostas. Cf., nesse sentido, SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 255-66.

⁵² V. cap. realizabilidade jurídica e interdependência dos saberes jurídicos fundamentais, p. 29.

⁵³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O Direito pós-moderno e a codificação**. Palestra na XVII Conferência Nacional da OAB, Rio de Janeiro, 30 ago. 1999.

solução dos conflitos – ou seja, sem a lei e o juiz da formulação clássica para a certeza, combinação básica para a democracia em Montesquieu⁵⁴.

Do mesmo modo e como reflexo dialeticamente influente, a Constituição, cúpula do sistema⁵⁵, passa a ter um caráter aberto e principiológico. E, para obter segurança, seus princípios não são vagos, mas clamam por uniformidade interpretativa⁵⁶.

Assim, fica evidente que há diversos grupos na sociedade, os quais não compartilham os mesmos sentimentos, valores e princípios, e exigem tratamento normativo diferenciado e em choque com o dos outros grupos: uma real competição, onde um ganha e outro perde (consumidores, inquilinos, estrangeiros, idosos, índios etc)⁵⁷. Isso quebra a unidade racional do sistema. E apenas se admitindo isso e buscando formas de trato correto dessa situação de legalidade periférica é que se mostra possível uma verdadeira participação popular na elaboração das leis ou, ao menos, em seu conhecimento e difusão.

⁵⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. S/trad. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 1. (Os pensadores) p. 116, 200, 203: “Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. [...] Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite. [...] os julgamentos devem sê-lo [fixos] a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. [...] os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” Nada de diferente poderia ser exigido numa época em que mostrava força a monarquia absoluta e onde uma lei aprovada por representantes do povo era um grande avanço, verdadeira revolução. Não se poderia pensar em sua ilegitimidade, daí o princípio da supremacia do parlamento. Porém, os tempos cuidaram de retirar essa confiança e hoje há, até mesmo, a ação declaratória de constitucionalidade (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigos 102, § 2º, e 103, § 4º, regulamentada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999) para assegurar a constitucionalidade prévia do texto votado pelo Legislativo e sancionado pelo Executivo.

⁵⁵ SICHES, ob. cit., p. 159: “ordenação de uma variada multiplicidade em um todo unitário e bem estruturado, dentro do qual cada elemento singular se encontra em relação com o todo e com as outras partes, e dentro do qual ocupa seu lugar adequado”.

⁵⁶ AZEVEDO, ob. cit.

⁵⁷ MATURANA, Humberto. ob. cit., p. 13, 21: “A competição sadia não existe. A competição é um fenômeno cultural e humano, e não constitutivo do biológico. Como fenômeno humano, a competição se constitui na negação do outro. [...] Se dois animais se encontram diante de um alimento e apenas um deles o come, isso não é competição. Não é, porque não é essencial, para o que acontece com o que come, que o outro não coma. No âmbito humano, ao contrário, a competição se constitui culturalmente, quando o outro não obter o que um obtém é fundamental como modo de relação. A vitória é um fenômeno cultural que se constitui na derrota do outro. A competição se ganha com o fracasso do outro, e se constitui quando é culturalmente desejável que isso ocorra.” A descoberta de competição entre animais como os orangotangos relativiza a comparação mas não invalida sua referência à sociedade, a qual, quando compete por determinado tratamento, não busca um bem geral, mas uma satisfação grupal. A compreensão da lei como uma vontade de todos imporia a aceitação totalizante da idéia de que é imprescindível o acatamento das vontades parciais para se obter a comunhão do todo. Essa convivência necessária de interesses públicos e coletivos se mostra contraditório, pois conduz à crítica platônica de que a vontade do mais forte, cedo ou tarde, converte-se na vontade do mais fraco quando aquele erra.

Até porque, na atualidade, dada a grande quantidade de textos legislativos, o próprio parlamentar não tem condições de saber, muitas vezes, com perfeição, o que vota⁵⁸. É o retorno da legislação secreta.

Enfim, um ambiente no qual a razão absoluta não encontra espaço para desenvolver seus cânones.

A visão do Direito calcado predominantemente na lei pressupõe a idéia de um Estado soberano, o Estado de Direito liberal. O Estado permanece, mas a lógica de sua soberania precisa ser repensada, de modo a abranger seus momentos de fortaleza e de fraqueza. Sobre isso, acentua Leonel Severo Rocha:

O Direito positivo responde a uma exigência da modernidade e o problema é que esta forma de sociedade está-se alterando profundamente [...] Deste modo, estamos falando de uma sociedade baseada numa lógica da diferenciação, cuja complexidade não pode ser reduzida pela racionalidade do sujeito do conhecimento. [...] Isto quer dizer, em resumo, que nós não podemos mais manter o mesmo tipo de raciocínio jurídico, ligado somente à noção de Estado, sem com isto deixar de compreender a irrupção no cenário político de outros atores sociais, em algumas questões, até mais importantes que o próprio Estado.⁵⁹

É preciso, portanto, conduzir um estudo sobre responsabilidade, consciente de seus fatores sociais, que consiga se inserir em nossa realidade e evite a transposição de padrões desenvolvidos em contextos diversos.

Essa situação é ainda mais contundente nas denominadas realidades periféricas, espaços da comunicação social onde se dá o contato entre os diversos sistemas sociais e, assim, mais suscetíveis às mudanças.

E, note-se, aquele choque de interesses ocorre internamente à perspectiva estatal. Afora esse tema, há o das formas não-estatais de emanção do poder. Aquele conflito político de interesses representaria forma de manifestação destas, como um reconhecimento de questões sociais pela ordem jurídico-positiva.

Observando-se as fontes de poder paralelas ao Estado é que se delinea negativamente o estudo dogmático do Direito, ou seja, vinculado ao monopólio estatal na produção e legitimação das normas⁶⁰. Para isso, é preciso ver que, malgrado as dificuldades

⁵⁸ Há a possibilidade de não votar e apenas, seus representantes, por liderança ou comissão (CRFB 58, § 2º, I).

⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. In: BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. (Série Acadêmica) p. 10-1.

⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13.

que apresenta na manutenção do seu modelo iluminista, o direito dogmático apresenta grande importância na coesão social.

Afinal, enquanto mecanismo formal para a emanção de normas dotadas de coercibilidade, é um instrumento do Direito.

João Maurício Adeodato expõe o uso que se faz do silogismo retórico (entimema), no sentido aristotélico, como forma de inculcar conteúdos alopoiéticos na decisão judicial⁶¹ por meio do ocultamento de uma das premissas ou da conclusão do raciocínio^{62 63}. A constatação é relevante para o trabalho teórico de sistematização, mas há risco na adoção, a qual pode resultar na indeterminabilidade da decisão judicial, acaso seja utilizada de modo intencional, e não meramente como ação social psicologicamente difundida. O preparo teórico-filosófico poderia evitar esse problema, se não, conduzir-se-ia a um grande subjetivismo sem que se configurasse qualquer estratégia de manutenção de uma estrutura pressuposta.

Realmente, a tentativa de racionalizar a decisão é missão difícil. Em geral, o magistrado, de acordo com a figura em comento, já tem uma valoração prévia à análise da lide. Essa posição geralmente é formada nos bancos acadêmicos pelo choque entre a concepção pessoal, a do professor e a teleologia da lei. Essa é a "formação humanística" a que alude o julgado⁶⁴: uma idéia de como tratar a lei. Todos valoramos a tudo.

Ao fazer uma valoração pessoal, o prático do Direito já tem a lei em sua atitude. Onde sua grande importância final – da lei – pode configurar uma dupla entrada do elemento dogmático. Por esse prisma, talvez, amainada a primeira entrada pelo subjetivismo, seja reduzida essa dogmática.

Aqui, já se vê que aquela primeira idéia de silogismo na aplicação do direito posto é falsa. Seja pela ausência de uma vontade unívoca, seja pela ilusão de que a lei é o

⁶¹ Cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. Cap.: Da autopoiese à alopoiese do direito.

⁶² ADEODATO, João Maurício. "O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial". Recife, **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**, v. 9, p. 135-56, 1998. *passim*.

⁶³ Decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário nº 111.787-7/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ªT, maioria, julg. em 16.04.91 (RDP 100/175): "EMENTA: OFÍCIO JUDICANTE - POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o Magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la." Segue a súmula de análise de proporcionalidade no choque entre a coisa julgada e o direito de propriedade.

⁶⁴ cf. nota 63.

único parâmetro. O juiz aplica uma lei que não é expressão da vontade geral e a regularidade decisória inexistente.

A lei, antes de ser objeto decisório tratado pelo direito, é uma necessidade social e política historicamente determinada. E, na medida em que há o Poder Judiciário, cujas decisões têm força de lei, é um instrumento coercível a ser utilizado pelo Direito na perpetuação do grupo social.

Se a lei é para quem dela precisa – dado sua idéia motriz de limitadora do poder estatal e reguladora da vida privada, o Judiciário é invocado por quem precisa ainda mais de algo: da proteção do Direito. A codificação, na verdade, é uma tentativa de sumular a Justiça para uso geral na pluralidade social e imensurabilidade de conflitos da sociedade. Porém, apenas o caso concreto a desnuda.

Ela foi um produto inicialmente entregue pelos deuses – para as culturas antigas – que, aos poucos, passou a ser produzida em conformidade com os preceitos daqueles, para depois apartar-se da religião⁶⁵. Além disso, dela apartou-se o Direito, enquanto ciência destinada a estudar a justiça das expectativas de conduta na sociedade humana.

Acima de tudo, é uma necessidade social.

Como já dito, o esquema legal protege quem sofre a ação de outrem – determina a ingerência do jurídico na relação social. Pois o que será beneficiado – pelo Estado ou por ato individual – dispensa a lei.

Por isso a criação dogmática do Direito (dinâmica dos mecanismos formais de veiculação do jurídico) é uma análise que não pode ser desprezada, afinal, o pensamento sistemático é importante para ordenar a complexidade social.

A vida do Direito é impossível sem sua abordagem teórica, em que pese a dificuldade de existir apenas com ela. O presente texto não se apropria do direito de conseguir aquele feito incólume a críticas, mas almeja fazê-lo no grau necessário para o aperfeiçoamento do tema a que se propõe.

⁶⁵ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Medidas Provisórias**: controles legislativo e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 21-4.

2.4 REALIZABILIDADE JURÍDICA E INTERDEPENDÊNCIA DOS SABERES JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

- Vous ne voulez que de la prose?
- Non, je ne veux ni prose ni vers.
- Il faut bien que ce soit l'un ou l'autre.
- Pourquoi?
- Par la raison, monsieur, qu'il n'y a pour s'exprimer que la prose ou les vers.
- Il n'y a que la prose ou les vers?
- Non, monsieur: tout ce qui n'est point prose est vers; et tout ce qui n'est point vers est prose.
- Et comme l'on parle, qu'est-ce que c'est donc que cela?
- De la prose.
- [...]
- Par ma foi! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien.

MOLIÈRE, **Le bourgeois gentilhomme**, acte II, scène 4

2.4.1 A importância de parâmetros metodológicos

Para que bem se possa conduzir qualquer investigação jurídica, seja ela de caráter dogmático, filosófico ou sociológico, é imprescindível, pelo menos, ter um ponto de partida. E quem é encarregada de informar esse dado ao cientista é a epistemologia⁶⁶. Afirmar o contrário é agir como M. Jourdain, de Molière, e ficar estupefato ao descobrir que todo raciocínio prático resulta de um pré-juízo optativo acerca de uma questão fundamental.

Sobre esse prévio conhecimento do objeto do conhecimento, diz Dino Jarach:

Deveria dizer, inobstante parecer um paradoxo, que as noções preliminares deveriam dar-se ao final de todos os cursos, quando o acervo de conhecimentos adquiridos pelos alunos seja tão grande que permita realizar uma síntese geral, quando já se tenha o conhecimento, diria, de tipo filosófico, que apreenda a essência do fenômeno que se estuda, que permita desentranhar seu significado e alcance.⁶⁷

Conclui o citado autor por dizer que, em razão do costume, manterá a prática tradicional. Para nós, mais do que costume, o conhecimento prévio dessas noções é

⁶⁶ Cf. MACHADO NETO, A. L.. “Filosofia e Ciências humanas: o momento epistemológico”, s/ refs. e VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 63.

⁶⁷ JARACH, Dino. **Curso Superior de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1957. v. 1. p. 7.

fundamental. Pois se é certo que o conhecimento lançado muito cedo se perde em maioria, de nada adianta lançar as sementes serodiamente, quando várias ervas daninhas já impedem um bom enraizamento. Assim, é preciso achar o momento ideal. E, em tempos de pós-modernidade, essa parece ser a questão imperante em todas as áreas.

Portanto, aqui começam a ser expostas as bases que sustentam a concepção jurídica que se adota. Para prosseguir a construção no decorrer do trabalho científico e o conjunto ser retomado quando da conclusão.

Ora, se o Direito precisa da linguagem para existir⁶⁸, nada mais natural que se lhe dê o devido tratamento terminológico.

Portanto, antes de adentrarmos no nosso específico objeto de estudo, será necessário expor a concepção de Direito aqui utilizada. Para que daí possamos entender o porquê da importância atribuída ao caráter de “realizabilidade”⁶⁹ das normas jurídicas⁷⁰.

De posse dessa definição teórica, será exposta, num primeiro momento, a estrutura formal da responsabilidade. Para outro ponto restando a abordagem sociológica e filosófica do tema. Na medida possível, o direito será enfrentado em suas dimensões sintática, semântica e pragmática e a pesquisa, em sua soma, terá por fontes Doutrina, legislação, jurisprudência e realidade social.

⁶⁸ VILANOVA, Lourival. ob. cit. p. 65: “O direito é um fato cultural, um de cujos componentes é a linguagem. A linguagem jurídica é o componente material das formas.” Para Cláudio Souto (**Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado**: conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito. Recife: [s.n.], 1956. p. 19), representa o “conteúdo normativo das formas de coercibilidade”. COSTA, Newton C. A. da. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 1994. p. 23: “Praticamente, não há atividade lógico-racional sem o veículo lingüístico.”

⁶⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 257: “princípio de realizabilidade”. P. 256: “Assim sendo, a possibilidade de pretender ou fazer algo, – tal como se acha enunciada na regra de direito, – não tem alcance meramente descritivo ou puramente formal, mas representa, ao contrário, uma visão antecipada dos comportamentos efetivos, aos quais é conferida uma garantia. Isso corresponde, aliás, a um dos princípios já enunciados como sendo da essência do Direito: a sua realizabilidade garantida. Direito, não destinado a converter-se em momento de vida, é mera aparência de Direito. Norma de direito que enuncia uma *possibilidade de fazer ou de pretender algo*, sem que jamais surja o momento de sua concretização na vida dos indivíduos e dos grupos como *ação ou pretensão concretas*, é uma contradição em termos.”

⁷⁰ Apesar da sinonímia e de certa relação, a mesma apresenta notas diferenciais da “concretização” jurídica de Friedrich Müller. Enquanto que aquela é uma característica do jurídico, esta é um processo hermenêutico com vistas à determinação da norma aplicável ao caso concreto.

2.4.2 Um sentido para a Teoria do Direito

Não se desconhece a inspiração positivista dos defensores de uma "Teoria Geral do Direito" e as fundamentadas críticas que recebe⁷¹. Porém, é noutro sentido que se a usará aqui.

Para os nossos propósitos, a teoria, enquanto indissociável da prática, senão por imaginação⁷², será a parcela de abstração e sistematização existente nas várias ciências jurídicas. Assim, será a soma das parcelas metacientíficas da Ciência Social do Direito, da Filosofia do Direito (predominantemente teórica) e da Dogmática Jurídica (esta particularmente esvaziada no Brasil de seu grande aprofundamento filosófico).

Para os que negam essa contextualização científica do Direito⁷³ resta solucionar um problema: qual o papel, por exemplo, do conhecimento filosófico para o jurista? É sensível, nos autores que adotam esse posicionamento, a tendência em se colocar aí a diferença entre o bom e o mau profissional, a razão do sucesso ou a medida da amplitude cultural do jurista

Sabe-se que a fundamentação extradogmática é requisito indispensável para um bom profissional. O que não significa que só esse elemento lhe garantirá o sucesso profissional. Pode-se até obter sucesso, mas sem aquela sorte de conhecimento, não há como ser um bom profissional.

⁷¹ SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 22: "Confundindo o seu campo de temas [da Filosofia do Direito] com o Direito Natural, no século dezenove, os positivistas (do positivismo filosófico-sociológico genérico) tentaram cancelá-la como disciplina acadêmica, substituindo-a pelo que denominaram 'Teoria Geral do Direito', uma visão global do mundo jurídico que incluía diversas áreas integradas."

⁷² Não há teoria sem prática, e vice-versa. Como tal, são indissociáveis e se constituem em dois ângulos do mesmo fenômeno: no caso, o Direito. Se há um divórcio entre ambas, se não são coincidentes, surge lugar para a repetida oração ou equivalente: "isso é muito bonito na teoria, mas na prática é muito diferente..." Daí para a providencial interpretação de que a teoria deve ser abandonada em prol de uma prática **descompromissada** há curta distância. Se há um divórcio entre a realidade e a Teoria (que, como toda teoria, tem uma prática e vice-versa) só uma resposta é possível: ou uma ou outra está "errada". E como, o mais das vezes, é reconhecida a "beleza" da Teoria, a opção fica entre continuar fazendo algo "errado" ou procurar "entrar" no caminho certo para não se perder na estrada. Lembre-se que trabalhar com o Direito é trabalhar com a sua realização. O Direito, não as leis, existe para ser realizado. A teoria deve permitir sua adequação à realidade. Cf. ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, v. 8, n. 8, 1997, p. 205: "Outra regra é nunca separar 'teoria' de 'praxis', pensar conceitualmente e realidade empírica só têm sentido um com o outro." No mesmo sentido, MILLER JR., Tom O. ob. cit., p. 5.

⁷³ cf. SALDANHA, Nelson. ob. cit., p. 33-4; e VILANOVA, Lourival. ob. cit., p. 62-3.

Não se discorda do fato de que o questionar filosófico direto e puro pode surgir poucas vezes na vida de uma pessoa. Todavia, isso antes de diminuir sua importância resulta em sua indispensabilidade.

Pois uma simples resposta que seja dada a determinada questão dessa estirpe tem potencial para direcionar toda a vida de um jurista. Pode ir de um "de onde vim" a um específico "por quê inverter o ônus da prova nas relações de consumo". Seu caráter geral faz com que a resposta se ramifique em "n" outras observações.

Não se nega sua pouca ocorrência, mas isso apenas reforça o seu papel. Não é à toa que, até hoje, discutimos curtos diálogos de Platão e um opúsculo como "a luta pelo Direito" (Jhering) revolucionaria e outros livros não.

As próprias ciências naturais, tão invocadas como exemplo de objetividade científica, têm seus maiores saltos cognitivos possibilitados por revisões teórico-filosóficas, como no caso da Física⁷⁴.

Assim, se esse tipo de conhecimento é necessário ao profissional do Direito, por quê excluí-lo do seio das investigações? A questão pode até parecer uma estratégia psicológica para forçar o conhecimento daqueles campos do saber⁷⁵. Todavia, vai além.

A sua raiz está no próprio conceito de Direito adotado. Ali, tem-se em mente um forte apego dogmático no conceituar um direito em sentido estrito. Uma contínua referência ao texto legal.

Antes de ir adiante, tenha-se em mente a observação de Tobias Barreto, para quem "uma ciência, que é realmente tal, não tem necessidade de fazer de sua própria existência a primeira questão que lhe cumpre resolver. Se ela de fato existe, os seus resultados incubir-se-ão de defendê-la"⁷⁶.

Nesse mesmo sentido, Nelson Saldanha:

O que na filosofia geral tem sido uma freqüente auto-referência – própria, em verdade, das disciplinas de cunho "cultural" –, na teoria jurídica se constituiu em verdadeiro

⁷⁴ Para uma comparação entre a investigação das ciências sociais e naturais, cf. MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Trad. por Peter Naumann. Porto Alegre: Safe, 1995. p. 13-4.

⁷⁵ Em referência à habilitação profissional básica, não há o jurista classe "A", "B" ou "C", ou se é ou não um bom profissional, não há uma formação "média", com ou sem disciplinas extradogmáticas.

⁷⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Salvador: Livraria Progresso, 1951. p. 5-6.

narcisismo. Um misto de insegurança (inclusive diante da apregoada solidez das ciências “positivas”) e de rotina temática vem propiciando ao saber jurídico um interminável questionar-se sobre seus próprios fundamentos.

Um pensamento filosófico não pode comprazer-se na ênfase sobre o óbvio, nem por outro lado constituir-se em um feixe de paradoxos. O pendor ao formalismo lógico, tão comum em certos cultores (e setores) do pensamento jurídico, tende a demorar-se demasiado nos circunlóquios epistemo-metodológicos, e a cultivar com excesso de empenho o rigorismo conceitual. (...) A mania do método termina por transformar em um fim aquilo que é necessariamente um meio.⁷⁷

Sob o risco recém apontado, vê-se que uma das contribuições mais originais ao debate é a dos brasileiros Cláudio e Solange Souto⁷⁸. Abandonado o apego formalista, o estudo é direcionado para a busca de uma fundamentação substantiva do Direito. E a resposta é encontrada na conjugação entre sentimento de justiça e cientificidade, guiada por um instinto de conservação individual e da espécie⁷⁹. “É o formular científico-positivo atualmente incontestável do sentido básico permanente do dever ser.”⁸⁰

Desse dever ser profundamente avaliativo exsurge uma compulsoriedade física atual ou possível⁸¹, mas não a força, já que essa lhe é estranha. A força, a lei, é fator externo que não possui o condão de alterar a verdade científica. Apenas, enquanto sistema de conteúdo normativo das formas de coercibilidade, é objeto de estudo científico-valorativo por parte da Ciência Positiva do Direito.

A mudança, então, dá-se a partir do próprio conceito de Direito, que passa a abranger a ciência formal do Direito (dogmática jurídica), a ciência social do Direito (sociologia jurídica) e a ciência filosófica do Direito (Filosofia do Direito). Bem como, a tratar de seus correspondentes e indesejáveis formalismo, sociologismo e filosofismo jurídicos. A auto-suficiência de cada um desses saberes seria uma ficção apenas superável pela articulação deles de modo interdisciplinar⁸².

Vale assentar que o processo meramente dogmático de pesquisa (dogmatismo) se torna estéril. Pois, reduz o campo criativo do jurista e limita-o à vontade do legislador. A

⁷⁷ Ob. cit., p. 36. Sobre o tema, observar ainda a crítica de HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 2. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 5 e segs. à insistente busca por esse conceito, se comparado com outros ramos do conhecimento, como a química e a medicina.

⁷⁸ Cf. desenvolvimento atualizado do tema em SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Safe, 1992.

⁷⁹ SOUTO, Cláudio. ob. cit., p. 101-2.

⁸⁰ SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual...**, p. 138.

⁸¹ *Ibidem*, p. 133.

⁸² SOUTO, Cláudio. ob. cit., p. 9-17.

maneira como se coloca o papel do jurista em classificar as leis e buscar aconselhar a melhor forma de se implementar determinada medida legislativa transforma-o em um mero assessor parlamentar. Não que essa atividade seja menos importante, mas descaracteriza a profissão jurídica.

Outrossim, não há como explicar uma ciência que se compraz em folhear e rediscutir velhos pensamentos, sem **descobertas**. Sem verdadeira pesquisa científica rigorosa.

E, afinal, para se conhecer bem as leis e classificá-las já há muitos profissionais de biblioteconomia e seus bolsistas ocupados com essa espécie de recuperação de dados. Não que, igualmente, não sejam importantes, mas não é a área de atuação do jurista.

A ausência de uma causalidade unívoca e necessária entre a formalidade proposicional e o sistema dos fatos é mediada por um processo psíquico que impede uma relação direta de causalidade⁸³. É assim que o Direito, enquanto estrutura normativa, permite uma abordagem científica, e enquanto "dogma" situa-se, paradoxalmente, no reino da opinião (*doxa*). Não por isso merecedora de menor estudo; na verdade, é este que valida aquele⁸⁴.

Lembre-se que o jogo da tipicidade (lícito-ilícito) só tem razão de ser enquanto confrontado com a realidade sobre a qual ele foi elaborado. De fato, é tão-somente uma construção mental (pois a relação de causalidade lógica não existe na realidade) que tende a ser o mais abrangente possível dos dados da experiência; é, de certo modo, um acessório que busca revelar a origem. Uma atitude cognoscente. Alterada a realidade no que há de radical para a formação do sistema, descabe insistir naquela primeira construção.⁸⁵

⁸³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 6.

⁸⁴ Cf. ADEODATO, ob. cit., p. 207: a pesquisa dogmática é "destinada a sugerir estratégias de argumentação e decisão diante de conflitos a partir de normas jurídicas estabelecidas." O termo científico apresenta para o autor um sentido amplo, do qual não se discorda aqui. Ivo DANTAS (ob. cit., p. 168) entende que a não correspondência norma-realidade poderá gerar um hiato constitucional, pela ruptura do regular processo histórico-constitucional. Cf. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O diálogo norma-sociedade. In: _____. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva**. Dissertação de Mestrado. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1998. p. 35-8.

⁸⁵ Cf. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 4. COSTA, Newton C. A. da. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 1994. p. 23-8. GRAU, Eros Roberto. Conceitos indeterminados. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO. (1.: 1998: Vitória): **Justiça tributária: direitos do Fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 119-24. RABENHORST, Eduardo. Falácia naturalista e semântica dos mundos possíveis. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 8, p. 65-76, 1997.

2.4.3 Da prática

A cidadania mal implantada que temos em nosso país manifesta-se no receio em conhecer diretamente a lei, verificável na população em geral. Assim, qualquer tarefa de ler a lei é remetida para o profissional do Direito. Milita, no inconsciente coletivo, o conceito de que o Direito é lei.

A lei é para todos e apenas no caso de obscuridade em sua interpretação cabe solicitar esclarecimento técnico. Ora, a tarefa do jurista é entender de Direito, conhecê-lo; apenas por via reflexa, mediata, de leis, que são o seu principal instrumento de trabalho, mas não seu fim. Algo de todo indesejável.

Aquela concepção exclusivista favorece a dominação política da comunidade, pois transforma o jurista em oráculo e os cidadãos em ovelhas obedientes. Atira-se o papel de interpretar ao jurista e este, por sua vez, pode estar viciado.

Para o Direito, interessa sua difusão, sua partilha pelo grupo social onde atua. Não seu encastelamento e conseqüente distanciamento.

Todos temos noções, ofertadas na escola, de higiene, cuidados pessoais, geografia, etc. Mas de Direito, pouco ou nada recebemos desse ensino. E que não se diga que aqueles são conhecimentos menos complexos.

Há um receio de se perder o pouco que se conhece. A nossa "linguagem enigmática" que nem nós mesmos entendemos. Fatalmente, é o que ocorre quando se reduz o Direito ao texto de lei.

É preciso ver que o Direito não considera as pessoas em sua integralidade (daí o tema da igualdade como classificação). Essa limitação ocorre desde o primeiro instante de exteriorização mental, a qual já é sensivelmente desproporcionada em relação ao mental individual. Noutras palavras, não há mesmo como compreendermos o outro em sua inteireza.

Não expressamos aquilo que em realidade sentimos, daí a separação. O pensar e o expressar estão em diferentes planos de análise.

Donde se notar que o Direito opera no nível da linguagem⁸⁶. As relações entre os homens são intermediadas por objetos do mundo sensível (tudo capaz de produzir

⁸⁶ Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, o direito é, rege e usa uma linguagem (**Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 6.

sensações neurológicas)⁸⁷. Observe-se que o ser humano pode fazer o próprio ou outro corpo (suporte biopsíquico) como veículo de estímulo.

Por ter mecanismo semelhante a uma textura intermental e supraindividual⁸⁸, o Direito funciona como uma "máscara" em relação ao real.

Há várias "verdades" escondidas por trás das "aparências" (que são o nosso modo de perceber o mundo real, portanto, não é autônomo em relação a este) daí se poder falar em um conceito e em concepções de Justiça (Rawls) ou em sentimento e idéia de Justiça (Cláudio Souto).

Como ciência, o que hoje se tem por Direito pode não sê-lo amanhã. Daí a dificuldade na fixação de critérios gerais para a legitimidade, “porque os argumentos jurídicos não se apresentam unicamente como silogismos mas incluem argumentos estratégicos, erísticos.”⁸⁹

Essa verdade acerca de qual o melhor ou pior, mais correto ou errado proceder para a sociedade, corresponde à busca pela Justiça. Aqui a indagação não é por aspectos do mundo físico, como formas e cores, por exemplo (o que vemos é o que vemos? Essa sensação é verdadeiramente partilhada?... Até pôr em xeque a própria existência do processo comunicativo), o que apenas atingiria o Direito na medida em que permitisse uma avaliação mais precisa dos eventos e assim uma criação mais precisa da norma (como ao estabelecer padrões de periculosidade trabalhista, revisões de perícias criminais, etc). A realidade aqui se refere a outro elemento do mundo material, um elemento incorpóreo: a energia. Para maior especificidade: a energia mental.

É a procura por saber o que verdadeiramente se pensa. Não um indivíduo em particular, pois ao Direito interessa o pensamento enquanto manifestado dialeticamente. Mas a energia que se encontra indiretamente dissipada entre todos os indivíduos do grupo social e que lhes governa as ações (as normas sociais). Razão pela qual se conclui que o Direito,

⁸⁷ WALZER, Michael. **Las esferas de la Justicia**: una defensa del pluralismo y la igualdad. Trad. por Heriberto Rubio. México: Fondo de cultura económica, 1997. (Política y Derecho) p. 20: “los bienes con sus significados – merced a sus significados – son un medio crucial para las relaciones sociales, entran a la mente de las personas antes de llegar a sus manos, y las formas de distribución son configuradas con arreglo a concepciones compartidas acerca de qué y para qué son los bienes.”

⁸⁸ Cf. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 178-92. O autor analisa detidamente a aplicabilidade aos dias atuais da ontologia de Hartmann e expõe as dificuldades para a determinação do espírito objetivo e seus reflexos com a democracia, bem como, para objetivar-se. Ressalta a falta de amparo histórico para a legitimação do direito por via natural (o “reto caminho”).

⁸⁹ *Ibidem*, p. 215.

enquanto instrumento para conformação de expectativas de condutas em sociedade com vistas ao progresso social, apenas existe em grupos com um mínimo de coesão. Ou seja, onde haja predominância do elemento agradabilidade sobre pontos comuns suficientes para justificar a vida em grupo.

Se não há essa unidade, não há Direito, apenas caos. Em um sistema no qual se verifique esse problema, apenas a força (o elemento vontade da interação social) aliada ao sentimento pode funcionar e impor um mínimo direcionamento do ambiente político e da parcela pública do ser humano. Pois, quando da descoesão social (verdadeira inexistência de grupo), descabe insistir no debate em torno de elementos racionais.

O que não se mostra como solução, já que isso apenas conduz a um distanciamento no espaço sócio-político, com a correspondente difusão de um sentimento de desagradabilidade grupal. A força continuamente utilizada para prevenir um afastamento, se não visar à busca de elementos comuns para cooperação, termina por fazer-se um fator de profundo conflito.

Desnuda-se, assim, o Direito como mais um dos elementos de nossa tessitura "real", que cabe ser localizado, identificado e explorado pelos juristas devido ao seu elevado potencial para garantir a coexistência humana. É preciso, caso a caso e passo a passo, no Judiciário – já que a estrutura estatal pátria brinda a classe jurídica com um veículo de coercibilidade para a aplicação de seus conceitos – buscar o tratamento mais adequado para determinada situação.

2.4.4 A construção da realidade

Muito se diz que a realidade não acompanha a legislação, que lhe é diferente. É óbvio que a realidade é diferente das leis. E não se poderia esperar de outro modo. O conjunto das normas de um Estado é apenas um amontoado de papel inerte e sem vida.

A magia está em o ser humano olhar para essa pilha de tinta e celulose e dali extrair algum significado. É o que ocorre. Bom, daí um grupo se forma e afirma que

determinado conjunto de símbolos significa determinada espécie de comportamento e cria uma série de rituais para que isso se materialize^{90 91}.

Portanto, se o mundo do Direito for reduzido ao mundo das normas, esse positivismo não irá diferir muito de uma religião, seita ou concepção mítica. O que o equipara ao Jusnaturalismo.

O papel do jurista é transpor o abismo que separa o mundo dos fatos do mundo das normas. E, em lá chegando, buscar elementos que satisfaçam a hipótese e, depois, retornar. A ida depende bastante da vontade individual do intérprete (o cidadão), porém a volta, a materialização dessa consequência jurídica, é apenas contingente. Seu papel é retornar para os fatos com algo do mundo das normas.

Nesse momento desempenhará papel fundamental a ponte artesanal que separa os dois extremos do abismo. É ela a responsável pela perfeita comunicação entre ambos. Se for muito rígida, não cederá e facilmente poderá arrebentar. Se, porém, for muito flexível, ficará ao sabor dos ventos e não oferecerá condições para a travessia em qualquer dos sentidos, quando muito, apenas para o mundo das normas, mas sem retorno.⁹²

Essa ponte que regula o diálogo entre os fatos e as normas é a Constituição. O progresso da ordem social dependerá de sua estabilidade.⁹³

Quando a norma é conhecida e sentida pela coletividade ela se impõe. É preciso manter acessível à comunidade o conteúdo do comando jurídico-legal. A diferença do texto da lei, em relação a outros (como um romance), por mais que tenham elementos em comum (como sonhos, gramática, emoções, etc), é que ele pode ser realizado. O texto que

⁹⁰ Em sentido inverso, olhar para determinada obra artística e pretender que dali se extrai por intelecção algum preceito de vida que se quer repartir pela comunidade, pode conduzir, acaso a comunidade não “enxergue” a mesma coisa, à pecha de perturbação psicológica, a qual, por sua vez, tem profunda interpretação cultural.

⁹¹ Esse processo também é notado por Kelsen quando de sua fundamentação da diferença entre vontade consciente, querer (subjutivo, factual) na edição da norma e validade (objetiva) da norma. Ele diz que o enunciado científico não quer ser verdadeiro, ele o é ou não. “Só a pessoa que faz o enunciado, que estabelece a norma, ‘quer’ alguma coisa, tenciona algo, reivindica alguma coisa” (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. por José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 212). E, por sua vez, a norma não quer ser obedecida, ela deve sê-lo. Em que pese essa observação, o raciocínio aqui desenvolvido não segue a conclusão kelseniana.

⁹² O cerne dessa idéia pode ser localizado em HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991. *passim*.

⁹³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 279-80: o autor parece denominar essa temática de relacionamento entre linguagem normativa (LN) e língua-realidade (LR), que seria mediado pela língua hermenêutica (LH). Todavia, essa concepção é pertinente a uma análise lógica do fenômeno dogmático, impedindo a compreensão total do

representa uma cristalização política em torno de determinados objetivos pode reunir as devidas características e ser exigido. Ou seja, a diferença do que comanda não está na chancela oficial, mas na possibilidade de reunir elementos de realização.

Sobretudo, a norma não pode ser irrealizável. Noutras palavras, não pode exigir algo impossível nem tampouco limitar-se à constatação de uma situação física. Esses são os dois extremos que devem ser evitados.

Exemplo do primeiro caso é exigir que alguém pague em dinheiro uma quantia que efetivamente não possui ou que o rio corra naturalmente para cima. E do segundo é prescrever que alguém respire ou que o mesmo rio siga seu curso normal⁹⁴.

Uma lei, que é um pedaço de papel, não pode fazer com que outra coisa lhe obedeça. Porém, homens podem fazer o que outros homens determinam.

Quando a lei apenas constata, está a descrever uma situação da natureza. E a função do texto legal é valorar, prescrever. E o direito não trabalha com os atos em si, com os eventos⁹⁵, mas com seus efeitos⁹⁶. Daí a linguagem do direito positivo ter eminente caráter prescritivo, de **dever ser**⁹⁷. Saber se a decisão que indefere uma petição inicial tem caráter sentencial ou interlocutório, perde sua relevância imediata para a dogmática no momento em que a lei disciplina que o recurso cabível é o de apelação (Código de Processo Civil, artigo 296). Ou seja, tão logo sejam disciplinados seus efeitos.

problema. Esse tipo de estudo não é afastado quando se coloca o problema em descortinar o diálogo do intérprete (oficial ou não) com o sistema jurídico, representado pela Constituição.

⁹⁴ “Seria obra vã e supérflua criar regra jurídica visando a *confirmação* dos fenômenos econômico-sociais, pois a finalidade imediata da regra jurídica é modificar o curso espontâneo dos fatos sociais” (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 538). Mais ainda, as leis têm por objeto “*regular* os fatos e relações da vida social, em vista do interesse comum, ou para os fins do bem público e privado. Não está, porém, no poder da lei ou do legislador *criar* ente algum, e muito menos, uma *ficção*, porque seria praticar um ato vão ou inútil. Legislar é ordenar, é permitir, é proibir, é dispor ou regular; mas não é, de forma alguma, *criar*, à vontade, novos sujeitos de direito para a vida social. A expressão *criar*, empregada nos textos legislativos, é inteiramente metafórica: as coisas ou relações preexistem ao ato; o que êste faz é dar-lhes um sentido especial ou regulá-lo de um modo que, na ocasião parece conveniente ou necessário aos olhos do legislador...” (CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. atual. por José de Aguiar Dias. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 42).

⁹⁵ Acerca da distinção entre fato e evento, cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994. p. 278-9.

⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, com a emenda nº 1 de 1969. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. v. 5. p. 67.

⁹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. ob. cit., p. 279-80. VILANOVA, Lourival. ob. cit., p. 63-7.

O mesmo ocorrerá com os enfoques sociológico, filosófico, antropológico e histórico, dentre outros. Para cada área do saber, haverá um efeito relevante que, tão logo esteja conhecido e dominado, cederá lugar para um novo debate.

A lei que, assim, não é apta a produzir efeitos não possui significação jurídica (dogmática, filosófica ou sociológica). Pode, quando muito, ser objeto de estudo da sociologia e da filosofia geral, por exemplo, mas não do específico questionar do Direito.

Kelsen deixa ver essa posição quando refere que a lei tem de poder ser descumprida, ou seja, ela não é algo que obedeça a leis da natureza e sim depende da politicidade humana. Sua materialização estaria num plano apartado da realidade normativa, do que, sob o aspecto formal, não se discorda⁹⁸.

Igualmente faz Norberto Bobbio, quando diz que “objeto de regulação por parte das normas jurídicas são todas *as ações possíveis* do homem, e entendemos por ‘ações possíveis’ aquelas que não são nem necessárias nem impossíveis.”⁹⁹ As normas decorrentes da adoção proibitiva ou obrigatória dessas condutas seriam, assim, “inúteis” ou “inexigíveis”¹⁰⁰.

Chega-se, portanto, à conclusão de que o Direito requer como aspecto formal normas realizáveis. Caso contrário, as mesmas serão injurídicas e não passarão de curiosidade lógico-política ou valoração irrealizável e equiparável a um texto sem conteúdo deôntico (quando descritivo de condições da natureza ou caso não vise a efeitos concretos; se inexigível, é o relato de um desejo, e não uma vontade em si).

O jurista deve ser um sonhador. E ser um sonhador é querer ter um mundo melhor. E, em situações normais, quem não o quer?

Diferente é querer algo materialmente impossível. Porém, o papel do profissional do Direito é tornar a juridicidade possível. O posicionamento oposto é a covardia, bem diverso de querer algo impossível.

⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4 ed. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 5-10. (Ensino Superior)

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Trad. por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 24.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 24.

A Justiça é o valor maior, culturalmente identificável, para o qual pendem as ciências¹⁰¹ humanas, não é apenas valor jurídico; antes pertence a todas as áreas. Assim, como um valor da sociedade, a Justiça não representa um feudo intelectual dos bacharéis em Direito, como fazem crer as Cartas Constitucionais (Superior Tribunal de Justiça, Justiça Federal, Estadual etc). Não há relação dela apenas com o Direito.

Antes, pertence a todos os membros do grupo¹⁰². É desse modo que cada ciência irá se ocupar de analisar a Justiça sob um peculiar ponto de vista.

Algumas irão se preocupar com a justa circulação das riquezas, outra com a justa movimentação social, e o Direito, em que pese não poder abandonar os ensinamentos que suas afins lhe proporcionam, ocupar-se-á com a justiça das expectativas de conduta existentes na sociedade. Pois, cuida de gerenciá-las e de buscar as que sejam mais justas.

Um magistrado, enquanto agente político do Estado, pode decidir de diversas maneiras, até mesmo de acordo com os ensinamentos da Ciência Jurídica. Se for indagado a um médico o que ocorre ao se ferir alguém ele dará a resposta correspondente. Todavia, se o consultante irá ou não ferir outrem de determinada forma, em princípio, não há como ser impedido pela medicina.

Do mesmo modo como o fato de muitos morrerem não invalidar a medicina, a existência de decisões contrárias ao Direito não o invalida cientificamente.

O Judiciário, como mais uma – o que não significa diminuição de sua importância – das instâncias de exteriorização de comandos, deve, sim, atentar para o Direito. Pensar o contrário seria defender o arbítrio e a inconseqüência. Mas suas falhas não se comunicam para a Ciência do Direito.

É como a separação entre o mundo das normas e a realidade. A crítica a essa posição pode ser feita no que ela prega de abstenção do texto legal em ser receptivo aos problemas sociais. Todavia, esse argumento tem seu lado forte no momento em que se vê que não é a simples alteração de um texto legal que vai mudar a realidade, é preciso mais, e o Direito não deve parar ali; porém, a separação entre ser e dever ser, nesses termos, é mais que

¹⁰¹ John RAWLS inicia **uma teoria da justiça** (Trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3) com a afirmação instigadora de que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” A seguir, o autor expõe sua teoria, onde defende a indeclinabilidade absoluta de determinados direitos fundamentais, a partir do trato de uma situação ideal, onde haveria o que denominou de “véu de ignorância”.

¹⁰² Afinal, ninguém tem o direito de ser injusto (há o direito a ser injusto ou seriam termos antitéticos? Essas são idéias que reclamam pesquisa própria)

uma barreira, é uma constatação e um alerta. Mas, o Direito (não as normas do direito positivo), esse é um ser sendo, na expressão de Cláudio e Solange Souto.

A aptidão mental para julgar não é restrita aos bacharéis em Direito. Estes podem, por exemplo, apenas assessorar o profissional de outra área na tomada de decisões, como ocorre nos Tribunais de Contas, muitas vezes com profícua fundamentação jurídica. A própria Constituição Federal e o Estatuto da Magistratura não são expressos em determinar a formação jurídica. Para ser Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF ou do Superior Tribunal de Justiça há apenas o requisito do “notável saber jurídico” (CRFB 101 e 104)¹⁰³.

Todavia, esses aspectos do regime constitucional já se encontram pressupostos em sua interpretação sistêmica e principiológica, tal qual o controle difuso de constitucionalidade. O que faz crescer a responsabilidade dos cursos jurídicos, responsáveis pela formação de membros de um Poder.

Pois, o Judiciário exerce decisivo papel na legitimação de regimes políticos e quem o comporá amanhã não são os que hoje estão no poder ou quem ainda nascerá, mas, certamente, os que hoje sentam nos bancos universitários. O Judiciário é responsável por evitar o desmoronamento da estrutura estatal e, nessa tarefa, faz a mediação do diálogo entre o texto legislado (manifestação da vontade estatal) e o povo (representado por seus advogados ou por órgãos criados com esse papel).

Enfim, sobre a Teoria do Direito, pode-se dizer que a Filosofia e a Sociologia são seletoras do tipo jurídico¹⁰⁴. Enquanto ciências com objeto específico podem dedicar-se

¹⁰³ Por a Constituição Brasileira de 1891 trazer apenas a referência a “notável saber e reputação”, o presidente Floriano Peixoto nomeou ministro da Corte Suprema o Senhor Cândido Barata Ribeiro, médico de grande reputação, o qual exerceu o cargo de 25 de novembro de 1893 a 22 de setembro de 1894, quando teve o referendo de sua nomeação negado pelo Senado. Oportunidade em que foi firmada a tese de que “só juristas poderiam ser ministros do Supremo Tribunal Federal” (BALEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal: êsse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 25, 152).

¹⁰⁴ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 4: “mas onde há *sistema fechado*, não o decide a lógica. É um problema empírico e gnoseológico.” Relatando a infinita repetição de ocorrências num sistema sócio-historicamente situado, o autor expõe que a generalização apenas se alcança com a pressuposição da hipótese da uniformidade do curso dos fatos. Todavia, é forçoso ver que tal construção teórica aplica-se a um sistema que, uma vez sofrendo variação substancial, implica a construção de novo sistema teórico que o explique. É o fato selecionando o sistema e não mais o sistema impondo-se a ele. Pois, a sociedade não é estanque e, uma vez em movimento, pode frustrar todas as expectativas normativas. “Como todo sistema de significações, o sistema de normas jurídicas só é viável (concretizando-se, realizando-se) se o sistema causal, a ele subjacente, é, por ele, modificável. Se o dever-ser do normativo não conta com o *poder-ser* da realidade, se defrontar-se com o *impossível-de-ser* ou com o que é *nessário-de-ser*, o sistema normativo é supérfluo, ou *meaningless* (observa KELSEN, *General theory of law and state*, p. 41-44). Descabe querer impor uma causalidade normativa contrária à causalidade natural, ou contra a causalidade social.” (*Ibidem*, p. 11) Cf. BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial: uma visão dialética**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 33: “O sistema é um seletor de problemas. [...] Mas o problema é um seletor de sistemas.”

ao estudo do fenômeno produtor do texto normativo. Mas aqui são utilizadas em suas vertentes aplicadas ao Direito, e, assim, denotam que as indagações jurídicas desse jaez são formuladas no curso do processo de elaboração das normas e funcionam como censoras das mesmas, face ao documento positivo-legal.

A perspectiva dogmática é de grande valia para a pacificação e solução de conflitos, todavia, essa utilidade não vai até fazer com que o sistema formal de coercibilidade seja o critério de legitimidade, o que representaria dano reducionismo. Isso pode ser dito tanto sob o ângulo filosófico quanto pelo sociológico.

Ao se indagar acerca da positividade gnoseológica das ordens sobre as condutas sociais (o verdadeiro direito positivo, aquela parcela de juridicidade dotada de eficácia), pode ser adotada a seguinte classificação: (a) dever ser positivo material (aceito pela coletividade); (b) dever ser positivo potencial (tende a ser aceito pela população em razão de sua veracidade teórica); e (c) dever ser positivo formal (instrumentalizado por formas de coercibilidade). Neste encontrar-se-ia o tradicionalmente designado direito positivo.¹⁰⁵

Num ritmo de mudança social, é possível um novo conhecimento ético-racional substituir o dever ser positivo material, o qual deve ser a essência do formal. Todavia, enquanto isso não ocorre, esse novo comando permanece como dever ser positivo potencial.¹⁰⁶

Portanto, a informação jurídica dos comandos formais legais pode ocorrer ou não. Porém, a sua classificação como tal fica sobremaneira dificultada em casos como a regra do artigo 297 do Código de Processo Civil Brasileiro – CPC, a qual determina o prazo geral de quinze dias para oferecer contestação.

Mesmo com as situações concretas sob exame, é difícil imaginar a questão acerca do acerto da Justiça em não ser mais um ou menos um dia.

Nesse momento, verifica-se que, em situações como essa, há um hiato científico entre o prazo extremamente curto e o arbitrariamente longo, por exemplo. É o caso das regras morais, as quais diferem das jurídicas por estas apresentarem um caráter científico-empírico e aquelas uma essência metacientífica (“baseado em revelação sobrenatural ou numa

¹⁰⁵ SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado**: conceituação do indagar comparativo mais específico da ciência do Direito. Recife: [s.n.], 1956. p. 136-7.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 137.

filosofia de vida”¹⁰⁷). Assim, há um espaço de juridicidade garantida cuja maior especificidade fica a cargo dos convencionalismos morais ou políticos sobre a questão, ou mesmo o uso da equidade¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. **A explicação sociológica**: uma introdução à sociologia. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1985. p. 241.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 246.

3 PRESSUPOSTOS RELACIONAIS, FILOSÓFICOS E POLÍTICOS DA RESPONSABILIDADE

3.1 BILATERALIDADE

A responsabilidade pode ser jurídica ou extrajurídica (moral, religiosa). No plano jurídico, ela pode se revestir de aspectos específicos que podem adjetivá-la como penal, disciplinar, administrativa, civil, patrimonial etc.

De maneira consentânea com a exposição a ser adiante feita¹⁰⁹, José Cretella Júnior afirma que “não há *responsabilidade* sem prejuízo”, e que, na ausência de dano, não se cogita da responsabilidade, “mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato.”¹¹⁰ Partindo da raiz latina da palavra, o citado autor invoca sua relação com a idéia de **resposta**.

Desse modo, em consonância com o Direito, o qual busca uma estrutura argumentativa racional¹¹¹, a responsabilidade traz consigo a idéia de diálogo. É a relação natural (=causalidade normativa) que surge entre dois interlocutores jurídicos, diz-se, entre os pólos da relação jurídica¹¹².

Uma vez que há um palco da vida social e o Direito é uma forma de interpretar os acontecimentos sociais de acordo com um conjunto de expectativas e de previsibilidades, todos somos atores a responder pelos diversos papéis que ocupamos na sociedade. Para dar

¹⁰⁹ V. tópico 5.2 e, também, p. 117.

¹¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

¹¹¹ Cf. Fabiano MENDONÇA, **ob. cit.**, p. 11.

¹¹² CRETELLAR JÚNIOR, José. **Ob. cit.**, p. 9: “*Responsável é aquele que responde e resposta é sempre a resultante de estímulo anterior causativo – a pergunta. Por outro lado, irresponsável é o que não responde, deixando em suspenso o diálogo, por falta do segundo elemento do binômio – a resposta. É o monólogo do irresponsável.*”

continuidade à “representação”, ao diálogo, é preciso saber responder às diversas situações nas quais nos colocamos no decorrer da vida jurídica¹¹³.

Assim, toda relação jurídica, seja de direito público ou privado, civil ou comercial, trabalhista ou administrativa, dentre outras espécies, traz em si uma obrigação (jurídica) e, nessa medida, uma responsabilidade para um, vários ou todos os pólos interagentes. Por exemplo, numa compra-e-venda (acordo entre comprador e vendedor sobre preço para transferência de propriedade) simples, o comprador assume a responsabilidade pelo pagamento do preço. E o vendedor assume a responsabilidade por receber o pagamento e transferir a propriedade do bem.

A pergunta por **quem é o responsável** fica, assim, condicionada ao objeto de que se fala. Onde, na linguagem cotidiana, poder ser identificado um **sentido lato** para a responsabilidade, muitas vezes divorciado do jurídico. E, como se mostra, a idéia de responsabilidade é um instrumento jurídico-dogmático de racionalização da vida em sociedade.

É comum ouvir a pergunta: “quem é o responsável por isto?” A resposta pode ir desde a explicação sobre quem tem a responsabilidade de zelar por algo até falar de quem causou um dano. Pode, também, ter um sentido de responsabilidade moral¹¹⁴ e, nem sempre,

¹¹³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 157: Sobre a noção de papel social enquanto núcleo significativo na sociedade, diz que “a idéia se reporta à origem da palavra pessoa – *persona* – que era a máscara do ator no teatro. O mesmo indivíduo representa vários papéis (no teatro antigo, pondo a máscara). A própria sociedade institucionaliza os papéis como condição da interação. [...] Os papéis institucionalizados normativamente, no direito, ganham contornos certos e seguros. [...] O estatuto confere ao papel as qualidades que o tornam consistente para o intercâmbio jurídico. Nestes termos o que chamamos de pessoa nada mais é do que feixe de papéis institucionalizados. [...] O direito a capta como conjunto comunicante de papéis institucionalizados.” Cf., também, MENDONÇA, **ob. cit.**, p. 73, onde há exposição acompanhada por STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 59-60. Este autor também dedicou tópico próprio ao estudo da tese de responsabilidade judicial por ato inconstitucional (*ibidem*, p. 555-6).

¹¹⁴ Bobbio analisa a correspondência entre as expressões continentais direitos naturais e direitos positivos (diferença em razão da origem) das anglo-saxônicas *moral rights* e *legal rights* (diferença em razão do fundamento; cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**: with a new appendix, a response to critics. Cambridge: Harvard University Press, s/d. p. 105 e segs.), para concluir que não há impropriedade em “direitos morais”. “Não há direito sem obrigação; e não há direito nem obrigação sem uma norma de conduta [...] A velha objeção segundo a qual não podem ocorrer direitos sem as obrigações correspondentes, mas podem ocorrer obrigações sem direitos, deriva da confusão entre dois sistemas normativos diversos [...] a uma obrigação moral pode corresponder apenas um direito moral. [...] O que, para os juristas é, um *ius imperfectum* pode ser um *ius perfectum* do ponto de vista moral. Sei muito bem que a tradição milenar nos habituou a um uso restrito do termo *ius*, limitado a um sistema normativo que tem força de obrigatoriedade maior do que todos os demais sistemas, morais ou sociais; mas, quando se introduz a noção de ‘direito moral’, introduz-se também, necessariamente, a correspondente ‘obrigação moral’.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 7-9) Saber se, cronologicamente, o direito ou o dever é precedente representa questão de fato que não interfere na análise jurídica do tema, como no caso do direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CRFB, art. 225, *caput*), que já institui,

a identificação do responsável acarreta a punição deste¹¹⁵, já que pode dizer respeito à autoria de determinado fato considerado merecedor de elogios e recompensas.¹¹⁶

Ainda, a responsabilidade jurídica pode ou não fazer referência à autoria de um ato. Com efeito, há as figuras da responsabilidade coletiva (um grupo responde pelo ato de um de seus membros) e a responsabilidade por fato de terceiros, por exemplo.

Neste trabalho, é utilizada a **responsabilidade em sentido estrito, ou jurídica**. E, no campo desta, seu uso **dogmático e lógico**, aplicado ao Estado. Com isto, fica excluída a predominância da análise sobre os prismas filosófico (por que alguém é responsável) e sociológico (quem deve responder por que fato, em função da perturbação do progresso social).

Em termos jurídicos, pode-se dizer, de imediato, com o objetivo de principiar a delimitação do tema, a idéia de responsabilidade tem em sua gênese o desejo punitivo.

Outrossim, inobstante o surgimento anterior da responsabilidade privada, em relação à responsabilidade pública, e, dentro desta, seu desenvolvimento na seara do Direito Administrativo (Caso Blanco, França, 1873)¹¹⁷, a responsabilidade é uma categoria jurídica desvinculada de qualquer filiação a uma indagação específica do jurídico (Direito Administrativo, Penal, Tributário, Civil, Eleitoral etc).

No curso da história, o poder (antes soberano), por sucessivos pactos materiais (independentemente de sua apresentação formal), cedeu espaço a direitos e liberdades. Primeiramente individuais, tais conquistas representaram uma área de ação livre da imposição

diretamente, o dever para nós em relação ao direito dos futuros habitantes, ou vice-versa (*Ibidem*, p. 9). Enquanto parte da linguagem prescritiva, direito e dever são correlatos frutos de uma norma que atribui a alguém a faculdade de fazer ou deixar de fazer algo enquanto determina que outrem se abstenha de impedir o exercício dessa faculdade (*Idem. Liberalismo e democracia*. 6. ed. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. p. 12).

¹¹⁵ Em termos jurídicos, a sanção positiva (v. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. por Maria Celeste Santos. Rev. por Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 13 [apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior], 23) acarreta, na verdade, a responsabilidade do Estado.

¹¹⁶ AGLIANO, Humberto. Limites de la responsabilidad civil. **Revista Juridica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucuman**, San Miguel de Tucuman, n. 20, p. 47-105, 1969. O autor separa o *debitum* (dever para com o credor) da responsabilidade ou garantia (possibilidade de execução dos bens do devedor em razão do descumprimento de um dever legal) (p. 47).

¹¹⁷ As teorizações, comumente, são posteriores aos fatos que buscam explicar desde a origem, como no caso do contrato social, de Rousseau. Sobre Locke, diz Bobbio (**Liberalismo...**, p. 13): “Essa descrição é fruto da reconstrução fantástica de um presumível estado originário do homem, cujo único objetivo é o de aduzir uma boa razão para justificar os limites do poder do Estado. [...] Enquanto teoria diversificadamente elaborada por filósofos, teólogos e juristas, a doutrina dos direitos do homem pode ser considerada como a **racionalização póstuma** do estado de coisas a que conduziu [...] a luta entre a monarquia e as outras forças sociais [...]” [grifos nossos]

estatal. Antes privilégio de determinados setores da sociedade, paulatinamente, assumiram caráter universal.

Tratava-se, então, de impor obrigações (deveres) ao Estado. Deveres correspondentes a liberdades individuais, mesmo que a “simples” liberdade de ter. Daí se poder dizer que a responsabilidade pública tem seu marco na Magna Carta do Rei João Sem Terra (Inglaterra, 1215).

Enfim, da lição de Giorgio Del Vecchio, retira-se que:

Podemos definir a relação jurídica, atendendo a isto: *o vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender qualquer coisa, a que a outra é obrigada.* [...] O Direito reconhece qualquer coisa de preexistente e imprime-lhe a sua forma, fixando o limite *das recíprocas exigibilidades*.

Qualquer relação jurídica apresenta, pelo menos dois sujeitos: o *activo* – titular da faculdade ou pretensão – e o passivo, a cargo de quem fica a obrigação. Porém, a relação jurídica é freqüentemente dupla e complexa, porque a mesma pessoa que é investida na faculdade ou pretensão é também investida numa obrigação, e vice-versa.¹¹⁸

Com esses pressupostos, Miguel Reale, lembrando que o Direito não apenas obriga, mas também faculta, aponta que a relação jurídica não está num ou noutro sujeito, mas acima deles, de modo que há um “*nexo transubjetivo*, estabelecendo um âmbito de ações possíveis *entre* ou *para* dois ou mais sujeitos.”¹¹⁹ Assim é que, de acordo com o objeto considerado, a posição dos atores (ativo e passivo) inverte-se na relação. “[...] Na Teoria do Direito dois ou mais sujeitos se exigem, constituindo, através dessa exigência, a experiência jurídica propriamente dita.”¹²⁰

A esse fenômeno, Reale denomina de bilateralidade atributiva do Direito, o qual é objetivo (externo aos agentes, “resulta da *objetividade do valor* que a instaura”), bilateral (entre sujeitos de Direito), atributivo (há um objeto que medeia a relação, o que acarreta exigibilidade ao vínculo), garantido (o Direito deve ser realizável, já que transubjetivo, e passível de execução forçada), com grau de reciprocidade variável (de acordo com as prestações estabelecidas entre os sujeitos) e estabelece pretensões e competências (internas ao Estado)¹²¹.

¹¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Trad. por António Brandão. Rev. por L. Cabral de Moncada. Atual. por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado, 1979 (Col. Studium) p. 443.

¹¹⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 686.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 692.

¹²¹ *Ibidem*, p. 685, 692-3.

Aproveita-se, também, ao nosso estudo, a idéia de que, para Reale, está na essência do Direito a sua exigibilidade (decorrente da atributividade) e sua conseqüente coercibilidade¹²². Ou seja, uma vez não observada a prescrição jurídica, exsurge a via repressiva para a sua consecução (na responsabilidade em sentido estrito, logo exposta).

Portanto, dentro de uma responsabilidade em sentido amplo, pode ser distinguida uma responsabilidade jurídica. E, dentro desta, pode ser vislumbrada uma forma ainda mais restrita (**responsabilidade jurídica propriamente dita ou em sentido estrito**) que seria aquela resultante de danos causados a sujeitos de direito, grosso modo.

A responsabilidade jurídica, em sentido mais amplo, apresentar-se-ia no dever geral de cumprir as obrigações, no responder o diálogo relacional no dia-a-dia, de maneira indefinida e incomensurável. Na grande maioria das vezes são obrigações que apresentam cumprimento natural (espontâneo) e esvaem-se sem deixar grandes marcas na sociedade. São as compras, o transporte pago, a educação, o respeito mútuo etc; tão abrangente quanto a multiplicidade das condutas juridicizadas. Todavia, não diminui de importância essa primeira acepção técnica de responsabilidade nem faz com que deva ser menos apreendida, já que contribui para a compreensão geral da problemática.

Em todos esses espaços, o domínio é o da Teoria Geral do Direito – aqui em sua feição teórico-normativa. “O ponto que liga os campos específicos de conhecimento jurídico é a *parte geral* de cada campo ou as denominadas teorias gerais [...]. A Teoria Geral do Direito é uma parcialização *metódica* do conhecimento jurídico. Põe entre parênteses temas jurídicos que complementam sua visão *parcial*.”¹²³

Nesse pensar, a responsabilidade não deriva deste ou daquele documento legal ou construção doutrinária historicamente considerada, antes, tem por fonte produtora, “em última análise, o próprio homem, ou entidade criada pelo homem com personalidade jurídica”¹²⁴. É, assim, uma categoria¹²⁵, ou conceito, pertencente à Teoria Geral do Direito.

¹²² *Ibidem*, p. 692-3. Como noutro ponto se observa (“interdependência dos saberes jurídicos fundamentais”), essa característica, no pensamento aqui esposado, é acessório e objeto de estudo do Direito como *forma* de exteriorização coercível do jurídico, daí ser objeto de estudo da dogmática, das técnicas de decisão voltadas para a realizabilidade do Direito. Esses elementos normativos serão estudados na “Responsabilidade e sua construção normativa”.

¹²³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 16-7.

¹²⁴ CRETELLA JÚNIOR, **O Estado...**, p. 14.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 14: Categorias “são formulações genéricas, *in abstracto*, com as respectivas conotações especiais, ainda não comprometidas com nenhum dos ramos em que se bifurca a ciência jurídica. São as ‘formas puras’ de

Pode-se, após essa compreensão, falar da responsabilidade aplicada aos diversos problemas sociais: responsabilidade administrativa, civil, do Estado, penal, processual; conforme a área que esteja sob pesquisa. Dessa forma, como o Estado é objeto de estudo de diversos ramos do Direito, notadamente, o Administrativo, o Constitucional e o Processual, com ênfase em cada poder clássico, sua responsabilidade não será privilégio de estudo de um ramo específico do Direito. Antes, seu aperfeiçoamento exige o trabalho do pesquisador que apresentar melhores condições de aplicar as normas gerais ao objeto do conhecimento. E, se o tema é aplicar a teoria ao Judiciário, então o estudo dar-se-á sob a ótica do Direito Processual.

Pois, de acordo com o problema, os princípios irão atuar de maneira específica. É por isso que, para problemas de responsabilidade do Estado por atos judiciais, o estudo deve pautar-se por elementos, cuja importância irá variar de acordo com a pesquisa, do Direito Processual, que reflitam a especificidade do Judiciário¹²⁶. As mesmas soluções não devem ser aplicadas a todos os problemas.

É nítido que o desenvolvimento que o tema já alcançou no Direito Administrativo não é deixado de lado ou menosprezado. Antes, constitui-se em subsídio fundamental para o desenvolvimento dos demais ramos. Porém, é preciso verificar que diferentes hipóteses de responsabilidade poderão surgir ou mesmo desaparecer, face à peculiaridade dos fatos com que se lida.

E, aqui, parte-se do pressuposto da responsabilidade unitária do Estado, a qual, enquanto princípio, determina a submissão à responsabilidade objetiva dos atos estatais, **independentemente** do “poder” do qual promanam (Executivo, Legislativo ou Judiciário).¹²⁷

que fala Rudolf Stammler, aproveitadas, depois, pelos cultores do direito público e do direito privado, para plasmar as espécies consideradas.”

¹²⁶ Consoante exposto no Título IV da Constituição Brasileira de 1988, a organização dos “poderes” compreende executivo, legislativo, judiciário e *funções essenciais à Justiça*. Elas estão logo após o capítulo do Judiciário – que cuida de definir as “Justiças” – e “fecham” o respectivo título. São elas: Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública. De fato, para alcançar seus objetivos, a função jurisdicional engloba aquelas “funções essenciais”. “Essencial” significa nuclear, que faz parte da substância, sem o que não se caracteriza nem está completo o objeto. Em linguagem técnico-jurídica, é o oposto de acessório. No caso, tais funções são essenciais à caracterização da Justiça, do Poder Judiciário (federal, do trabalho, eleitoral, militar e estadual). São atividades materialmente jurisdicionais (controle do Direito no interior do ordenamento com vistas a sua higidez), mas formalmente Executivas ou privadas. Pode, mesmo, conduzir à idéia, no Ministério Público, do Estado litigando contra o Estado ou, quando uma causa é sujeita à Justiça Federal, de a própria União (seção judiciária) julgar a União. Na verdade, trata-se de mecanismo **intervencionista** de controle da ordem jurídica pelo Direito.

¹²⁷ O tema da possibilidade de responsabilidade do Estado por ato judicial já foi abordado alhures por mim em **Responsabilidade do Estado...**, onde restou verificada a sua possibilidade em nosso ordenamento, até mesmo, por divergência jurisprudencial.

Atualmente, dentro da idéia de “recíprocas exigibilidades”, acima referida, situam-se o Estado e o indivíduo. E, conforme cresceu a **responsabilidade política** do primeiro, cada vez mais vigiado pela opinião pública dentro do regime democrático, também lhe acompanhou o alargamento da responsabilidade jurídica.

Tal fenômeno relacional entre Direito e Política deu-se, sobremaneira, por via dos textos constitucionais, os quais cuidaram de estatuir juridicamente objetivos políticos. Desse modo, a responsabilidade do Estado, incluindo a pergunta sobre “a que se obriga o Estado moderno” (ou pós-moderno), desempenha papel fundamental na consolidação do projeto político da sociedade e, particularmente, dos grupos que ocupam – e se revezam historicamente nele – o poder (Estado).

E quando se fala no Estado, também quer-se dizer povo – malgrado aquele ser uma parcela reduzida deste, mas aqui a referência é feita ao gerenciamento financeiro dos recursos públicos. Pois, trata-se de repartição dos ônus da responsabilidade por entre todos os que poderiam vir a beneficiar-se do tesouro público ou que contribuíram para ele. Encargo que é assumido pela sociedade em seu conjunto para que o gozo da atividade jurisdicional seja efetivo.

Importante lembrar que, por se tratar de direito que abrange não só o lesionado mas também o próprio Estado, a responsabilidade tem como destinatários cada um do povo. No que é importante a proteção do Estado contra toda e qualquer acusação, pois, se vencido, na verdade a própria parte adversa também é atingida indiretamente pela decisão e há uma **desigual** transferência de bônus para um indivíduo.

Em Juízo, o Estado não é parte representando um peculiar interesse azagaiador de direitos do cidadão, mas defensor do patrimônio do próprio indivíduo que litiga contra ele. É difícil, muitas vezes, para a opinião pública entender o Estado ingressando judicialmente para retirar um “direito” de alguém. A idéia é a de que “deu, está dado”. Só que o “deu” é, não raro, “arranjou”. Isso é reflexo da falta de uma verdadeira norma social unificadora difundida em nosso país¹²⁸.

¹²⁸ V. nota 362.

3.2 NOÇÕES HISTÓRICAS

Em seus primórdios, a responsabilidade¹²⁹ provavelmente tinha nítido caráter penal e influência religiosa. Assim, as condutas consideradas inadequadas eram reprimidas com punições pessoais ou expiações como flagelos, sacrifícios e penitências¹³⁰.

Também, há registros de que foi empregado um sentido coletivista, tal qual à propriedade, sob o prisma do ofendido. Cabia à tribo ou ao clã a "vingança" pelo dano sofrido. Então uma desonra. A essa fase de responsabilidade penal corresponde a responsabilidade pessoal, do indivíduo fisicamente considerado como objeto de punição¹³¹.

Pois, ligada à idéia de responsabilidade está a de sanção. Assim é que seu surgimento é marcado pela sua natureza exclusivamente penal. Nas comunidades tradicionais, era desconhecida a utilização do patrimônio para reparar atos que trouxessem alguma forma de prejuízo, até porque não havia a idéia de propriedade privada. Todo ato assim ocorrido era retaliado com a responsabilização pessoal do agente, que poderia ir desde as penas deambulatórias até a morte, passando pela escravidão.

Era o caso do inadimplemento de débitos, o qual sujeitava o devedor, no sistema de execução corpórea da Lei das XII Tábuas (450 a.C.), à *manus injectio* do credor, com a escravidão daquele, acaso o próprio grupo não solvesse a dívida para salvar seu membro¹³². Era o sentimento de ofensa que gerava que lhe atribuía caráter penal. Porém, sob o aspecto patrimonial, constituía mais um modo de constranger o inadimplente a pagar a dívida^{133 134}. Se, todavia, isso não ocorria, era factível a partilha do corpo entre os credores¹³⁵.

¹²⁹ Aqui tratada em seu sentido jurídico restrito.

¹³⁰ JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 1992. p. 7. (Connaissance du Droit)

¹³¹ *Ibidem*, p. 7-8.

¹³² ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 15. V., também, sobre a evolução do tema do Direito Romano, GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 11-21. E DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 36-46.

¹³³ *Ibidem*, p. 15-6.

¹³⁴ Até hoje considerada (a coerção psicológica e física), como leve discordância classificatória, como execução em nosso direito, quando nas situações do depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia (CRFB, art. 5º, LXVII). V. ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 119, 124. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 24, 26.

Com a *lex poeelia papiria* (428 ou 441 d.C.) houve uma nítida inclinação para a responsabilização patrimonial. O que pode bem ser observado no domínio do Direito Concursal, mormente em sede falimentar.

De se notar que na “Lei de Talião” (*talio*; lei das XII tábuas), havia a possibilidade de uma composição voluntária, bem como instaurou a responsabilização proporcional, com o que estabeleceu uma relação entre o dano sofrido e a punição devida. Daí seguiu-se uma fase de composição imposta por lei e outra, situada no extremo oposto da vingança privada, quando o Estado passa a se ocupar da punição por danos aos particulares¹³⁶.

Com a assunção da esfera punitiva pelo Estado há uma “publicização” da responsabilidade que, nascida penal, passara a mista (em razão de seu objetivo múltiplo) e tem retirada de seu seio a feição civil, agora independente¹³⁷. É importante notar que essa foi uma evolução gradual e que ainda se processa. Mesmo hoje, por exemplo, é difícil desvincular no senso comum a falência, a qual assumiu gradativamente, desde a Segunda Guerra Mundial, um caráter de recuperação patrimonial e não de aniquilação do empreendedor, de uma certa idéia punitiva do mau comerciante, já que, em verdade, é um instituto benéfico¹³⁸.

Assim, até em decorrência dessa origem penal, o surgimento da responsabilidade civil traz ínsita a noção de culpa¹³⁹. Tratava-se apenas de uma nova forma de punir uma conduta ilícita. Daí melhor que falar em responsabilidade civil e penal é falar em responsabilidade pessoal e patrimonial.

Portanto, surge o princípio segundo o qual “não há responsabilidade sem culpa”. É um momento de “espiritualização da responsabilidade”, a ponto de o direito canônico considerá-la, a responsabilidade civil, não apenas como um meio de indenização da vítima, mas também como um “instrumento de moralização das condutas humanas”¹⁴⁰. Esse

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 2: teoria geral das obrigações. p. 7-8.

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 2-3.

¹³⁷ JOURDAIN, Patrice. **Les principes...**, p. 8.

¹³⁸ Cf., por todos, ABRÃO, Nelson. **Curso...**, p. 39-43.

¹³⁹ Para uma sùmula da discussão acerca da presença do elemento culpa já na *Lex Aquilia*, v.: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade...**, p. 5; DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 43.

¹⁴⁰ JOURDAIN, Patrice. ob. cit., p. 9.

espírito irá permear o Código Napoleônico, de 1804, e, conseqüentemente, o Código Civil brasileiro de 1916.

Porém, três fatores concorreram para uma gradativa coletivização e objetivação da responsabilidade¹⁴¹. Em primeiro lugar, a grande transformação industrial e técnica da sociedade ocidental nos séculos XIX e XX, com o elevado número de máquinas e de danos graves, anônimos, acidentais e fortuitos.

Em paralelo a isso, o cidadão da nascente sociedade industrial procura explicações materiais para os danos e aceita menos o destino. Isso, atrelado a uma crescente luta por uma certa dignidade da pessoa humana, faz com que surja a exigência por um Estado-providência – o Estado Social; a reparação ganha o status de direito. O destino, aos poucos, deixava de ser a última instância e explicação para os danos sofridos pelo indivíduo.

Por fim, uma difundida “comiseração social” faz com que a idéia de culpa perca força e ascenda a noção de risco. “O problema transcende pois o domínio da técnica jurídica para atingir a questão moral”¹⁴².

A tudo isso, some-se ainda a dificuldade do hipossuficiente em obter meios de prova e mesmo o retardo que uma eventual reparação pode sofrer, o que agrava o dano.¹⁴³

Se antes se falava em três fases na evolução da responsabilidade, culpa, risco e coexistência dos dois¹⁴⁴, entremeadas pela culpa presumida (*juris tantum* ou *jure et de jure*, que se confunde com o risco), hoje pode-se acrescentar o nascimento de uma quarta. Logo após o alargamento da teoria do risco, principalmente no Brasil, vê-se um clamor, já existente no exterior¹⁴⁵, para que seja amainada com elementos da culpa. Pois ora transfere riscos em excesso para a coletividade ora elimina demasiadamente o caráter moralizador da culpa.

¹⁴¹ Exposição de JOURDAIN, Patrice. **Les principes...**, p. 10.

¹⁴² WALD, Arnold. **Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no domínio da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1953. p. 13.

¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 9, p. 215-27, 1998. p. 220: “Hoje, com a ideologia do neo-liberalismo, a culpa retoma sua força persuasiva como instrumento poderoso dos interesses empresariais de facilitação ao lucro, ainda que ao preço da transferência dos riscos para a sociedade. O argumento falacioso, tantas vezes manejado no passado, de que a irresponsabilidade do fornecedor pelos produtos que produzia ou distribuía era necessária para redução dos preços ao consumidor, e para não inibir o desenvolvimento tecnológico, não mais convence como a experiência demonstrou”

¹⁴⁴ WALD, Arnold. ob. cit., p. 40.

¹⁴⁵ JOURDAIN, Patrice. ob. cit., p. 15-23.

É preciso, visto isso, que se revolva o já mencionado¹⁴⁶ vínculo entre responsabilidade e igualdade.

Podemos falar em relacionamento entre responsabilidade e igualdade em dois modelos. No primeiro, ele existe desde quando se pode pensar em acordo de vontades. Pois o seu descumprimento atrai a responsabilidade contratual e seu fundamento é a equivalência de obrigações entre as partes, a ponto de sua burla possibilitar a incidência da cláusula resolutiva tácita ou da *exceptio non adimpleti contractus*. Portanto, desde o surgimento da obrigação, na forma mista (em conjunto com a penal), ou desde os primórdios da independência da responsabilidade civil em relação à penal.

Numa segunda concepção, já de igualdade material, seu surgimento é concomitante às lutas por uma maior “justiça” social e tem por fundamento uma coletivização dos riscos e da reparação dos danos. O melhor marco é o mesmo do Constitucionalismo Social, pois representa a ascensão de uma nova concepção de relacionamento Estado-sociedade e indivíduo-indivíduo: a Constituição Alemã de Weimar, em 1919¹⁴⁷.

E, particularmente, no que toca à responsabilidade por distribuição da paz social por intermédio do Judiciário, é nítida sua vinculação a essa última forma de entender o papel do Estado e os direitos fundamentais. Dentre os diversos fatos que corroboram esse papel do Estado está o reconhecimento do direito ao meio ambiente – os que se podem chamar de terceira geração¹⁴⁸, como o início de uma nova etapa na luta pelo equilíbrio dos interesses sociais. O objetivo dessa nova fase histórica é propiciar um desenvolvimento harmônico e solidário aos diversos povos do mundo. Todavia, ainda há muito a ser aperfeiçoado¹⁴⁹.

¹⁴⁶ V. tópico **1 INTRODUÇÃO: liberdade, igualdade, legalidade e cidadania, um novo caminho para a responsabilidade?**

¹⁴⁷ Para a discussão sobre a prevalência ou não de outros textos contemporâneos à Carta Alemã, como a Constituição Mexicana de 1917, veja-se a referência em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 45-9.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6: “emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração [...] O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 62: “De todos os direitos da terceira geração, sem dúvida o mais elaborado é o *direito ao meio ambiente*. O grande marco a seu respeito está na Declaração de Estocolmo, de 1972.”

¹⁴⁹ Afora a precária concretização, observa GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 112: “Verifica-se, contudo, que a processualística moderna, desenvolvida em moldes privatísticos, não apresenta um aparato conceitual e institucional capaz de dar conta da tarefa de garantir o respeito a tais direitos, não mais individuais, e sim ‘comunitários’”.

Sem dúvida, a responsabilização, seja com a cominação de obrigação de dar ou fazer, é um instrumento útil nesse caminho. Mas, alguns pontos principiológicos se fazem necessários para viabilizá-la.

3.3 ASPECTOS FILOSÓFICOS DA RESPONSABILIDADE

De: Filosofia Geral...

...Para: Filosofia do Direito, a igualdade¹⁵⁰

Frente al hombre del Destino, obrigado en los actos, comienza a sentirse la posibilidad de un propio responder por parte del ser humano.

Manuel Granell MUÑIZ, Fundamento filosófico de la responsabilidad.

Josserand mostrou muito justamente a preocupação que tem o homem contemporâneo de encontrar sempre um responsável. Ele não mais se resigna. O homem das “cenas da vida futura” recusa submeter-se ao fatalismo oriental. Não mais se aceita com calma e piedade os golpes do destino. [...] Se alguma coisa acontece, é porque alguém a fez e esse alguém é por ela responsável.

Arnold WALD, Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no domínio da Responsabilidade Civil.

Ora, os direitos fundamentais, tais como os entendemos, são verdadeiros direitos ou liberdades, reconhecidos em geral aos homens ou a certas categorias de entre eles, por razões de << humanidade >>. São nessa medida direitos de igualdade e não direitos de desigualdade.

José Carlos Vieira de ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.

¹⁵⁰ Escorço sobre teoria geral da igualdade na Constituição Brasileira de 1988: a igualdade como princípio e como regra.

Verifica-se que os contornos da responsabilização obrigacional como a temos hoje surge nas diversas culturas quando o homem começa a afirmar-se como um ser dotado de historicidade¹⁵¹. Há uma busca de liberdade pessoal pelo ser humano que desloca o centro da responsabilidade do soberano teocrático, então uma imputação coletiva, para o cidadão comum. Este passa a dar respostas próprias e, assim, a construir sua história. Nossa **vida moral**, portanto, não existiria sem essa responsabilidade¹⁵².

Porém, a **existência social** de nosso ser (o que somos) guarda desproporção com a existência íntima (endógena, o que queremos ser). "Todo lo humano es perspectiva y exige puntos de vista"¹⁵³. Noutras palavras, o ser humano é avaliativo e nas constantes respostas que dá aos estímulos do meio constrói a sua história.

E é essa platônica aparência que nos rodeia na intersubjetividade. O que faz com que o ser humano esteja cercado por valorações. Daí, atingir o verdadeiro "ser" converte-se em um íntimo desejo humano. Porém, sem aquele instrumental de sentimentos, não poderíamos viver¹⁵⁴.

Essas respostas, malgrado possam ter causa em fatores biofísicos ou ambientais, apenas têm valor jurídico enquanto motivo de interpretação doutra consciência. A responsabilidade não é para com objetos naturais ou ideais, mas perante outros seres humanos. E, por outro lado, "nos avergonzamos o enorgullecemos de nuestros actos, precisamente porque los sentimos como nuestros"¹⁵⁵.

Porém, a responsabilidade careceria de sentido se esses atos fossem simples irradiações de nosso ser. Mas cabe ao indivíduo controlar as exteriorizações do seu pensamento, a construção do seu ser social. "Foi dado ao homem o privilégio [...] de ser o escultor de si mesmo"¹⁵⁶. Uma nova natureza, adquirida.

¹⁵¹ Sobre o "homem histórico" e a influência dos mitos e religiões, Cf. ELIADE, Mircea. **Mito do eterno retorno**: cosmo e história. Trad. por José Antono Ceschin. São Paulo: Mercuryo, 1992. p. 123 e segs.

¹⁵² MUÑIZ, Manuel Granell. "Fundamento filosofico de la responsabilidad". **Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad de Panama**, Panama, n. 4, p. 89-112, ene., 1966, p. 91.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 91; SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 56-8.

¹⁵⁴ MUÑIZ, Manuel Granell. ob. cit., p. 93.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 94.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 95.

Essa liberdade de avaliação e decisão mais o seu constante exercício faz com que estejamos sempre respondendo. Portanto, sempre nos construindo¹⁵⁷. Todavia, é importante ressaltar que a mera diferença quantitativamente desproporcional entre o ser interior (valor para si) e o social (valor para os outros) torna-se diferença qualitativa quando o ser social, por exemplo, tem suas idéias incompreendidas, é caluniado ou vem a ser injustamente penalizado. Aí desaparece o vínculo de responsabilidade.

A responsabilidade, por ser uma exteriorização de pensamento, uma resposta, pressupõe uma ligação exterior-interior. Para daí poder gerar uma relação jurídica reparatória. Se não há essa conexão, descabem as demais conseqüências. Situações limites como essas tentam, em verdade, inverter o processo de resposta e impor uma posição de fora para dentro¹⁵⁸.

Num plano menos impositivo encontram-se ainda as violações da liberdade de responder. Pois, freqüentemente, há mais condicionamentos ao poder de opção do indivíduo do que os das circunstâncias do caso em si. Não é difícil imaginar a atuação de forças externas, como o poder econômico, político, emocional, etc. Os quais igualmente afetam a relação de responsabilidade.

Assim, podem gerar responsabilidade as ações perpetradas pelo próprio sujeito, sejam comissivas, omissivas ou por aceitação. Já a responsabilidade de um grupo ou de uma pessoa jurídica assim é ou por soma de responsabilidades individuais ou por convenção, respectivamente¹⁵⁹.

Tal é a ligação entre o sujeito e o ato que pode mesmo ser dito que “la experiencia de la culpa ejerce una **función liberadora y constructiva**, por la cual **el alma se cura a sí misma**”¹⁶⁰.

Nisso, desempenha importante papel o tempo social ou humano. Pois, o futuro pode influenciar o passado, através de uma previsão que o próprio indivíduo pode fazer, e por ela é responsável. E na contínua interação entre presente, passado e futuro, “lo humano consiste, precisamente, en una fluencia donde nada se repite”¹⁶¹.

¹⁵⁷ SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**: uma visão substantiva. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1997. p. 157-69.

¹⁵⁸ MUÑIZ, Manuel Granell. ob. cit., p. 96-7.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 103.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 103.

Já que não pode ter certeza sobre o futuro, mas sim depende do modo como o mental individual interage com o presente e antecipa acontecimentos prováveis, o ser humano, do mesmo modo como não responde pela mera imputação externa, também não responde pelo imprevisível.

Tudo isso leva a dizer que “o homem é responsabilidade”. Mas, para isso, ele precisa de “**liberdade para ser**”. “De ahí la sobrecogedora responsabilidad de este poeta del ser que es el filósofo. En su mente se inspira el poema del futuro. [...] A diferencia del animal, el hombre es hombre porque responde. El hombre es el responsable.”¹⁶²

No seio da filosofia do Direito, esses aspectos somar-se-ão à temática da igualdade. Afinal, na medida do possível, a resposta se dá entre iguais, ao menos, se é para haver interação recíproca.

3.3.1 Sobre a igualdade

Segundo Montesquieu, “no seu estado natural, os homens nascem numa verdadeira igualdade, mas não podem permanecer nela. A sociedade faz com que a percam e apenas retornam à igualdade pelas leis.”¹⁶³ Por essa assertiva já se vê o papel que a legalidade assume perante a igualdade.

Enquanto que para Montesquieu os homens nascem iguais, tornam-se desiguais em contato com os outros, mas podem retornar àquela, para Hobbes, os homens, originariamente iguais, precisam manter-se desiguais para sobreviver. Já Rousseau entendia como presentes determinadas desigualdades naturais, ao lado de desigualdades sociais, mas que cabia ao contrato social colocá-los em equilíbrio¹⁶⁴.

Nessa seqüência, clara é a idéia da preservação pela lei de uma determinada igualdade. Caso contrário, de nada adiantaria a lei se pudesse ser construída pelo legislador uma igualdade para cada caso. Deveria ser uma regra geral e abstrata. E como tal deveria ser aplicada.

¹⁶² *Ibidem*, p. 106, 110-1.

¹⁶³ MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de [Charles-Louis de Secondat]. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 1. (Os Pensadores) p. 155.

¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 39, 25.

“À medida que se ascenda num nível de abstração, todas as coisas e pessoas vão-se parificando. O conteúdo do princípio isonômico reside precisamente nisso: na determinação do nível de abstratividade que deve ter o elemento diacrítico para que ele atinja as finalidades a que a lei se preordena.” [grifos inexistentes no original]¹⁶⁵ Noutras palavras, a igualdade tem relação com a generalidade da lei: aplicação geral a um grupo generalizado, com tentativa de racionalização da vida social¹⁶⁶.

Assim nasceu no Estado liberal. “Substancialmente a igualdade nesta fase se resume em igualdade ‘perante’ a lei, não igualdade ‘através’ da lei, não igualdade ‘feita’ pela lei.”¹⁶⁷ O próximo passo foi avançar na igualdade material, por meio da vinculação do legislador a seus cânones.

O que irá variar é o conteúdo dessa igualdade e a forma de buscá-la. No constitucionalismo liberal, malgrado sua eficácia, seu problema foi não ter permitido sua

¹⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 167. É processo de mesma natureza daquele utilizado na teoria geral: a generalização (diversa de formalização; cf. Lourival VILANOVA, **Causalidade...**, p. 17). FERRAZ, Sérgio. Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 53-4, p. 38-43: “Na verdade, se a lei desigual, a desigualdade, ao contrário do que pareça, deflui necessariamente do princípio constitucional de igualdade; a desigualdade não é repelida; o que se repele é a desigualdade injustificada.” (p. 42)

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. Trad. por Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2000. p. 57-8: “A comparação entre os objetos e, por conseguinte, entre as imagens, leva-nos a comprovar que entre eles há alguns que têm certa qualidade idêntica ou comum, e outros não. Assim, os objetos se dividem em *classes*, e a comparação, como foi indicado, encabeça a *classificação*. Classificação quer dizer apenas a distribuição dos objetos em grupos homogêneos; a homogeneidade está determinada pela comunidade ou identidade de um número maior ou menor de caracteres; por isso, a classe não é mais que um grupo homogêneo de objetos; a qualidade escolhida para o agrupamento, ou seja, a base pela qual se determina a homogeneidade ou a heterogeneidade dos objetos é o que se chama o *critério* ou o *índice* da classificação.

Entende-se facilmente como os resultados da classificação devem variar segundo a eleição de critério, porque na proporção de um caráter, dois ou mais objetos podem ser similares, ao passo que na proporção de outro podem ser diversos.

A classificação se resolve, pois, na descoberta dos caracteres comuns nos objetos diversos, o que quer dizer a descoberta da unidade na multiplicidade. Esta, da semelhança ou da diferença, é a primeira relação entre os fenômenos que nossa mente se arrisca a estabelecer. Assim, saímos já do campo da observação para entrar no da **elaboração do dado**, onde operam não somente a memória e a fantasia, mas a razão, a qual destaca do fenômeno seu modo de ser e extrai do objeto seu caráter e sua qualidade.” [grifos nossos]

Para Cláudio e Solange Souto, a idéia de semelhança ou dessemelhança, objetiva ou subjetiva, desempenha decisivo papel nos movimentos sociais de aproximação e afastamento, estando ambas sempre presentes, já que não há semelhança absoluta (igualdade), mas apenas preponderância de uma ou outra (**A explicação sociológica**: uma introdução à sociologia. São Paulo: EPU, 1985. p. 88 e segs.).

A atividade comparativa é inerente a qualquer pesquisa jurídica. Em verdade, o próprio ato cognoscente é comparativo da realidade circundante. O aprendizado e o desenvolvimento abstrato do ser humano dá-se em grande parte por sucessivas generalizações, tipificações e classificações do meio, conforme os objetos sejam semelhantes ou diferentes. Assim, não há como ser estranho ao Direito o seu conhecimento através do método comparativo, principalmente, quando se vê que o próprio sistema de normas não surgiu exclusivamente da mente do legislador, mas antes é o resultado histórico do contato entre diversos povos e nações.

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. A isonomia em face dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal. In: _____. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 127-44. p. 132.

proteção por intervenção do Estado¹⁶⁸, já que todos eram considerados iguais e as diferenças necessárias ao desenvolvimento do grupo.

A Legalidade é, portanto, uma legalidade classificatória. E, neste estudo, serão abordados, precisamente, os critérios postos pela Constituinte de 1988 para essa classificação e seus efeitos sobre a responsabilidade¹⁶⁹.

Com esteio no que já foi dito, pode-se vislumbrar o elo entre a legislação e a responsabilidade, não do tipo definitivo daquela sobre esta, mas enquanto aquela é um documento político e esta a manifestação de uma tarefa política dentro do Direito.

A responsabilidade integra a justiça retributiva e é um dos efeitos dos atos ilícitos (Tomás de Aquino, Aristóteles e Pontes de Miranda).

Enfim, para Michael Walzer, “el significado primigenio de la igualdad es negativo; el igualitarismo en sus orígenes es una política abolicionista. Se orienta a eliminar no todas las diferencias sino únicamente una parte de ellas, un conjunto particular diferente en tiempos y lugares diferentes.”¹⁷⁰

3.3.2 O significado da igualdade

Há duas noções de igualdade a serem consideradas. A primeira, numa microvisão, confunde-se com a idéia de identidade (todo objeto é igual a si mesmo) e, numa pluralidade de sujeitos, revela-se no momento em que se troca um elemento do sistema por outro sem que sejam verificadas alterações.

A segunda, consentânea com uma macrovisão, refere-se à noção de **isonomia**, de equilíbrio. Esse equilíbrio de forças, pesos, gera um sopesamento, vale dizer, uma análise

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. In: _____. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 145-62. p. 152. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 9. ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-27. p. 17, 19.

¹⁶⁹ Sobre os princípios na Constituição Federal de 1988, cf. RÊGO, George Browne. Os princípios fundamentais e sua natureza estruturante na Constituição de 1988. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPR**, Recife, v. 8, p. 117-44, 1997.

¹⁷⁰ WALZER, Michael. **Las esferas de la Justicia**: una defensa del pluralismo y la igualdad. Trad. por Heriberto Rubio. México: Fondo de cultura económica, 1997. (Política y Derecho) p. 10

da situação individualizada dos elementos do sistema interrelacionados no todo (igualitarismo) ou em partes¹⁷¹. Assim, nesta concepção isonômica, a igualdade é um equilíbrio sistêmico. Trabalhar-se-á com esta acepção, mas aquela primeira ser-lhe á subsidiária.

Grandes discórdias políticas, filosóficas, jurídicas e econômicas surgem, precisamente, ao definir quando se daria tal equilíbrio. Pois, em termos de ciências humanas e num mundo historicamente desigual, várias fórmulas surgiram e, na maioria, representaram o favorecimento de uma ou outra filosofia de vida e do grupo que a defendia (igualdade de oportunidades, de direitos, segundo a necessidade, a capacidade, de fato, na liberdade, segundo os merecimentos, entre outras)¹⁷².

A Constituição de 1988 não ficou infensa a tais preceitos. Assim é que a igualdade está presente diretamente nos seguintes pontos, de modo explícito ou implícito, enquanto razão de ser do comando:

- a) Regra geral: artigo 5º, caput (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”);
- b) Igualdade entre os Estados Soberanos (4º, V);
- c) Contraditório processual (5º, LV; 247, p.u.);
- d) Proibição de desigualar salários, funções e admissão de empregados em razão de sexo, idade, cor ou estado civil (7º, XXX);
- e) Proibição de desigualar salários e admissão de empregados em razão de deficiência ou da natureza do trabalho – manual, técnico ou intelectual (7º, XXXI e XXXII);
- f) Igualdade em direitos entre o trabalhador permanente e o avulso (7º, XXXIV);
- g) Desequiparação parcial entre o trabalhador comum e o doméstico (7º, parágrafo único);
- h) Voto igualitário (14, *caput*);
- i) Vedação aos entes federados de criar distinções entre brasileiros ou entre si (18, III);
- j) Impessoalidade (37, *caput*);

¹⁷¹ Deste tipo é a isonomia política grega clássica.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 25-35.

- k) Ausência de privilégios de classe para acesso aos cargos públicos (37, I);
- l) Concurso público (37, II; 93, I; 129, § 3º; 206, V);
- m) Isonomia remuneratória (37, X);
- n) Igualdade nas licitações e contratos (37, XXI);
- o) Isonomia previdenciária (40, § 8º);
- p) Garantias dos membros da magistratura e do ministério público (95 e 128, § 5º);
- q) Desequiparação parcial entre o servidor público civil e o militar, para fins de garantias e de direitos políticos (142, §§ 2º e 3º);
- r) Capacidade contributiva (145, § 1º);
- s) Isonomia tributária (150, II);
- t) Custeio equânime da Seguridade Social (194, p.u., V);
- u) Acesso às ações de saúde (196);
- v) Acesso ao ensino (206, I);
- w) Regime jurídico do magistério (206, V);
- x) Necessidade de prévio esgotamento das instâncias desportivas para o conhecimento judicial de ação acerca de disciplina ou competição desportiva (217, § 1º);
- y) Igualdade nos deveres conjugais (226, § 5º);
- z) Igualdade processual da criança e do adolescente (227, § 3º, IV);
- aa) Menoridade trabalhista (7º, XXXIII) e penal (228);
- bb) Regime dos serviços notariais e de registro (236, § 1º);
- cc) A par desses, em todo o texto está expressamente disseminada a idéia de redução das desigualdades regionais e sociais, de aplicação igualitária de seus preceitos, previsão de exceções e previsão de leis de caráter geral.

Paulo Bonavides enfatiza que a atual luta é a de juridicizar tais preceitos constitucionais, dar-lhes força e realidade para concretizar a igualdade material. Segundo ele, “a Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, **os problemas constitucionais** referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos **têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento [...] uma Constituição de**

valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.¹⁷³ [grifos inexistentes no original] A forma de efetuar essa **aplicação social da responsabilidade** é adiante exposta no tópico acerca dos princípios no Estado de Direito.

Desse modo, na responsabilidade, é o equilíbrio até então existente no sistema, inerente ao respeito a regras pré-estabelecidas, que é afetado pelo ato violador da ordem. E esse equilíbrio, essa igualdade, precisa ser reposto. **Então, é importante definir onde há desigualdade, pois apenas aí haverá responsabilidade.**

A responsabilidade traz em si a idéia de equivalência de prestações, e de equilíbrio entre as partes¹⁷⁴; vale dizer, de isonomia.

Não há, doutro lado, com se negar a igualdade presente na sistemática constitucional brasileira, pela qual todos, por exemplo, têm direito à pacificação social pelo Judiciário. Daí se entender que ninguém pode ser desproporcionalmente privado do usufruto dessa qualidade de vida sem que ocorra a correspondente reparação.

Como se pode notar, são comandos dirigidos ora a tarefas legislativas, ora a tarefas administrativas dos Poderes Públicos, senão a ambas. A tarefa judicante, apesar de não contemplada, tem em sua missão de evitar lesão a direitos (5º, XXXV) o dever de respeitar e fazer respeitar a igualdade em todos os campos (administração, legislação e na própria jurisdição).

Outrossim, a igualdade estará presente sempre que são pregados valores como liberdade, democracia e pluralismo político. Afora a noção de que todo comando constitucional é em si uma regra de igualdade proporcional.

Pode-se dizer que os ideais acima enumerados são o que a nossa Constituição trouxe por igualdade na lei. São comandos os quais o legislador não pode desobedecer nem diretamente nem indiretamente. Não poderá, por exemplo, instituir tributo que venha a dificultar o acesso ao ensino ou desigualar licitantes ou restrição ambiental que resulte em desigualar unidades federadas ou ainda o Judiciário decidir sem que os interessados tenham acesso à discussão.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 336.

¹⁷⁴ CAMARGO, Luís Antonio de. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 21. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 2, 41.

Em suma, são critérios definidores da dignidade judiciária, administrativa etc, a serem respeitados pelo Estado.

Não há caso judicial que debata um único comando legal ou direito. Todo o ordenamento é chamado para mostrar sua força. Assim, como não existe um caso “puro”, um só princípio pode ser objeto de diversos argumentos até obter a densificação necessária para ser diretamente ou não aplicado. É o que vai ocorrer com a isonomia tributária. Diz-se isonomia, porque é um verdadeiro sistema na Constituição.

Em síntese, pode-se afirmar que a igualdade em si é uma regra de fato a serviço de uma determinada concepção do justo, veiculada através da chamada igualdade na lei. Pois, a tradicional concepção de que o justo é o igual não conduz a largos alcances.

Em primeiro lugar, isso ocorre porque muitas vezes a fórmula aristotélica de que se deve “tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam” é identificada como esse primado de justiça. Confusão que aumenta na proporção em que tal expressão é sentida como elemento da Justiça Católica, desde que tal enunciado foi incorporado por Santo Tomás de Aquino em sua Suma Teológica.

Mas em ciência, por mais que o cientista tenha a sua particular crença religiosa, os argumentos exigem uma comprovação mais racional.

Essa concepção pressupõe que se saiba o que cabe a cada um e em que medida. Ou seja, definir **quem** são os iguais, em **que** e em **quanto**.

Tal igualdade, que não é aritmética – como a igualdade política, mas geométrica (“na medida...”), ou seja, proporcional, não se nega, é indispensável a uma sociedade que pretenda a tratar a todos com o mesmo peso. E é regra antiga, desde os tempos bíblicos, que não deve o cidadão andar com dois pesos distintos, o que, por sinal, aparece transplantado para os primórdios do direito do consumidor brasileiro, nas Ordenações do Reino Português¹⁷⁵.

A igualdade é indispensável para o gozo de um mínimo da liberdade historicamente conquistada e, mais ainda, para a democracia, já que a mesma veio para pregar contra o arbítrio e os privilégios – em sentido contrário, contra os abusos e o descaso. Porém, note-se que ela sempre vem para servir a algo, é um instrumento, não um fim. E, até o presente, o melhor caminho.

Por mais que seja importante, a presente pesquisa não se ocupará da distinção entre igualdade formal e igualdade material (ou de direito e de fato), a qual envolve o estudo do que se considera materialmente igual. Partindo da distinção entre igualdade na lei e perante a lei, fala-se em igualdade no Judiciário e perante o Judiciário.

A primeira referente ao processo judicial que antecede as decisões e a segunda à decisão efetivamente adotada. Portanto, trabalha-se no plano ora do perante a lei, ora na lei, conforme sejam considerações de aplicação da lei ou de seu juízo de constitucionalidade. Por outro lado, é patente o desejo de uma igualdade material, a ser alcançada por esse caminho.

3.3.3 O critério da igualdade

As posições da Doutrina sobre a igualdade comumente voltam-se ou para o trato do Legislativo ou para o Executivo. O Judiciário sempre foi vislumbrado teoricamente como um desdobramento do princípio da igualdade perante a lei, o qual em si surgiu contra a sociedade de estamentos.

Outrossim, como se observa, a indagação que perpassa o critério da igualdade é: quando se pode dizer que um ato é arbitrário? Trata-se de indagar onde se situa o limite igualdade-desigualdade. Donde apenas o apego ao ideal igualitário impede que a investigação siga sob o título de “o critério da desigualdade”¹⁷⁶.

Nesse sentido, é possível dizer que o Judiciário brasileiro sofre um processo de acomodação¹⁷⁷, o qual dificulta a sua legitimação política e sobretudo popular. No que a imprensa, como se fosse uma parte derrotada nalguma lide, insiste em prejudicar.

Mais ainda, ele está preso ao sacramentalismo ibérico das ordenações. Da época em que os magistrados reverenciavam a Deus por intermédio do rei através de suas

¹⁷⁵ CASCUDO, Luís da Câmara. **O símbolo jurídico do pelourinho**. Separata da “Revista” do Instituto Histórico, Natal, 1950. p. 10.

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 43: “o igualitarismo, apesar da aversão e da dura resistência que suscita em cada reviravolta da história, é uma das grandes molas do desenvolvimento histórico. A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização.”

¹⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 5: “um aspecto importante da velha mentalidade é a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer que tem deficiências nem pode ser

sessões¹⁷⁸. O que faz com que freqüentemente se espere dele uma Justiça (divina), quando na verdade é apenas um órgão judicante. Não que isso lhe reduza as responsabilidades, mas põe em evidência o fato de que o Judiciário, malgrado formado por seres de carne e osso como os seus jurisdicionados e os membros do Executivo e do Legislativo, guarde um certo mistério. Quase como se não lhe pudesse dirigir o olhar ou levantar as vestes.

Isso é demonstrado por expressões como as que dizem que o juiz deve ser digno de sua “sacrossanta atividade”.^{179 180} Não que deva ser indigno.

Como se essa também não fosse a missão de todo cidadão. Na prática, esse inconsciente coletivo (é provável que para muitos, consciente) gera posições como a que nega a responsabilização do Estado por ato judicial, exceto nos mínimos e corporativamente afastáveis casos expressos em lei de responsabilização pessoal do juiz¹⁸¹.

Com serventia para o caso, diz Friedrich Müller, voltando-se para as medidas provisórias do Executivo brasileiro: “nenhum titular de cargo público no estado constitucional, nem o presidente [nem o juiz], tem direitos e competências ‘por graça de Deus’, por força da vontade da história ou quaisquer outras fontes metafísicas. *Ele os tem tão somente a partir da constituição positiva.*”¹⁸²

Não se despreza o fato de que, dentre os poderes do Estado brasileiro, o Judiciário é o que possui os quadros com membros de melhor formação cultural, mas seguramente isso não os faz mais certos, seguros ou infalíveis. É como se houvesse um apego, senão à Teoria do Direito Divino Sobrenatural, à Teoria do Direito Divino

submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais.”

¹⁷⁸ FAYT, Carlos S. **Supremacia constitucional e independencia de los jueces**. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 9-10.

¹⁷⁹ ZVEITER, Waldemar. O STJ e o sistema federativo nacional. Palestra na XVII Conferência Nacional da OAB, Rio de Janeiro, 2 set. 1999.

¹⁸⁰ Certo de que, com facilidade, podem ser encontradas dezenas de milhares de orações semelhantes em artigos e julgados, limito-me a apenas transcrever essa.

¹⁸¹ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. Recife, 1998. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco. p. 91 e segs.

¹⁸² MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. Trad. por Peter Naumann. Palestra na XVII Conferência Nacional da OAB, Rio de Janeiro, 2 set. 1999. p. 12.

Providencial, segundo a qual a soberania é exercida através de governantes, pessoas, escolhidas pelo povo por influência divina¹⁸³.

É esse apego que deve ser afastado, pois, pelo menos, “todos são iguais perante a lei”.

Colocou o tema Tassara: “si los jueces no se limitan a **aplicar** formalmente la ley sino que – quieran o no – explicitan el contenido del texto constitucional, está claro que pueden dar paso, como el mismo legislador, a versiones inválidas de dicho texto”¹⁸⁴.

Em síntese, será indagado até que ponto se é igual perante o Estado, para fins de responsabilização deste, ou seja, para fins de sua submissão à ordem jurídica. Até que ponto vai a cidadania perante o Estado. Só que, em vez de se optar por um questionamento na linha da Teoria Geral do Estado, o debate é conduzido sob o prisma do Direito Constitucional e da responsabilidade do Estado em suas razões primeiras.

Para tanto, vê-se a necessidade de um conceito de igualdade perante o Judiciário, imposto pela realidade, o qual é elucidado com o apoio dos elementos que podem ser extraídos da Constituição de 1988. Esse conceito pode servir de limitação à responsabilidade do Estado por ato judicial, o que, todavia, não implica em aceitar uma limitação do poder decisório dos magistrados, através de um precedente vinculante, como adiante se verá.

A idéia de uma responsabilidade do Estado de origem social surge normativamente no Preâmbulo da Constituição Francesa de 27 de outubro de 1946, adotado pela vigente carta da 5ª República (1958) ao determinar que “a nação proclama a solidariedade e a igualdade de todos os franceses perante os encargos que resultem de calamidades nacionais”¹⁸⁵.

Esse aspecto foi desenvolvido por Canotilho sob a epígrafe de **igualdade perante os encargos públicos**, a qual seria um princípio estruturante dos direitos fundamentais, e prega que “no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos, justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma

¹⁸³ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado**: Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1989. p. 85.

¹⁸⁴ TASSARA, Andrés O. **Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (Cuadernos y debates, n. 19), p. 17.

¹⁸⁵ “*La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.*”

indenização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados.”¹⁸⁶ Como exemplos, o mencionado autor coloca, no que serve para o Direito brasileiro, a idéia de capacidade contributiva, a própria responsabilidade do Estado, a justa indenização na desapropriação, o ato de expropriação pelo Estado, exigências urbanísticas, etc.

Nesse quadro, a igualdade é colocada como uma fórmula que serve para resguardar determinados valores considerados essenciais pelo legislador constituinte. Não como um valor em si mesmo. Em conseqüência, assim será a responsabilidade. Responsabilidade na medida dos valores consagrados pelo ordenamento e que o Estado deve respeitar.

A lei é aqui visualizada não como um produto do debate político, mas como o ponto de partida para esse debate. Como a opinião que se acrescenta à realidade, ao fato, e a partir da qual se concretiza a vontade política do Estado.

Diz Voltaire que o homem não pode ser mau para não afrontar suas origens, que a todo indivíduo devia ser lembrada a sua “dignidade de homem”¹⁸⁷. Não é sem razão que, se a igualdade tem em vista a manutenção da convivência harmônica pregada pelo ordenamento, sua vertente interpretativa está na dignidade da pessoa humana, trazida pelo inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. O que, na carta brasileira, assume nítido caráter social e pluralista.

Uma possibilidade de solução, a ser devidamente examinada, são os requisitos colocados por Andrés Tassara para que se configure a desigualdade na aplicação da lei por órgão judicial: diferenciação interpretativa oriunda de um mesmo órgão; confrontação entre casos substancialmente iguais; comparação entre os fatos apontada pela parte a que interesse; e nova interpretação razoável e justificada dos fatos.¹⁸⁸

As contribuições ao tema da igualdade e as formas de verificar a desigualdade no país iniciam com Ruy Barbosa (ênfase em “tratar desigualmente os desiguais”), influenciado pela doutrina norte-americana.

¹⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 568.

¹⁸⁷ VOLTAIRE, Jean Marie Arouet. **Dicionário Filosófico**. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p. 164.

¹⁸⁸ **Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 22-8. (Cuadernos y debates, n. 19)

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸⁹, após verificar tratar-se, a igualdade, de relação fática, vale dizer, formal, estabelece determinadas regras para a sua obediência, para dar substância ao que deve ser respeitado.

Segundo o mencionado autor, as discriminações são “*compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.*”¹⁹⁰ Com relação ao fator de descrímen estabelece ele que: a) o traço não pode ser “tão específico que singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar”; “b) o traço diferencial adotado, necessariamente, há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.”¹⁹¹

Esse nexos lógico de que fala o autor entre tratamento e fator de descrímen deve ser auferido não por intuição ou por dedução, mas das circunstâncias do dado concreto. As quais podem ser obtidas por meio de conhecimento racional dos fatos, de dados de ciência empírica.

No que tange ao fator de discriminação, com base nas acima expostas diretrizes, não pode a norma ser individual e concreta, ou seja, dirigir-se a pessoa presentemente determinada e fato concreto a ela relacionado. Deve-se evitar a “*individualização absoluta do sujeito*”¹⁹², que não se harmoniza com a igualdade.

Fica fácil observar que, na verdade, trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade. O qual nutre íntima correlação com a isonomia, para fins de direitos fundamentais. Enquanto que aquele é mais amplo e atribui direitos e deveres entre os cidadãos, esta refere-se à manutenção dessa razão.¹⁹³

¹⁸⁹ **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. *passim*.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁹² *Ibidem*, p. 29.

¹⁹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 65.

Em sua definição ficam bem evidentes os subprincípios da proporcionalidade em sentido estrito (proteção dos interesses constitucionais), da adequação e da exigibilidade (correlação lógica entre o fator de descrímen e o tratamento adotado).

Já Paulo Bonavides coloca sua ênfase no arbítrio¹⁹⁴ e diz que este ocorre “quando não se encontra um fundamento racional – plausível – deduzido da natureza das coisas, para estipular e justificar diferenciações legais, ou para ministrar tratamento igual. Ocorrem também quando inexistente fundamento fático evidente com que assentar e legitimar reais diferenciações ou determinar semelhante tratamento isonômico.”¹⁹⁵

Pode-se notar que o critério de **racionalidade** mostra-se pouco plausível, a não ser na medida em que se informa de conhecimento científico. Outrossim, há a importância do fático.

Celso Bastos, por sua vez, trabalha um elo entre o elemento discriminador e a finalidade da norma. Esta pode ser considerada constitucional ou não. E a finalidade é que determinará a escolha do fator de descrímen, o qual será cotejado não apenas isoladamente com a Constituição, mas também com a finalidade que visa a alcançar¹⁹⁶.

É por isso que, malgrado a Constituição vedar a diferenciação por idade para ocupar cargos públicos, exceto as previsões legais, o Supremo Tribunal Federal tem entendido como lícito o estabelecimento de limites quando necessário ao exercício do cargo.

Canotilho deixa ver que o sistema constitucional preserva determinada forma de igualdade, não qualquer uma, mas com textura aberta para se adequar ao momento histórico.¹⁹⁷ Para ele, a discriminação deve-se basear num fundamento sério e ter um sentido legítimo, e a diferenciação deve ser estabelecida sobre um fundamento razoável.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. ob. cit., p. 28: o autor aponta a dificuldade em se definir as razões que justificam um ato como arbitrário ou não.

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. A isonomia em face dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal. In: _____. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 127-44. p. 136.

¹⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 168.

¹⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. ob. cit., p. 570.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 565.

Infelizmente, sério, legítimo e razoável são palavras que pouco se prestam à busca de objetividade. Mas é interessante notar a adoção pelo autor lusitano do processo de concretização constitucional da teoria estruturante do Direito (F. Müller).¹⁹⁹

Por fim, Andrés Tassara fala em fundamento objetivo e razoável para a discriminação.²⁰⁰ O que realça a questão do tratamento atento aos fatos e torna a incidir na razoabilidade, que enquanto explicação racional pouco acrescenta, mas que é forte se for sentida como razoabilidade.

3.3.4 Quem é igual?

Neste ponto, podem ser lançadas considerações sobre a idéia desenvolvida por Friedrich Müller²⁰¹, parafraseando-o para determinar quem é considerado igual no sistema Constitucional Brasileiro de 1988.

A igualdade envolve diversas questões relativas ao sujeito (quem é igual; igual a quem), ao objeto (iguais em que) e à legitimidade (por quê). Então, para bem se prosseguir no trato da matéria, é preciso compreender melhor quem é o destinatário da regra geral expressa no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988: "Todos são iguais perante a lei".

Aqui, pode ser feito um paralelo com a análise levada a efeito por Friedrich Müller²⁰² acerca do significado do termo "povo" contido no texto constitucional, até mesmo pelo fato de o povo ser um grupo de pessoas tratadas **igualmente** pela lei.

Refere-se ele a diversos significados latentes da expressão lingüística "povo", os quais alcançam diferentes grupos de pessoas e interesses, a saber²⁰³ [grifos inexistentes no original]:

- a) "o povo enquanto cidadania ativa abrange apenas os eleitores", é

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 571.

²⁰⁰ Ob. cit., p. 16.

²⁰¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998. (Edição original em português)

²⁰² *Ibidem*, *passim*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 75, 79.

determinado pela legislação eleitoral;

b) "o povo enquanto instância de atribuição [de legitimidade] compreende, via de regra, os cidadãos do respectivo país", são os nacionais, aqueles que são representados pela classe política;

c) "o *povo icônico* refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação. Ocorre que por ocasião da politização crescente e de um emprego ainda pseudo-sacral (mitologia revolucionária do 'povo') as inclusões e exclusões assumem um tom enérgico";

d) "Por fim, ninguém está legitimamente excluído do *povo-destinatário* [de prestações civilizatórias do Estado]". É o governo para o povo (pelo ativo, do ícone ou dos legitimadores²⁰⁴), pelo fato de estar no território do Estado e ser alvo de proteção constitucional e infraconstitucional²⁰⁵.

A igualdade também apresenta caráter ativo, quando é exercida nos limites do que é previsto legal ou constitucionalmente, inclusive para votar (*one man, one vote*). Por sua vez, é na medida em que todos são tratados igualmente pelo Estado, que este se legitima.

Ainda, a igualdade apresenta um simbolismo largamente utilizado com fins eleitorais. É um dos maiores ícones construídos pela modernidade jurídica ("liberdade, **igualdade**, fraternidade").

Por fim, em nome da igualdade material, todos são merecedores de tratamento especial pelos governantes. É o caso da criança, do adolescente, do portador de deficiência, do apenado etc.

Mas, acima de tudo, na mudança da forma de tratar o Direito Constitucional - com maior atenção ao sistema de princípios, a igualdade é um "conceito de combate"²⁰⁶.

Acrescenta o professor Müller que "o estado constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia [...]; e esse combate continua."

A exclusão social de grupos do círculo comunicacional da Constituição reforça

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 80.

²⁰⁵ CRFB 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]" [grifos inexistentes no original]

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 83: "Na tradição histórica e (jus-) política [(rechts-) politischen] do emprego do conceito, o termo 'povo' não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos."

sua identificação seja com o conceito de povo seja com o conceito de igual²⁰⁷. "Na medida da sua dominância efetiva *a superestrutura constituída de superintegração/subintegração (inclusão/exclusão) deslegitima uma sociedade constituída* não apenas no âmbito do Estado de Direito, mas *já a partir da sua base democrática*."²⁰⁸ A submissão do direito positivo à política e à economia e a submissão do Estado à economia termina por bloquear as tentativas de inclusão social dos economicamente desfavorecidos, de modo a fazer sua luta ser vista como subversão²⁰⁹.

Assim, a igualdade da Carta de 1988 é um suporte físico que reclama, sobretudo, a noção de cidadania. E padece de inconstitucionalidade a sua aplicação que desvirtua essa essência de combate.

3.4 A RESPONSABILIDADE E SUA CONSTRUÇÃO NORMATIVA: a Teoria Pura do Direito

Na Teoria Pura do Direito²¹⁰, Kelsen inicia o estudo da estática jurídica - princípio da fundamentação da validade das normas de um sistema²¹¹ - pela responsabilidade e suas conexões com a sanção e o dever jurídico²¹².

A responsabilidade, ali como aqui, surge como uma sanção em sentido estrito, ou seja, aquela dirigida pela ordem jurídica contra determinada ação ou omissão²¹³. Poderia, então, ser ou pena - "privação compulsória de um bem [...] no caso das penas patrimoniais, a privação de valores patrimoniais, especialmente da propriedade" - ou execução - "para compensar (indenizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual esta sanção é dirigida como **reação**." A execução busca restabelecer uma dupla situação contrária ao Direito, o ilícito *lato sensu* (ato contrário ao Direito com resultado contrário ao Direito). Dá-se pela

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 93-4.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 95.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 96.

²¹⁰ 4. ed. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. (Ensino Superior)

²¹¹ *Ibidem*, p. 218.

²¹² *Ibidem*, p. 121-40.

²¹³ *Ibidem*, p. 121.

prática da conduta de maneira escoreita ou de outra que lhe substitua.

Pode, assim, apresentar-se diversas maneiras (modo de ser): privação de bens para venda forçada, condução forçada, "indenização do prejuízo ilicitamente causado" (em caso de prejuízo)²¹⁴ etc.

A diferença entre a sanção-pena e a sanção-execução seria o caráter de reação desta e o aspecto punitivo daquela. Portanto, abordam diferentes finalidades: a primeira, pública (por exemplo, com a destinação da quantia arrecadada para fundos públicos); e a segunda, para recompor um patrimônio lesado, moral ou materialmente²¹⁵.

Para o normativismo, todavia, não é intrínseco à pena um caráter preventivo ou repressivo, o que dependeria de repercussões sociais da resposta jurídica e da interpretação que lhe fosse empregada. Essa postura é afastada a partir do momento em que se amplia o horizonte do conhecimento jurídico para além das normas e se lhes reconhece uma finalidade (no caso, a Justiça, como progresso e aproveitamento das relações normativas entre os homens).

Atente-se, outrossim, para a verificação de dois momentos sancionatórios²¹⁶: a imputação da pena ou execução e sua efetivação. Este, de caráter intrinsecamente aplicador administrativo²¹⁷.

Para que esse mecanismo ocorra é preciso que a ordem jurídica tenha por relevante determinada conduta (ilícito). Compreender determinada conduta como ilícita implica em atrelar a ela uma sanção em sentido estrito²¹⁸. Então, Kelsen abstrai de suas considerações as razões morais para atribuir sanção a um ato ou sua omissão. Ele reconhece, todavia, que o seu estabelecimento como um mal proibido (não como um mal em si) dá-se por a mesma ser "socialmente indesejável ou nociva"²¹⁹.

Como pressuposto desse raciocínio, vê-se que o ilícito - o anti-jurídico - é fato juridicizado. Em termos normativos, integra o raciocínio do Direito, em que pese ser violador do Direito. O estudo do Direito, nesse sentido, é o estudo de sua violação, fato condicionador

²¹⁴ *Ibidem*, p. 122.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 123.

²¹⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 192.

²¹⁷ KELSEN. ob. cit., p. 123.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 124.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 126.

de sua ativação - o que representa nítido reducionismo de seu universo operante.

Todavia, como parte da separação entre ser e dever ser, mostra-se coerente no pensamento do citado autor, vez que coloca em planos distintos o dever se comportar de determinada maneira e a conduta oposta. Esta, por sua vez, integrará o pressuposto de fato doutra norma.

Contudo, isso não pode levar à conclusão de que a norma não é lesada. Ínsita à sua existência está o desejo de efetividade. A inobservância generalizada de uma norma fulmina-a com a força da realidade. Isso, todavia, não significa apoiar o abandono de sua força normativa, mas o reconhecimento de que isso influi na postura do intérprete.

Esse esquema normativo coloca as condutas contrárias ou em conformidade com o Direito na qualidade de pressupostos (condições) para o surgimento de determinada relação jurídica sancionatória ou para a elisão desta.

A norma jurídica pode, então, elencar efeitos jurídicos para diversas condutas no meio social, delituosas ou não. Se delituosa, a consequência punitiva recairá sobre o delinqüente (CFRB 5º, XLV, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”). Poderá, ainda, a responsabilidade, recair sobre pessoas outras que estejam em determinada relação com o delinqüente²²⁰.

As pessoas são obrigadas às condutas normativamente prescritas, como forma de se comportarem socialmente. Para Kelsen, essa obrigação apenas existe na medida em que da inobservância da prescrição resulte uma sanção.

Porém, essa preocupação não procede, primeiro por ser de caráter psicológico – o forçar a cumprir, oposto do intento “purificador” da Teoria Pura. Depois, porque o indivíduo não obedece diretamente a normas jurídicas – esquemas científicos interpretativos da realidade – mas a seus preceitos morais adquiridos em processo de socialização, os quais podem, por exemplo, condicionar a pessoa a obedecer as normas.

Fato que, ao prescrever determinada conduta, a norma caracteriza-se como um dever jurídico. “A norma jurídica que prescreve a indenização de um prejuízo causado a outrem estatui – ou melhor: é – um dever jurídico geral”²²¹. Será individual, por exemplo, com o reconhecimento da responsabilidade em decisão judicial proferida num caso concreto.

²²⁰ *Ibidem*, p. 128.

²²¹ *Ibidem*, p. 129.

O dever jurídico é, portanto, a conduta cuja inobservância provoca o surgimento da relação jurídica sancionatória. É preciso que esse ilícito (*lato sensu*) seja potencial, ou seja, o indivíduo deve poder optar entre observar o dever jurídico (e assim evitar a sanção) e realizar a conduta típica. A delinquência inescusável representaria perseguição e, a impossível, demagogia. Apenas nesse sentido pode-se dizer que alguém é juridicamente obrigado a algo, “quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposto de um ato coercitivo (como sanção)”²²².

Conduta conforme à norma (realizadora do tipo) é diferente de conduta conforme ao Direito. Pois, na medida é que o tipo praticado seja, por exemplo penal, tratar-se-á de conduta contrária do Direito.

O dever jurídico é, então, uma conduta relacionada com o lícito, é a sua prescrição e realização. Já a responsabilidade surge na contrariedade ao Direito, com consequência do ilícito dirigida a um sujeito.

Pode, até mesmo, ocorrer de o responsável não ser a mesma pessoa obrigada ao dever jurídico. O responsável é apenas aquele contra quem se forma a relação jurídica sancionatória decorrente de uma conduta ilícita. Nesse caso, o responsável, em abstrato, não tem como interferir para evitar a ocorrência da violação do dever jurídico.

Independentemente disso, sempre a sanção sempre é o resultado de uma conduta. Na hipótese de responsabilidade por ato de outrem (p. ex., pais por atos dos filhos), o patrimônio do terceiro é transformado em objeto de execução²²³.

Note-se que a responsabilidade do Estado não se caracteriza como responsabilidade por ato de terceiros, vez que o agente atua como órgão do Estado, ou seja, exteriorizador de uma parcela de sua vontade e interesse. Apenas na medida em que se configura o direito de regresso, estabelece-se um divórcio entre os dois patrimônios e o agente passa a responder por uma conduta própria (não o ato do Estado, praticado na qualidade de agente, mas a inobservância do dever de agir corretamente) com patrimônio próprio.

Mas nem um nem outro – Estado e agente – estarão respondendo por ato de terceiros.

Kelsen distingue, ainda, a responsabilidade em individual e coletiva, conforme

²²² *Ibidem*, p. 133.

²²³ *Ibidem*, p. 134-5.

se dirija ao autor do ato ou a terceiro ou grupo. Identificando esta com as sociedades primitivas²²⁴, vê sua eficácia preventiva apenas na medida em que sirva para incutir no obrigado juridicamente o temor pela prática do ilícito.

Trata ele, também, da responsabilidade por culpa e pelo resultado. Aquela seria um elemento componente do tipo ilícito e passível de averiguação na medida em que ocorra o resultado previsto. Já a outra prescinde de tal exame.

No conjunto, vê-se que a existência da sanção caracteriza a conduta que a evita como dever jurídico. E a responsabilidade é a relação que surge entre o descumprimento do dever pelo próprio responsável ou por outrem e a relação jurídica que daí emerge.

Pode-se dizer então que há dois momentos na responsabilidade: “a sanção da execução civil constitui dois deveres: o dever de não causar prejuízos, como dever principal, e o dever de ressarcir os prejuízos lícitamente causados.”²²⁵ Esse segundo dever é subsidiário e substitutivo daquele, consistindo em consequência da existência de prejuízo efetivo a ser ressarcido.

Se não há como se evitar a sanção, não há dever jurídico, mas simples consequência. E, por outro ângulo, na visão normativista, se não há sanção, não há como se construir norma jurídica e o correspondente dever jurídico.

Na execução, a sanção é a formação da relação jurídico-processual com o objetivo de proceder à indenização compulsória por intermédio do Judiciário (CRFB 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”).

De modo direto, portanto, não há o dever jurídico do Judiciário executar no Direito Brasileiro. Não há a norma: se não pagar, executa-se. Sim: se não pagar, deve indenizar. Já a não indenização é pressuposto material para a norma que a estabelece como hipótese do acionamento da máquina judicial.

²²⁴ *Ibidem*, p. 136.

²²⁵ *Ibidem*, p. 139.

3.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE: LIMITES E EXCLUDENTES

3.5.1 Conceitos e diferenças

Sobre pressuposto jurídico, explica Lourival Vilanova²²⁶ que "não é o anteposto temporalmente: é o preposto em função epistemológica, que delimita, em corte abstrato, o subconjunto do jurídico dentro do conjunto total do universo social." Seria o fato que, com sua ocorrência, legitimaria a atitude científica do Direito. Esse pressuposto é obtido pelo jurista por meio de postura interpretativa face ao ordenamento jurídico como um todo, onde deve pautar-se por um critério de Direito científico.

As normas emanadas do poder estatal, desse modo, sofrem a ação lógico-ordenadora da dogmática jurídica, com o objetivo de submetê-las ao Direito, com a abstração de elementos como compatibilidade com o programa do governante e outros interesses políticos, época de criação etc. Elementos como ordem cronológica, generalidade e a noção (de origem política) de hierarquia serão utilizados de acordo com o que determinar o Direito. Portanto, é um conjunto uniforme (um vez estabelecidas suas preferências²²⁷ e especificidades, o que dota cada norma de igual força prática) a ser considerado com respostas únicas a serem dadas para o caso concreto.

E enquanto racionalização jurídica do meio circundante, a responsabilidade apresentará pressupostos que levam o jurista a analisá-la no caso concreto. E é possível, com suporte em tudo que foi exposto, esboçá-los.

Em primeiro lugar, é preciso que se trate de **ato próprio** do agente sobre cuja conduta a responsabilidade recai. Isso significa dizer que deve ser previsível e também não

²²⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 13.

²²⁷ Sobre o assunto, Kelsen anota que a "derrogação não é princípio lógico, mas jurídico-positivo", e que sua aplicação a casos concretos com o objetivo de evitar antinomias depende do posicionamento dos órgãos aplicadores do Direito acerca de sua existência no ordenamento, de modo explícito ou presumido ("natural"), já que não caberia à Ciência do Direito "abolir a validade de normas estatuídas" ou "pôr normas em validade" (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. por José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 162-3). Por se referir ao relacionamento jurídico-político, é de se adotar tal entendimento.

resultante de imputação externa; deve apresentar um mínimo de correlação com a vontade do responsabilizado ou com ele ter relação essencial²²⁸.

A responsabilidade existe onde há a imperfeição, por isso o ser humano é um contínuo responder sobre si mesmo. Mas esta só existe quando há um ideal ferido, um sentimento violado. Vale dizer, um princípio desrespeitado. Portanto, é necessário um **ato violador da ordem jurídica**, o qual caracteriza o prejuízo como **injusto** (dano, propriamente dito). Decorre, do descumprimento de uma obrigação jurídica.

Ela não pode ocorrer, por conseguinte, onde não haja espaço para a **realizabilidade** jurídica.

Então, é pressuposto para a verificação da responsabilidade que a conduta objeto de análise constitua (i) ato próprio ou correlato do agente que a praticou, (ii) violador da ordem jurídica, que tenha produzido (iii) dano e que resulte da inobservância de (iv) dever jurídico realizável.

É preciso, aqui, notar, acerca da realizabilidade, que ela se refere à conduta responsabilidade (conforme razões já expostas no tópico acerca da “construção da realidade”), não à via repressiva. A via repressiva, em tese, deve ser realizável, mas pode não sê-lo no caso concreto.

Não se impingirá de injurídica a exigência de montante razoável em indenização contratual, todavia, pode ser que o inadimplente da avença não tenha recursos para saldá-la. Nesse caso, a responsabilidade jurídica subsiste, independentemente dos dados da Ciência Econômica. Admitir o contrário seria transpor conceitos acerca da justiça da circulação das riquezas para a justiça das expectativas de conduta.

Como o Direito dialoga com a realidade que o circunda, a incapacidade econômica, por exemplo, gera prazo decadencial durante o qual os credores ficarão na expectativa de enriquecimento patrimonial do devedor para receber o devido²²⁹. Mas não infirma a existência da relação jurídica, visto que seria prever uma obrigação sem um dever.

É assim que de cada fato F' , composto das características a, b, c, d, e , podem advir diversas relações jurídicas, conforme as normas que venham a incidir sobre o mesmo,

²²⁸CRFB 5º, XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

²²⁹ Cinco anos na insolvência civil (CPC 778) e, no processo falimentar, cinco ou dez anos (falência fraudulenta; Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, – Lei de Falências-LF, 135, III e IV).

seccionando-o. A hipótese H' pode interessar-se pelos elementos *a, b, c*, a H'' por *b, c, e* e assim por diante. Das várias responsabilidades que surjam (penal, civil, administrativa, de acordo com tradicional exposição dogmática), algumas poderão encontrar vias de realização, outras não.

O Direito, como toda ciência, luta por sua materialização, daí os estudos dogmáticos analisarem as formas de coercibilidade existentes para tanto. Mas, suas prescrições não devem olvidar do caráter de realizabilidade. Em tese, a responsabilidade existe, mas pode vir a ser afastada no caso concreto.

Ainda, há o realizável aparente e o propriamente realizável. Aquele pode ser, exemplifique-se, uma vultosa condenação patrimonial suportável contabilmente por um patrimônio, mas que, se aplicada, reduza o responsabilizado à miséria em prol do enriquecimento de outrem. O que seria uma simples transferência patrimonial sem um juízo de moral definitivo acerca do desmerecimento de um ou outro. Aí estaria o subjugamento do Direito por suas próprias paixões.

A paixão está na base do Direito, mas não lhe pode obnubilar os julgamentos. Seu fundamento é a ética, mas seu uso dá-se numa estrutura racional.

Falar das condições para a ocorrência da responsabilidade implica, portanto, falar dos seus **limites**.

Limite, palavra de origem latina, ao mesmo tempo em que designa as fronteiras e a extensão de um território, como algo distante, também significa a contenção e a restrição de algo. Em suma, até onde se pode ir, preventiva ou repressivamente²³⁰.

É preciso lembrar que a responsabilidade não está mais apenas na pretensão generalizante dos Códigos, mas foi alçada a patamar constitucional. Essa posição impõe-lhe nova perspectiva hermenêutica, menos como sistema fechado dogmático e mais problematizante, aberta e zeetética²³¹.

²³⁰ O sentido que aqui se utiliza o termo responsabilidade é diverso daquele em que foi utilizado por CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 18: “as limitações ao acesso são todas aquelas que agridem essa dignidade” [humana]. p. 120-8: o autor permite ver que parte considerável das limitações decorrem da atividade interpretativa legalista exercida sobre o Direito no dia-a-dia Judiciário.

²³¹ Nesse sentido é a percuciente observação de Sergio Cavalieri Filho (Responsabilidade civil constitucional. **Editora Forense**, Rio de Janeiro. Seção atualidades. Disponível em: <<http://www.forense.com.br/atualida/348dou12.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2001). Segundo ele, não se deve interpretar a responsabilidade, antes um domínio de estudos civilísticos, de acordo com princípios do Direito privado, face às idéias de unidade e de supremacia da Constituição. Daí a necessidade de interpretação conforme a Constituição do regime legal existente, inclusive o anterior. “Não há em nossa Constituição rígida normas

No texto de 1988 foi prevista em regras a responsabilidade por dano moral e material (5º, V e X), erro judiciário (5º, LXXV), do empregador (7º, XXVIII), da administração pública, direta ou indiretamente (37, § 6º), dano nuclear (21, XXIII, “c”) e danos ao meio ambiente (225, § 3º)²³².

Acima de tudo, foi garantido o direito de propriedade (nos limites de sua função social), nesse incluído o material e o moral (imagem, honra etc). Ou seja, **há o direito constitucional ao patrimônio socialmente responsável**.

Nessa posição, é imprescindível o estabelecimento de uma coordenação²³³ entre os diversos preceitos constitucionais atinentes ao tema.

Entre os pressupostos para a ocorrência da responsabilidade e, nesses termos, suas limitações básicas, encontram-se:

- a) ato próprio ou correlato do agente que a praticou, seja de origem humana ou natural;
- b) juridicamente prejudicial, ou seja, violador da ordem jurídica, aqui incluído o nexo causal;
- c) em decorrência do aprofundamento do primeiro item no plano subjetivo, a imputabilidade do agente (voluntariedade da conduta, seu nexo subjetivo, não reconhecida ordinariamente pelos ordenamentos jurídico-positivos aos menores e aos portadores de patologia mental, temporária ou não, que os incapacite de externar vontade livre e racional²³⁴);

constitucionais e normas não constitucionais; todas se tornam constitucionais a partir do momento em que passam a integrar o texto da Constituição, e têm a mesma hierarquia, a mesma eficácia, de sorte a não ser possível falar em normas de direito civil formalmente integradas à Constituição. Vale dizer, quem demanda a tutela jurídica de um direito de natureza civil estabelecido na Constituição, pode e deve fazê-lo invocando a aplicação direta da norma constitucional. [...] Conseqüentemente, as normas legais vigentes à data da entrada em vigor de uma nova Constituição, se não revogadas, devem ser reinterpretadas em conformidade com a nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior.”

²³² *Ibidem*. O autor não aceita a responsabilidade ampla do Estado por atos judiciais, por entendê-la restrita ao constitucionalmente explicitado. Já nos opusemos a esse entendimento em fundamentação anterior e apriorística deste trabalho (cf. Fabiano MENDONÇA, **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**).

²³³ A relação de subordinação entre normas constitucionais apenas subsiste no processo gerador de emendas, no tocante às cláusulas pétreas (CF 6, § 4º), cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. **Revista da ESMape**, Recife, v.2, n. 4, p. 467-95, abr./jun., 1997, sobre a temática dos princípios, e VILANOVA, **Causalidade e relação no Direito**, p. 311-2, sobre seu entendimento lógico e os limites materiais (“*hierarquia interna de nível de validade*”).

²³⁴ CRFB 228, CPB 26 e 27, CCB 145, I, e 155 a 157, NCC 166, I, e 180 a 182.

- d) e dano (subsistente, certo e atual)²³⁵;
- e) que resulte da inobservância de dever jurídico realizável (portanto, previsível)²³⁶;
- f) e cause situação anti-isonômica, conforme apuração proporcional dos ditames legais e constitucionais.

A análise de culpa é subsequente à verificação desses limites e caracteriza-se, como logo se vê, como excludente da responsabilidade. Na verdade, esses elementos autorizam o exame de responsabilidade jurídica propriamente dita. E, se a hipótese for de averiguação de responsabilidade subjetiva, essa terá de ser analisada, **como requisito especial** sujeito a exclusão, no caso concreto.

A elisão desses elementos caracteriza-se como **excludente** de responsabilidade. Nesse sentido, teremos, especialmente, para além da direta inocorrência dos mesmos (limitação básica):

- a) exclusão do nexo causal - caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato exclusivo de terceiro²³⁷;
- b) exclusão da culpabilidade (apenas quando esse elemento for apreciado no caso) - legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal²³⁸.

Outrossim, com suporte no princípio da reparação integral, a doutrina pátria defende que a indenização deve ser a mais abrangente possível - danos efetivos, lucros cessantes, verbas sucumbenciais e correção monetária^{239 240}.

²³⁵ CAMARGO, Luís Antonio de. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 22-31.

²³⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 320: "Direitos e obrigações, pretensões e deveres, tendo por objeto *objetos fisicamente impossíveis*, representa eficácia inviável, sem vias de concretização no curso dos fatos. Mas o ato, em que se incluiu o fisicamente impossível, existe, como nulo."

²³⁷ OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. **A responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora habeas, [2000?]. p. 55-8.

²³⁸ CCB 160, NCC 188.

²³⁹ Cf. OLIVEIRA, ob. cit., p. 57-8.

²⁴⁰ REALE, Miguel. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, n. 87, p. 24-34, jul./set., 1988. p. 26: "[...] **a reparação do dano** deve ser a mais completa possível". É bom notar que nunca se olvida o termo "possível". A posição aqui defendida pelo autor, inclusive nos aspectos concretos a que se dirige, é oposta àquela constante na nota 5, c. 1.1.

E, em casos de dano resultante de ato lícito, a doutrina²⁴¹ tem entendido a necessidade de sua especialidade e anormalidade, para caracterizar um verdadeiro sacrifício de direito em prol da coletividade e não uma mera restrição de direito. Por oportuno, observe-se que as restrições de direito caracterizam-se como verdadeira subsistência de autotutela nos tempos modernos, por ser inexigível conduta burocrática precedente, dada a irrazoabilidade presente na ausência de potencial arguição de direito em sentido contrário por parte do cidadão.

Sobre a fundamentação lógica dos pressupostos, é preciso tecer algumas afirmações.

Dá-se o fenômeno da incidência (ou imputação ou causalidade normativa), quando um fato preenche os elementos do tipo legal (hipótese fática ou de incidência). Assim, uma norma incide a partir do momento em que a conduta ou situação descrita como condição para o surgimento de determinada relação jurídica é implementada.

O mesmo ocorre com a responsabilidade. Uma vez preenchido o tipo da responsabilidade, a mesma se impõe. Todavia, há circunstâncias em que tal não se verifica.

A primeira impressão, mais criativa do que descritiva, é afirmar que o tipo é preenchido, mas algo afasta a sua incidência. No Direito Tributário Brasileiro²⁴², isso ocorre com a imunidade e com a isenção, equivalentes à inimputabilidade e às discriminantes do Direito Penal, respectivamente²⁴³.

O exame da bibliografia sobre responsabilidade [bibliografia específica sobre responsabilidade do Estado] aqui utilizada e ao final listada revela facilmente a preferência da Doutrina pelos termos irresponsabilidade e exclusão. Por outro lado, também não se verificou a existência de tentativa de uniformizar o trato da matéria.

Doravante, denominaremos essas espécies científicas de limitação (= imunidade = inimputabilidade) e de excludentes (= isenção = discriminantes). Apesar do debate separado que se trava sobre os referidos temas, a se considerar a unidade do universo

²⁴¹ De modo exemplificativo e com referência à doutrina estrangeira, OLIVEIRA, ob. cit., p. 81-2.

²⁴² Como se vê no exposto por Victor UKMAR com anotações de Marco Aurelio GRECO (**Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário**. 2. ed. Trad. por Marco A. Greco. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 71-3,138: “o conceito de imunidade é de restrito conhecimento no exterior”), essa bipartição não é usual nos vários sistemas existentes, os quais se comprazem com a figura da imunidade (denominada de isenção). A posição pátria, a despeito disso mostra-se como classificação cientificamente acertada e particularmente útil para o desenvolvimento desta pesquisa.

jurídico, vê-se que, em termos de Teoria do Direito - a qual busca uma visão generalizada do Direito e não setorizada²⁴⁴ - eles pertencem ao mesmo conceito.

Nesse sentido, quando ocorre uma não incidência, essa é uma garantia autônoma e devidamente prevista, geradora de direito, seja a impossibilidade de ocorrer o lançamento tributário seja o direito a não se submeter a determinada pena. Tal norma, em vez de gerar um direito para o Estado (punitivo ou de constituição de crédito) "também cria direitos, só que para o cidadão"²⁴⁵.

Isso difere do não existir juridicamente (importância científica), decorrente da ausência de ocorrência do fato juridicizado. Nesse caso, o que não existe, em termos lógico-jurídicos (= dogmáticos) é a relação favorável a determinado sujeito de direitos (no caso, o Estado), vez que não ocorreu seu pressuposto.

Trata-se, isso sim, de uma norma que tem hipótese fática própria e que afasta a incidência da outra. Pois, ainda que possam incidir várias normas a tipificar o mesmo fato-do-mundo de maneira diversa, neste caso, trata-se de norma que possui em seu seio a idéia de excluir a incidência da outra por direta contradição lógica (p. ex., proibido tributar e obrigado tributar).

Afinal, a norma punitiva ou tributante (CTN 3º "cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada") é obrigatória ao Estado, não ficando disponível à vontade pessoal do administrador sua aplicação. E eventual norma de isenção é, ao gerar direito para o indivíduo, proibitiva daquela conduta e não um permissivo negativo (não obrigado) ou positivo (não proibido).

A não-incidência pode ocorrer porque não completado o pressuposto fático, total ou parcialmente. Outra pergunta poderá ser feita em razão do porquê disso ter ocorrido: porque não praticou o fato, porque a hipótese foi completada apenas parcialmente, porque incidiu norma de isenção ou discriminante ou porquê há vedação para a criação da referida norma. Serão relevantes para este estudo os casos onde há vedação de imposição (tributante,

²⁴³ Coincidentemente, são ramos do Direito Público, devido à proeminência da reserva legal, em virtude de ambos trabalharem com restrições a direitos individuais, onde mais se aprofundou o trato dogmático do tema.

²⁴⁴ Conceitos como direito adquirido, sujeito de direitos, relação jurídica, responsabilidade, causalidade, dentre outros, não são exclusivos deste ou daquele ramo do saber, antes são adaptados à realidade social que se busca normatizar. E, em termos de responsabilidade civil e penal, cf. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 8-12.

²⁴⁵ RODRIGUES, Denise Lucena. **A imunidade como limitação à competência impositiva**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21.

punitiva, responsabilizadora), onde há norma excludente ou onde não se realiza a conduta típica. Os casos que não apresentam tipificação legal equiparam-se aos casos que não perfazem todo o tipo normativo, diferenciando-se apenas porque houve, na segunda situação, um interesse (dado factual) em tributar situação equivalente. É como se houvesse, implicitamente, uma norma garantidora da situação individualizada, passível igualmente, nesses termos, de alteração legislativa para passar a abranger aqueles casos.

E, por mais que essa situação se equipare também àquela onde há norma expressa excludente de tipificação (em ambas há a vedação do sistema), seu estudo separado se justifica porque são hipóteses fáticas (ou incidentes) de não-incidência diferentes: não haver previsão e haver previsão em sentido contrário.

Saber quando ocorre a limitação e o que é a excludente passa a ser objeto de nossa atenção.

A distinção entre a vedação prevista na Constituição e a vedação prevista na lei. A primeira é uma garantia individual e a segunda é manifestação decorrente do programa político advindo daquela e terá situações diferenciadas. Não se mostra viável distinguir acerca do caráter de permanência ou de transitoriedade de uma ou outra, já que esse é uma situação de fato e não um dado lógico-jurídico²⁴⁶.

As limitações e as excludentes não representam, juridicamente, uma excepcionalidade subalternada à incidência, mas apresentam igual *status* de regra a contradizer a primeira. Igualmente, não é dispensa de pena, tributo ou indenização devida, visto que aqueles sequer chegaram a "nascer"²⁴⁷.

A limitação, esteja ou não na Constituição, antes de ser uma proibição à imposição de penalidade, tributo ou exigência de cumprimento de obrigação outra, é um direito de quem perfaz o seu tipo. Trata-se do direito de alguém a não ter responsabilidade para com o Estado e a comunidade que este representa ou vice-versa – no que interessa ao tema aqui estudado.

O direito a não ser responsabilizado por determinada conduta, independentemente de sua ocorrência, e a despeito da punição para condutas equivalentes, difere da exclusão de responsabilidade. Nesta, o cidadão não é responsabilizado **no caso**

²⁴⁶ RODRIGUES, ob. cit., p. 23; Com efeito, em treze anos de Constituição, já foram editadas trinta e oito emendas. A lei, muitas vezes, vem exatamente para estabilizar algo e pode durar muito mais do que a Constituição, como efetivamente ocorre.

²⁴⁷ Para uma exposição equivalente, no campo tributário, cf. RODRIGUES, ob. cit., p. 24-5.

concreto. Pois, na verdade, o fato típico gerador da responsabilidade não chega a ocorrer e condutas equivalentes não geram obrigação (por exemplo, situações de legítima defesa não serão punidas).

A **exclusão** da responsabilidade apenas se justifica constitucionalmente quando a exigência do cumprimento de determinada obrigação revela-se malferidora da isonomia. Afinal, é tratar diferente (de modo *erga omnes*) situação que apresenta contornos diferenciados.

A **limitação** também se subordina a esse parâmetro isonômico, mas, na medida em que consagrada constitucionalmente, passa a ser a diferenciação básica, cujo desnivelamento, sim, atrai a idéia de desigualdade. É a configuração dos padrões a serem utilizados para sopesar as relações sociais futuras. Se a limitação for estabelecida infraconstitucionalmente e sem ser extensão do comando magno, então tem de subordinar-se à regra geral de igualdade.

Essa diferenciação matriz ocorre com o objetivo de favorecer determinada atividade - econômica ou não, por motivo de coerência programático-constitucional ou por razões sócio-culturais.

Ademais, a limitação constitucional representa a vedação de qualquer ato legislativo em sentido contrário, por uso da idéia de eficácia negativa das normas constitucionais.

De maneira geral, ainda se pode acrescentar como diferenciação o fato de não se dirigir, a limitação, a um tipo jurídico específico, mas a toda uma gama de situações. Portanto, ao contrário desta, a excludente é pontual e verificável apenas no caso concreto, sem interferir na validade do tipo jurídico. Já a limitação impede a validade do tipo responsabilizador para determinado caso e pode acontecer de uma conduta equivalente (imunidade subjetiva) praticado por outra pessoa gerar responsabilidade.

As observações lançadas até o presente momento constituem-se em generalizações de situações particulares de diversas indagações do Direito. Nada impede sua aplicação a campos específicos, como a responsabilidade tributária.

"Dizer que a isenção é norma excepcional sinaliza para os limites da tributação"²⁴⁸.

²⁴⁸ BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 204.

Desse modo alvissareiro para o nosso estudo, o professor pernambucano opõe-se à crítica tradicional à sua definição da isenção como “fato gerador negativo”.

Aqui, acrescentamos que aponta não só um limite para a atividade estatal, mas também para seus deveres. Isso é importante de ser ressaltado na medida em que esta pesquisa se serve de diversos elementos teóricos da responsabilidade oriundos do Direito Tributário.

Ocorre que a denominada "responsabilidade tributária" não se insere no campo da responsabilidade jurídica propriamente dita, mas antes apresenta características daquela em sentido genérico.

Pois, enquanto a responsabilidade tem por pressuposto ato ilícito, a obrigação tributária é, até em definição legal, excludente daquele em sua hipótese fática²⁴⁹. Todavia o seu grau de elaboração em generalidade, quase, senão em vários aspectos, formalizada, fustiga eventual contaminação pelo dado-do-mundo a que se refere. Até porque, na medida em que o Direito é uno, ela se baseia em sua Teoria Geral, apenas aplicada ao fato tributário.

A isenção definida negativamente complementar-se-ia com sua definição positiva (fato gerador isentante) e ambos dirigem-se ao conjunto finito dos fatos tributários juridicizados. "Pois bem, se procedesse a radical e maniqueísta crítica doutrinária às definições pela negativa, o advérbio 'não' estaria simplesmente banido da linguagem da ciência..."; pondera o referido autor²⁵⁰. Enfim, não haveria uma concorrência normativa temporal (fenômeno físico) entre duas normas que se dirigem ao mesmo fato; vale dizer, não há dois momentos diferidos de incidência, mas apenas um: o da verificação de qual norma se aplica ao caso concreto²⁵¹.

A imunidade (=limitação) não é exceção²⁵² é "hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada"²⁵³. É uma redução prévia do campo impositivo do Estado.

²⁴⁹ O CTN 3º determina que o tributo não pode consistir em sanção de ato ilícito.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 205.

²⁵¹ Cf. BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 446 e segs. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**; v.2: bens, fatos jurídicos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p.209: “Não há ato, ou estado, ou situação, que a certo respeito, ou aspecto, seja contrário a direito, e sob outro, não. [...] Não há contradição no sistema jurídico; há superposição de incidência de regras jurídicas, donde terem-se de interpretar com o postulado metajurídico (e metalógico) de que o sistema não apresenta qualquer contradição.” No mesmo sentido é a posição de COELHO, Sacha Calmo Navarro. **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 149-63. Roque Antonio CARRAZZA (**Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 530-40) tece oportuna síntese evolutiva das teorias acerca do conceito de isenção, com abonadora da idéia aqui utilizada, onde prega a convivência harmônica entre “a lei isentiva e a lei tributante”.

²⁵² BORGES, ob. cit., p. 221.

²⁵³ *Ibidem*, p. 218.

Na visão do citado autor, há um atrelamento da imunidade à Constituição, de modo que apenas a Assembléia Constituinte poderia limitar o poder de tributar²⁵⁴. Nisso haveria a finalidade de garantir direitos fundamentais e valores. É verdade que a inclusão de uma norma no texto constitucional apresenta esse alcance – inobstante sua origem, mas a forma de ser da limitação, conforme exposta, pode surgir infraconstitucionalmente.

Essa observação é preciso ser feita, pois se está num plano de teoria do Direito e, como tal, com pretensões de validade generalizante, inclusive para regimes sem Constituição formalmente rígida (note-se que, à vista da grande quantidade de alterações, a Constituição Brasileira de 1988 caracteriza-se, em termos materiais, como flexível).

Prova disso é a previsão por Medida Provisória (nº 2, de 24 de setembro de 2001)²⁵⁵, assim, com posição infra-constitucional de limitação do valor de indenização devido pela União em caso de atos terroristas ou de guerra contra aeronaves brasileiras. Por seus artigos 1º e 2º ficou disciplinado que a União assumirá a responsabilidade perante terceiros por danos ocorridos no solo, resultantes dos atos mencionados, **limitado** globalmente “ao maior valor estabelecido pelos países estrangeiros nos quais operam empresas aéreas brasileiras, para cobertura dos danos a que se refere o **caput**, deduzido o montante coberto pelas seguradoras internacionais” (artigo 1º, parágrafo único) e, no plano interno, por empresa, dependendo do valor do próprio seguro de responsabilidade civil contra terceiros (artigo 2º). A redação deixa margem para múltiplas interpretações não comportadas pelo presente estudo. Cabe registrar que o referido ato normativo foi editado em consequência dos atos terroristas ocorridos nos Estados Unidos da América, com o uso de aeronaves, e que resultou na morte de milhares de pessoas, na queda de vários prédios, sendo o principal alvo as duas torres do *world trade center*.

Portanto, um caso, inclusive sujeito a cálculo aritmético, de limitação da responsabilidade (*in genere* e para uma determinada classe de sujeitos – abstrato –, assim, não é excludente de caso concreto).

Pode ser feita a seguinte distinção:

a) Limitações básicas: inoportunidade dos pressupostos²⁵⁶;

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 219.

²⁵⁵ Editada após a EC 32/01 e, dessa maneira, sujeita a validade possível de 332 dias, com possibilidade de ultratividade, devido ao princípio presente na referida alteração constitucional da **presunção de validade** (*juris tantum*) dos atos praticados sob sua égide.

²⁵⁶ Cf. nota 377.

b) Limitações básicas específicas: aquelas que dizem respeito, no caso da responsabilidade do Estado, às obrigações de cada função estatal, como o Judiciário respeitar o contraditório e a ampla defesa em seus processos²⁵⁷;

c) Limitações especiais: como no exemplo citado, colocado especialmente para determinado caso, a par das básicas, de caráter teórico-generalizante.

Em ocorrendo a limitação, não cabe indagar pela responsabilidade. Nas limitações básicas específicas, a limitação da responsabilidade dá-se pela observância de dever de igualdade especialmente consagrado para aquela atividade estatal.

Excludentes. A excludente não se trata de erro de apreciação subjetiva da situação (não notar que havia regramento excepcionador), nem de problema no patamar da linguagem-sobre-o-objeto-do-Direito, mas sim de elemento do plano do ser que se não transfere àquela (existência, muitas vezes, de dois textos de normas a serem analisados para a solução do caso).

É a lei de isenção que interfere na formulação da norma impositiva, do crime cometido.

Sua característica de ocorrência excepcional em relação a uma norma geral justifica seu trato com atenção. Na mente do observador habituado à aplicação da regra geral (seqüência causal de raciocínio), em que pese a prevalência da exceção - regra para o caso concreto, comumente a excludente surge como um *plus* em relação à regra geral, e não como algo mais forte e de observação direta.

Daí a idéia de que a isenção suprimiria uma incidência tributária já ocorrida. O que se não mostra logicamente correto, conforme já exposto.

Isso se deve a um apego legalista²⁵⁸ combinado com o fato de a lei, muitas vezes, em seu texto (linguagem do legislador), colocar-se em entendimento subsidiário da redação da regra geral, tal qual os parágrafos de um artigo em relação ao *caput*.

²⁵⁷ Assim Sérgio FERRAZ (Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 53-4, p. 38-43): juiz natural, princípio do contraditório, princípio da publicidade, “saber que os atos processuais devem ser realizados dentro de um prazo de celeridade que torne eficaz a preocupação de realização de justiça; só permitir que um determinado agente público, com competência pré-traçada, dirima a hipótese litigiosa e só possa fazê-lo validamente se fundamentar o seu juízo; admitir que esse posicionamento não seja único, ensejando a possibilidade de reexame, desde que este reexame seja provocado fundamentadamente. Eis algumas pautas fundamentais em que se realiza o princípio da igualdade, no Direito Processual.” (p. 39)

²⁵⁸ Efeito do estereótipo que a opinião pública tem sobre a atividade jurídica, que existe na sociedade, dentro da qual se encontra e faz parte o agente jurídico.

Todavia, trata-se, isso sim, de questão de organização "toponímica" e "geográfica". Cabe à habilidade mental do jurista conjecturar isso com o contexto social e avaliar sua influência sistemática (como a solução de antinomias pelo critério da especialidade).

As excludentes, dessa forma, são fatos que influem nos pressupostos e excluem os elementos da responsabilidade. Já a limitação ocorre quando o pressuposto não é verificado.

No Direito Tributário, o fato imune pode ocorrer, mas o responsável (sentido amplo) não paga; dirige-se a todos os tributos. Já a isenção é pontual e atua em prol da igualdade e da Justiça.

No Direito Penal, o inimputável pode cometer o crime, mesmo sem excludente, mas não responde. Doutra forma, as descriminantes ocorrem quando estão presentes todos os elementos do crime e não há limitação, mas, todavia, não surge responsabilidade.

3.5.2 Limites e excludentes na sistemática constitucional brasileira

Indaga-se agora: a Constituição Federal de 1988 traz limitação da responsabilidade do Estado?

À primeira vista, a resposta parece ser negativa, ao menos para o Poder Executivo, vez que há controvérsia acerca da extensão da responsabilidade nas outras funções. Mesmo assim, a se admitir os justificados posicionamentos por sua ampla extensão, dificulta encontrar limites.²⁵⁹

É importante, para bem responder a tal indagação, verificar onde (i) está pregada desigualdade, (ii) onde normalmente a parte teria direito e (iii) a relação reparatória seria com o Estado e não entre particulares.

Como resposta a tal pesquisa, vê-se a situação do militar, cuja prisão

²⁵⁹ Odete MEDAUAR, em significativo trabalho (Ato de governo. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 83, p. 23-43, jan./dez., 1988), ao passo em que enumera os atos de governo presentes na Carta Constitucional Brasileira de 1988, cuida de expor a posição da doutrina, pelo dever de sua sujeição jurisdicional (*passim*).

disciplinar não comporta *habeas corpus*, as restrições inerentes ao estado de sítio²⁶⁰, pena de morte em caso de guerra (5º, XLVII, “a”).

Essas são hipóteses em que não se verifica o surgimento de responsabilidade do Estado por restrição de direitos, até mesmo da vida, consistindo em **limitações especiais** de responsabilidade presente na Carta Magna.

Há, todavia, situação de **exclusão** plasmada no texto constitucional. É o que se lê no artigo 5º, inciso XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial**” [grifos inexistentes no original]. É uma situação que foge à característica de imposição a todos os casos *in abstracto* e, assim, reclama verificação no caso concreto.

E há um dispositivo misto, que comporta limitação com relação à autoridade do proprietário sobre seus bens, mas excludente em relação aos danos materiais, que reclamam análise casuística. É o direito de uso previsto no inciso XXV do mesmo artigo referido: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente **poderá usar** de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, **se houver dano**” [grifos inexistentes no original].

Já a desapropriação é expressa regra de indenização e comporta o princípio básico sobre o tema em nosso Direito positivado.

Comparando com o regime para os atos administrativos, a estrutura de nulidade aplicada aos atos judiciais admite:

a) Convalidação: permanência do conteúdo de ato inválido, admitido pelo

²⁶⁰ “Art.139 - Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência ao sigilo das comunicações à prestação de informações e a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Parágrafo Único - Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.”

Poder Judiciário por aplicação do princípio processual *pas de nullité sans grief*;

b) Enquanto não revogado: permanência de ato inválido, mas existente (choque entre ser e dever ser). Possível no Judiciário na mutação constitucional por via interpretativa e na decisão transitada em julgado que possua efeitos apenas *in concreto*.

Em orientação final sobre a distinção, a Limitação é impedimento de criar norma (concreta ou geral) responsabilizadora e a Excludente é o impedimento de aplicar comando responsabilizador pré-existente.

4 RESPONSABILIDADE E ESTADO DE DIREITO

Il ne peut donc jamais s'agir que de savoir si c'est la forme légale ou la forme constitutionnelle qui doit être observée. Si le droit positif ne différencie pas ces deux formes, l'établissement de principes, de directions, de limites pour le contenu des lois n'a pas de sens juridique, et n'est qu'une apparence voulue pour des raisons politiques, comme le sont d'ailleurs les libertés garanties en la forme constitutionnelle dans le cas fréquent où la Constitution autorise la législation ordinaire à les limiter.

Hans KELSEN, **la garantie juridictionnelle de la Constitution**

O Estado de Direito caracteriza-se como aquele submetido a regras democráticas. Nelson Saldanha anota a origem da expressão em 1832 (R. von Mohl), com a correspondência histórica ao movimento constitucionalista²⁶¹. Enquanto este seria um processo, aquele é um específico modelo de Estado, “em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a constituição.”²⁶² Ou seja, em última instância, o poder vinculado a uma norma posta pelos próprios homens, que o legitimava e garantia sua previsibilidade²⁶³.

Como características históricas aliadas à burguesia, está a unificação do ordenamento e a atribuição de sua guarda e produção ao Estado, guiados pelo racionalismo e pelo individualismo, malgrado a manutenção do arcabouço formal político-administrativo do Estado absolutista²⁶⁴.

²⁶¹ SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 19, 28.

²⁶² *Ibidem*, p. 20.

²⁶³ *Ibidem*, p. 33.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 24, 185.

Marca indelével desse processo foi o **liberalismo** que, dentre outros aspectos, trouxe a idéia de discussão para o Estado, ratificando a judicial e consagrando a parlamentar. Seria mais um pilar da **democracia** – processo também entrelaçado. Enquanto aquele refere-se à limitação do Estado em prol das liberdades individuais, esta diz respeito à titularidade do poder.

Na luta contra o absolutismo, o indivíduo sai fortalecido e, com ele, a noção de contrato para o Direito Público. O desenvolvimento da ciência política faz ressurgir com força a temática da legitimidade²⁶⁵.

O legalismo, com a posterior teoria das fontes do direito, ganha ímpeto na forma do “legislativismo”²⁶⁶. É com isso que o conceito de direito natural, antes legitimador do governo, torna-se ideologia de contestação política.

De se notar a força mítica de que a lei passa a dispor²⁶⁷, representando a repetição de um ato “divino” – fase ocidentalmente já ultrapassada – de criação, por meio do qual, por exemplo, o juiz punha fim ao caos e inaugurava a ordem em meio a um ritual e vestes tradicionais.

Com o legalismo, todavia, o Direito ganha foros de objetividade, fica externo e leigo. Perde força a idéia de culpa, enquanto reflexo da moral teológica²⁶⁸.

Do legalismo privatista foi herdada a idéia de codificação generalizante, de teoria geral. Essa idéia permeou a temática jurídica e influenciou os estudos de direito público até seu embate com as idéias constitucionalistas do século XX, principalmente em sua segunda metade²⁶⁹ e suas vinculações históricas, filosóficas e políticas.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 21-4.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 25. Nesse sentido, Cappelletti, citando Koopmans, ressalta o legislador mastodonte, que, paradoxalmente, fixou tantos e tão diversos objetivos que teve de ceder a outros grande parte de sua ação para não sucumbir à paralisia, pois suas ambições acarretaram, finalmente, sua abdicação. Daí resultou o administrador leviatã. Esse fato, aliado à pressa dos políticos em gastar o dinheiro público em atenção a grupos ou interesses exclusivamente locais, no dizer do mestre peninsular, “transformou o *welfare* em *demagogia*”... (CAPPELLETTI, Mauro. *Nécessité et légitimité de la Justice Constitutionnelle*. In: FAVOREU, Louis (org.). **Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux**. Paris: Economica: Presses Universitaires d’Áix-Marseille, 1987 (Collection droit public positif) p. 465-7).

²⁶⁷ Cf. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 19. V. c. 1, nota 31.

²⁶⁸ Nelson SALDANHA, ob. cit., p. 186.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 188-203.

Esse conjunto de fatores conflue, diuturnamente, para a mudança política, para a transformação do aparato estatal. Aparato que, enquanto **Estado** (=moderno, de Direito), Ivo Dantas bem classifica como espécie do gênero organização política. Assim, o Estado moderno seria uma forma de organização historicamente determinada²⁷⁰.

Como já afirmado alhures, “o Estado, diga-se, é o poder por excelência. Porém, falar de sua história jurídica é falar da submissão do próprio Estado, enquanto poder, ao Direito. A história da evolução do Estado e de sua responsabilidade é a da vitória do Direito e seus valores. Não a da imposição e do respeito ao Direito positivo pelos súditos, mas sim pelo Soberano.”²⁷¹ Um choque político entre autoridade e comandados que o Direito é chamado a mediar enquanto estudo do acerto das condutas a serem adotadas em sociedade.

É nesse momento que se passa a falar em personalidade jurídica do Estado²⁷², pois passa a ser sujeito de direito e passa a gozar de prerrogativas apenas na medida do que estabelecer a ordem político-jurídica. Passa, então, a haver distintas pessoas jurídicas de direito público e, mais, a ser constitucionalmente determinado o funcionamento e divisão do Estado. Não há também, mais a confusão jurídica entre os indivíduos considerados em sua totalidade (a sociedade, coletivamente organizada ou não) e o Estado, o qual pode ser compreendido ou como pessoa jurídica ou, sociologicamente, como o grupo de pessoas que detém o poder sobre a forma legal de coercibilidade em determinado momento.

E, em decorrência desses aspectos, há o estabelecimento da responsabilidade civil do Estado²⁷³. Tema que passou por longa evolução, desde seus primórdios apoiados em elementos privatísticos, até o estabelecimento de uma teoria da responsabilidade pública, assentada em aspectos objetivos²⁷⁴.

Merece transcrição por bem sintetizar as idéias aqui expostas, o seguinte trecho do voto proferido por Celso de Mello, na condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal,

²⁷⁰ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado**: Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1989. p. 71-80.

²⁷¹ Fabiano MENDONÇA, ob. cit., p. 93.

²⁷² Sobre as idéias justificadoras da personalidade jurídica e a aplicação destas ao Estado, cf. o sempre atual e moderno, além de rico documento acerca das teorias de então, CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. atual. por José de Aguiar Dias. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

²⁷³ Ivo DANTAS, ob. cit., p. 137-8: “a maior das repercussões” da personalidade jurídica do Estado.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 139-48.

no julgamento do Mandado de Injunção nº 283/DF²⁷⁵, onde foram discutidas a essência de tal instituto e suas repercussões na ordem jurídica:

O poder absoluto, exercido pelo Estado sem quaisquer restrições, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades públicas.

O Estado contemporâneo, cujos fundamentos repousam em bases essencialmente democráticas, dá concreção, de um lado, aos postulados do constitucionalismo, e busca harmonizar e realizar, de outro, o equilíbrio entre dois valores em permanente estado de tensão dialética: a liberdade e a autoridade.

É-lhe subjacente, nessa missão institucional, um velho anseio histórico: o predomínio da lei sobre a arbitrariedade do poder público.

O novo estatuto político brasileiro – **que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta** – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. [grifos inexistentes no original]

A liberdade, a autoridade, constitucionalmente concedida, exige a contrapartida da assunção de responsabilidades. A publicidade é raciocínio paralelo do controle, da fiscalização. O aperfeiçoamento da responsabilidade do Estado erige-se, assim, como aprimoramento do controle exercido pela sociedade sobre o Poder Público; ironicamente, sobre seu próprio poder (“público”).

É de se observar que a democracia não se traduz em governo da multidão, da maioria, mas, sim é quando o titular (não quem exerce) da soberania é qualificado economicamente como pobre. É o governo dos pobres, não de modo mecânico e legitimador de uma minoria economicamente dominante, mas de modo a ter controle das decisões políticas. Essa a posição aristotélica que Fábio Konder Comparato relembra²⁷⁶. Ademais, a democracia, em termos quantitativos, não é o governo da maioria, mas o governo onde a minoria tem vez.

Adequando o trato constitucional com o momento estatal no qual ela ocorre, vê-se a necessidade de utilizá-la – a Constituição, em sua inteireza, como a cúpula da ordem

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. Mora legislativa. Eficácia da Constituição. Estabelecimento de prazo. Mandado de Injunção nº 283-5/400-DF, pleno do Supremo Tribunal Federal, rel. min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 20 de março de 1991. *Lex-jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, n. 158, p. 98-125. p. 118.

²⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: o autor e sua obra. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998. p. 9-28 [especificamente, p. 21-4].

jurídica. É preciso, retornando a Hesse, tornar a Constituição real, torná-la a “ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”²⁷⁷.

É o espaço propício para a idéia de garantismo jurídico, proposto por Luigi Ferrajoli: tornar o Direito um instrumento de garantia dos mais fracos contra o Poder do Estado²⁷⁸. Como já colocado no início da pesquisa, a lei é para quem precisa dela.

O Estado de Direito caracteriza-se como dotado de previsibilidade e publicidade, como meios de assegurar liberdade e segurança, com permanente questionamento e negociação dos valores sociais. Um ambiente materialmente democrático²⁷⁹.

E, sob o prisma constitucional, a Carta Magna deve ser efetivamente condutora da hermenêutica jurídica em todos os planos especiais²⁸⁰.

Nesse quadro de submissão do Estado às regras, os princípios surgem com a força de fundamentos do sistema.

E, enquanto princípios consagrados constitucionalmente, responsabilidade do Estado e igualdade são ideais que reclamam interpretação historicamente condizente. Por isso é preciso bem compreender a força que deriva da supremacia constitucional, já que ambos estão previstos em tal patamar.

²⁷⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. por Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991. p. 18.

²⁷⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Tecnos. p. 851 e segs.

²⁷⁹ Cf. MACCORMICK, D. Neil. Estado de Derecho y *rule of law*. In: THESING, Josef (comp.). **Estado de Derecho y Democracia**. 2. ed. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano [CIEDLA]: Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

²⁸⁰ Pelo prisma processual penal e penal, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 25-30, 63-8. Alexandre da MAIA (**Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000. p. 95-105.) faz pertinente observação acerca das feições formalistas do garantismo, carecedor de substância a garantir, todavia, equilibrado pelo espaço que cria para a tópica dos direitos fundamentais na Carta de 1988.

4.1 A CONDIÇÃO PRINCIPOLÓGICA²⁸¹

Para garantir a realizabilidade jurídica, alguns parâmetros devem ser observados. A Constituição deve ser compreendida, enquanto objeto cultural que é, como produto histórico e político de determinada sociedade. Se não fosse essa visão, certos dispositivos constitucionais careceriam de maior significado²⁸².

E sobre a Constituição Brasileira de 1988 têm-se os seguintes posicionamentos (até mesmo, com caráter documental), que, antes de serem amainados, restam fortalecidos com o novel quadro de revisionismo instaurado pela grande quantidade de emendas²⁸³.

Luís Roberto Barroso, quando fala do papel sistematizador dos princípios salienta que “um documento marcadamente político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. **Compete aos princípios compatibilizá-la, integrando-as à harmonia do sistema.**”²⁸⁴ [grifos inexistentes no original]

E sobre esse caráter de nossa Carta, registra Adhemar Ferreira Maciel sobre a Constituição de 88, então nos meses finais de elaboração, indagando por qual a sua “alma”:

Nada mais difícil e espinhoso! Difícil e espinhoso porque a Constituição – embora a mais democrática de nossas Constituições – não tem unidade, não tem linha filosófica, não tem ‘alma’. É uma verdadeira colcha de retalhos, onde cada grupo que tem voz se fez presente, defendendo seus interesses, nem sempre coincidentes com o interesse da sociedade como um todo. Assim, ingente será a tarefa do Judiciário, sobretudo do STF, que é o ‘guardião da Constituição’ (art. 108). Somente o Judiciário, através da hermenêutica, é capaz de dar uma ‘alma’ ao texto constitucional, harmonizando-o, direcionando-o.²⁸⁵

Para a elaboração do texto, a sociedade brasileira demonstrou grande capacidade de organização. Mas, devido aos choques de interesses, a Constituição ficou remissiva, O símbolo da programaticidade brasileira está no artigo 5º, incisos XXII e XXIII

²⁸¹ Não se tem aqui a pretensão de fazer uma longa e profunda abordagem de referência sobre o tema dos princípios.

²⁸² Só para exemplificar, é o caso da igualdade perante a lei, do controle jurisdicional de constitucionalidade em primeiro grau, do amplo acesso aos cargos públicos e do próprio Estado de Direito.

²⁸³ São, contando com as “de revisão” – termo paradoxal, trinta e sete emendas em 12 anos de vigência (até dezembro de 2000) e mais de duas mil Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 146.

²⁸⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. O Supremo e a nova Constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, n. 87, p. 87-9, jul/set, 1988, p. 87.

(XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.).

À concepção de Acesso à Justiça como instrumento para a cidadania²⁸⁶, ou seja, como meio de integração diretamente jurídica e mediamente política do indivíduo, serve a seguinte observação de Willis Santiago Guerra Filho:

[...] a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abre canais para essa participação.^{287 288}

Já Paulo Lopo Saraiva credita esse problema à “falta de firmeza dos constituintes”, a qual estaria retratada no preâmbulo, os quais “preferiram continuar fazendo ‘peça literária’ a enfrentar a problemática nacional. [...] Nota-se, claramente, a ‘inventividade verbalizante’, isto é, o dizer para não fazer. [...] É uma vistosa obra literária, sem nenhuma vocação de eficácia.”^{289 290}

Por outro lado, dois constituintes de insuspeitas posições contrárias como Roberto Campos e Florestan Fernandes, direita e esquerda respectivamente na concepção tradicional, deixam em seus relatos bem clara a diversidade de posições existentes por ocasião da elaboração do texto constitucional e, bem assim, a incoerência política de diversos grupos, provocada ou não. Outrossim, a discordância dos citados autores sobre temas como governabilidade e seu caráter social ou não (o primeiro acha que o novo texto torna o país

²⁸⁶ Esboçada em MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O diálogo norma-sociedade. In: _____. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 39-42.

²⁸⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30.

²⁸⁸ Essa problemática é relacionada com o dever fundamental de cidadania no respeito à Constituição, para que se possa estabelecer, numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição (P. Häberle), a efetividade daquele documento. Sobre o tema, v. GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento: direito do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 99-106, jul./set. 2000.

²⁸⁹ SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de Direito Constitucional**: a Constituição deles não é a nossa. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995. p. 39.

²⁹⁰ O texto constitucional passa por difícil processo de determinação de seu conteúdo. Em vários casos, são adotadas pelo Supremo Tribunal Federal decisões que, em primeira leitura, são capazes de afrontar a literalidade constitucional, como nos casos da validade do limite de 12% para a taxa anual de juros (CRFB 192, § 3º), da reedição de medidas provisórias (CF 62; os “provisórios não-provisórios”) e na adotada similitude factual entre a inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

ingovernável e que é antiempresarial) serve para demonstrar a profunda significação contrária que os debates sobre os mesmos termos podem assumir.²⁹¹

Como bem faz ver Paulo Bonavides, esse é um quadro típico do Constitucionalismo Social, onde há um “consenso na divergência”. Ou seja, como o modelo do constitucionalismo liberal não superou a crise econômico-social que lhe seguiu e não foram adotados os cânones das constituições socialistas, optou-se por entregar a um momento posterior a definição precisa da essência constitucional²⁹².

Essa programaticidade que se revela no texto brasileiro seria fruto da preponderância do elemento político. Portanto, esse programa deveria deixar de ser político para se tornar jurídico, isto é, adquirir força normativa de modo a vencer a instabilidade da trégua programática.²⁹³

Dos preâmbulos e declarações de direitos de força contestada no século XVIII, passando ao modelo liberal – ancorado na representatividade – e à crise que lhe seguiu, até surgir a programaticidade e a atual fase de busca de sua superação, nota-se que o vetor do Constitucionalismo sempre foi a busca de eficácia.^{294 295}

No caso brasileiro, pode-se entender que coube ao Poder Judiciário realizar essa harmonização de preceitos²⁹⁶. Porém, a se considerar a dificuldade que o texto de 88, mormente em sede de direitos sociais, encontra para se fazer presente na vida social, esse poder parece não ter sido feliz no desempenho de sua tarefa.

Noutras palavras, a Constituição veio a padecer de uma crise de eficácia. E a solução no campo jurídico, à parte a indiscutível necessidade de uma melhor formação educacional do cidadão, parece estar no estudo dos princípios. É o que se passa a explicar.

²⁹¹ Cf. FERNANDES, Florestan. **A Constituição inacabada: vias históricas e significado político**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989. p. 291 e 325; CAMPOS, Roberto. **A lanterna na popa: memórias**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. v. 2. p. 1112 e 1191.

²⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 206. DANTAS, Ivo. O Econômico e o Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 200, p. 55-69, abr/jun, 1995, p. 65-7.

²⁹³ BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 208.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 201-12.

²⁹⁵ A palavra eficácia aqui está em seu sentido sociológico, refere-se à observância do conteúdo da Constituição. Para os conceitos de eficácia e efetividade, cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 42-6.

²⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 112-3. MACIEL, Adhemar Ferreira. O Supremo e a nova Constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, n. 87, p. 87-9, jul/set, 1988.

Ao passo em que se sucederam os diversos modelos de constitucionalismo, a compreensão dos juristas acerca do fenômeno objeto de estudo oscilava entre dois grandes modelos: o do jusnaturalismo e o do positivismo. Tomadas essas expressões para designar, de modo arbitrário como toda classificação, grupos de idéias, ocasionalmente contraditórias entre si, que ora pendiam para uma explicação extra-humana da organização jurídica da vida, ora para caracteres de força e vetores postos pelo próprio homem.

No seio dessa discussão, o pensamento jurídico, visto através dos princípios, apresentará três fases: o jusnaturalismo, onde há grande margem de abstração e incerteza; o positivismo, onde, numa reação ao período que lhe antecede, os princípios ocupam lugar subsidiário, servindo, tão-somente, para suprir lacunas no Direito Positivado; e o pós-positivismo (que bem se pode chamar de pós-moderno), no qual os princípios ascendem a espécie do gênero norma e são postos também num patamar gerador das regras²⁹⁷.

Sem pretender esgotar o assunto, por não ser esse o objetivo, tem-se que princípio será a norma de conteúdo aberto e formulação abstrata, com o mais alto grau de hierarquia valorativa dentro do sistema e que condiciona sua aplicação.²⁹⁸ Uma atitude mais consentânea com a presente quadra científica, onde não há certezas absolutas, mas apenas estados da ciência com alto grau de probabilidade.²⁹⁹

Ou seja, até numa reação aos problemas históricos gerados pela possibilidade de apego normativista, representados, principalmente, pelo nacional-socialismo alemão de meados deste século, buscou-se refúgio num elemento mais humano, mais subjetivo. A noção ocidental de Justiça vinha aí acompanhada de um forte desejo de bom senso.

Todavia, a prisão das estruturas lógicas, enfatizadas pelo normativismo³⁰⁰, não permitia isso. Pois, conquanto sejam indispensáveis à análise dogmática do sistema, a aplicação do Direito é mais exigente. É preciso bases metacientíficas para reger a vida, pois jamais tudo é explicado. E, afinal, o Direito pertence ao mundo da vida, não ao dos Códigos. Naquele, tudo pode acontecer, ou não (no limitado entendimento humano), aqui, as páginas apenas amarelam...

²⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, p. 232-8.

²⁹⁸ Cf. *Ibidem*, p. 228 e segs.

²⁹⁹ Cf. SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 27-31.

³⁰⁰ SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 52-4, 70.

Porém, o fato de se buscar algo **aberto**³⁰¹ não significa que a norma perca sua força. O pensar por sistemas continua válido, e a certeza que proporciona é a maior razão de sua persistência no pensamento jurídico através dos séculos, mas deve ser evitado no que tenta se antecipar aos próprios fatos.

Isso não implica em se pregar uma discricionariedade judicial. Os princípios estão colocados e não admitem uma interpretação qualquer. Em paralelo a esse debate segue a discussão acerca do relacionamento entre Política e Direito, mormente no estudo do controle judicial da Administração Pública³⁰².

Assim, o tempo cuidou de construir no Direito Brasileiro a idéia de que há valores jurídicos que devem ser respeitados acima mesmo da letra da lei. É o caso quando se exige algo impossível, quando se viola a vida privada, a liberdade de crença, o direito de propriedade, o direito à educação e assim por diante, conforme as diversas concepções de necessidades imperantes num dado ordenamento jurídico, determinadas pelo Poder Constituinte originário, se se quer ter o texto legal como ponto de partida.

Os princípios seriam, assim, a alternativa moral para assegurar a integridade do sistema^{303 304}. E, por não o anularem como um todo e sim estabelecerem as regras do caso concreto, não destróem a concepção lógica do Direito. Esta continuará com sua missão de

³⁰¹ BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial**: uma visão dialética. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 28-32. ADEODATO, João Maurício L.. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência, através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 75-7. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 465. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 183. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 90.

³⁰² Sobre o tema, v. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo *versus* governo dos juízes: a *autopoiese* dos sistemas político e jurídico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.8, n. 30, p. 120-6, jan./mar. 2000.

³⁰³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 27-30.

³⁰⁴ Os princípios são a base emocional sobre a qual se constrói a racionalidade do sistema normativo. Analogamente, MATURANA, **emoções e linguagem...**, p. 15-8, coloca que as emoções são disposições corporais que delimitam nossos domínios de ação, de modo que “todo argumento sem erro lógico é obviamente racional para aquele que aceita as premissas fundamentais em que ele se baseia. O humano se constitui no entrelaçamento do emocional com o racional. O racional se constitui nas coerências operacionais dos sistemas argumentativos que construímos na linguagem, para defender ou justificar nossas ações.” Desse modo, o emocional é que possibilita e desenvolve o racional, bem como, coexiste mesmo sem ser observado. É o que ocorre com os princípios que determinam o modo de ser de um ordenamento. Eles nascem como sentimentos, desejos, individuais acerca do que deve ser que, aos poucos, assumem caráter grupal, até, pautando as condutas e o controle destas na sociedade, é absorvido, ou por positivação ou por interpretação adequada, pelo sistema comunicacional do Direito. Então, transmuda-se em princípio jurídico, na medida em que a coerência do sistema passar a depender do mesmo – é sua “descoberta” como norma capaz de determinar autonomamente a solução de casos concretos.

sistematizar o que ocorre no mundo da experiência³⁰⁵ E é a sua constância em dada sociedade que permitirá a estabilidade das estruturas lógicas.

Lembrando que isso não significa um apego à concepção do Direito como lei, já que tal pressuporia incorporar no conceito do fenômeno jurídico a idéia de burocracia de registro, já que as leis são conhecidas por uma minoria da população que as estuda, arquiva e a impõe para o restante da população. Em desaparecendo essas pessoas, ao menos do território nacional, desaparecem as leis – como eram.

É de se notar que, na medida em que a noção de princípios é necessária para se buscar a concretização da Constituição, tanto quanto sua eficácia é um problema tópico e histórico, sua compreensão também é³⁰⁶.

4.2 O PRESSUPOSTO DE PROPORCIONALIDADE

Não é suficiente, todavia, falar-se apenas na existência de princípios. Mais que isso, é preciso harmonizá-los no caso concreto³⁰⁷.

Nesse ponto, é conhecida a afirmação de Ronald Dworkin, segundo o qual “*Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance*”³⁰⁸,

³⁰⁵ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 41-2.

³⁰⁶ A título exemplificativo, tem-se para o caso dos tributos: JARACH, Dino. **Curso superior de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1957. v. 1. p. 41: Não se pode estudar Direito Tributário “sem um conhecimento cabal dos princípios constitucionais em que se funda o exercício do poder fiscal por parte do Estado.”

³⁰⁷ Elucidativa acerca da importância da hermenêutica é a seguinte passagem de Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. **Vérité et méthode: les grandes lignes d’une herméneutique philosophique**. Trad. por Étienne Sacre, Jean Grondin e Pierre Fruchon. Paris: Éditions du Seuil, 1996. p. 330): “A hermenêutica tem a missão de adaptar o sentido de um texto para e dentro da situação concreta à qual sua mensagem se dirige. [...] o intérprete não deve se contentar em simplesmente restituir o que efetivamente disse o interlocutor da negociação, ao serviço do qual ele se encontra: ele deve, ao contrário, fazer valer a opinião deste último, de modo que lhe pareça exigir a situação real da conversação, na qual ele se acha só a conhecer as duas línguas” (“l’herméneutique a pour tâche d’adapter le sens d’un texte à la situation concrète à et dans laquelle son message est adressé. [...] l’interprète ne doit pas se contenter de restituer simplement ce qu’a effectivement dit le partenaire de la négociation, au service duquel il se trouve: il doit au contraire faire valoir l’opinion de ce dernier de la façon que lui paraît imposer la situation véritable de la conversation, dans laquelle il se trouve seul à connaître les deux langues.”)

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously: with a new appendix, a response to critics**. Cambridge: Harvard University Press, s/d. p. 26: “os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão de seu peso ou importância”.

vale dizer, a aplicação de um princípio a determinado caso, em detrimento de outro que lhe fazia oposição, não o invalidará perante o ordenamento, numa idéia de “proporcionalidade”³⁰⁹

O que se pretende mostrar ao adotar essa posição é que os princípios, assim como o próprio entendimento do Direito enquanto dado sociológico, não existem sem o concreto. E é esse caso concreto que determinará a prevalência ou não de um princípio sobre outro; momento em que agem diversos fatores culturais, como o político e o econômico.

Lembre-se que o jogo da tipicidade (lícito-ilícito) só tem razão de ser enquanto confrontado com a realidade sobre a qual ela foi construída³¹⁰. Isso fica claro no exemplo fornecido por Norberto Bobbio, o qual nos dá a noção da historicidade dos direitos humanos, os quais representariam uma opção:

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. Nesses casos, a escolha parece fácil [...] Mas, na maioria dos casos, a escolha é duvidosa e exige ser motivada.³¹¹

Assim, essa historicidade seria sustentada, precisamente, pelos princípios jurídicos³¹². Os quais, enquanto veículo de valorações, não são fonte do Direito³¹³, mas fazem parte do próprio Direito. Sua aludida característica “normogenética” não é automática, é apenas uma norma a ser observada na elaboração de outras.

Enquanto sentimentos, existem no dia-a-dia da comunidade. Porém, no momento em que são guiados para um conhecimento científico generalizado, abandonam o

³⁰⁹ ALEXY, Robert. *Idée et structure d'un système du droit rationnel*. Trad. por Ingrid Dwars. **Archives de philosophie du droit**: la philosophie du droit aujourd'hui, Paris, t. 33, p. 23-38, 1988. p. 37.

³¹⁰ É, tão-somente, uma construção mental (pois a relação de causalidade lógica não existe na realidade) que tende a ser o mais abrangente possível dos dados da experiência; é, de certo modo, um acessório que busca revelar a origem. Uma atitude cognoscente. Alterada a realidade no que há de radical para a formação do sistema, descabe insistir naquela primeira construção. Cf. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 4. GRAU, Eros Roberto. Conceitos indeterminados. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO. (1.: 1998: Vitória): **Justiça tributária**: direitos do Fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 119-24. RABENHORST, Eduardo. Falácia naturalista e semântica dos mundos possíveis. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 8, p. 65-76, 1997.

³¹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 20.

³¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. P. 183 e segs.

³¹³ Estudo que Andrés Tassara denomina de “hidráulica jurídica” em TASSARA, Andrés Ollero. **Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989. p. 15. (Cuadernos y Debates, n. 19)

campo moral e mostram seu latente aspecto jurídico³¹⁴. Vale dizer, a partir do momento histórico em que se torna possível demonstrar sua realizabilidade³¹⁵. O Direito, vale lembrar, nasce de um processo de racionalização da vida humana. Igual sorte acomete a responsabilidade, mas esse tema será desenvolvido no tempo próprio.

Paralelo ao Direito, existe o Estado, o qual tem a missão e a intenção de reger coercitivamente a comunidade. O Direito, lembra-se, é apenas uma das formas de regulação de condutas; a melhor delas. O Estado, por sua vez, revela o seu querer por Cartas; genericamente chamadas de leis – ou, ao menos, propõe-se a tanto.

E o cientista do Direito, ao passo em que intenta utilizar-se da força do Estado para fazer valer seus conhecimentos, trabalha com as leis. Para isso, precisa apreender-lhes com precisão o funcionamento e a gênese.

Para o jurista, como profissão ideológica, as leis devem estar subordinadas ao Direito. Para o detentor do poder, consoante sua ética, a lei é a suprema vontade a ser obedecida, para ser exato, a vontade de quem a fez do modo como ficou consagrado no texto, inobstante seus objetivos – do(s) governante(s) – sejam probos ou não, por exemplo.

Inserem-se, assim, de modo inarredável, no conceito de Direito o fato de ser a regulação mais favorável ao desenvolvimento da comunidade e sua necessidade de supremacia.

Por outro lado, no conceito de lei, está envolvida a sua institucionalização. A imprescindibilidade de meios oficiais de exteriorização, através dos quais obtém existência (advogados, juízes, legisladores, códigos, etc)³¹⁶.

E, do movimento dialético desses conceitos, resulta que o Direito precisa ter a lei no seu campo de estudo e que o Estado, por sua vez, deve atentar para as prescrições dos juristas (Estado de Direito). Dizer que o Estado **deve** subordinar-se ao Direito é parcialidade apenas admitida cientificamente para delimitação da realidade de estudo do jurista. Até porque, na verdade, essa última expressão significa tradicionalmente que, ao conduzir-se, o

³¹⁴ SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. **A explicação sociológica**: uma introdução à Sociologia. São Paulo: EPU, 1985. p. 241-3.

³¹⁵ Não significa sob o aspecto econômico-financeiro, mas que não é humanamente impossível.

³¹⁶ Essa idéia é acompanhada do próprio espírito histórico da legalidade. Pois, assim, a vontade legislada adquire publicidade.

Estado deve respeitar as leis, vale dizer, suas condutas anteriores. E isso, antes de se transformar em pressuposto jurídico, é pressuposto político³¹⁷.

Para o nosso sistema jurídico, predominantemente de *civil law*, mais do que o debate sobre a relação entre política e direito, interessará a distinção entre regras e princípios³¹⁸. Pois, a distinção entre argumentos de política e de princípios como fundamento para atribuir direitos e deveres cede à constatação de que os direitos fundamentais implicam um valor não só para o indivíduo que o invoca como também para a comunidade que os concede.

Assume-se, portanto, um caráter político dos princípios. É através deles que ocorrerá o debate social. Se há direitos a serem respeitados é porque em seu nascedouro está uma retórica de princípios³¹⁹. E para isso é preciso conciliar toda uma gama de interesses.

Na sociedade, portanto, vivos, em camadas superpostas, encontrar-se-iam interesses individuais, coletivos e públicos, conforme digam respeito, respectivamente, a um indivíduo isoladamente considerado, a um grupo de pessoas, ou seja um interesse da comunidade **difusamente** considerada.³²⁰ Cada uma dessas camadas representa o somatório da antecedente, de modo que a excessiva valorização de qualquer uma delas implica em prejuízo para as demais.

O Direito, nesse sentido e apoderando-se de lição de Jhering³²¹, é o interesse juridicamente qualificado, vale dizer, protegido pelos princípios jurídicos. Não há direito em afronta aos princípios jurídicos. No final, será definido como “a possibilidade de alguém pretender e exigir garantidamente aquilo que a norma lhe atribui.”³²²

É preciso estabelecer mecanismos legais de restrição de direitos, de modo a assegurar a melhor fruição possível por parte dos cidadãos de toda essa gama de interesses.

³¹⁷ Sobre a distinção entre argumentos de política e de princípio, Cf. DWORKIN. ob. cit., p. 81 e segs.

³¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 63-4. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 144-5.

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**: with a new appendix, a response to critics. Cambridge: Harvard University Press, s/d. p. 85, 90.

³²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**, Recife, n. 6, p. 255-69, 1993, p. 263.

³²¹ Aqui não atacável, cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 247-58.

³²² *Ibidem*.

Os quais, independentemente da esfera em que se situem, sempre são, de certo modo, individuais. Donde o conceito de **dignidade da pessoa humana**.

Essa dignidade seria alcançada pelo respeito aos interesses **constitucionalmente consagrados**. Tal idéia nasce com o catolicismo medieval; podendo sua racionalização inicial remontar aos pensadores da Grécia Antiga, notadamente os estóicos³²³. Os homens são iguais em dignidade.³²⁴ A Constituição de 1988 consagrou-a no artigo 1º, III, sob o título de fundamento, e ela evidencia-se no artigo 5º da Constituição, principalmente no seu § 2º (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”).

Um argumento passível de ser sustentado contra a juridicidade dos princípios é a sua estrutura lógica; nela faltaria referência às variáveis de sujeito e, eventualmente, de conduta. Porém, tal qual a existência da lógica enquanto ciência pressupõe o apego a uma “indeterminação significativa” do objeto qualquer, que é obtido pela formalização,³²⁵ os princípios, enquanto preceitos oriundos do mundo dos fatos³²⁶, apresentam-se como uma desformalização generalizada de preceitos lógicos, todavia, em decorrência dessa transposição, seu raio de atuação aparece limitado pela modalidade do possível³²⁷. Aplicam-se a valorações determinadas (por exemplo, o que veda o enriquecimento ilícito) e em situações específicas podem ser afastados.

Eles não podem ser reduzidos a meros comandos de interpretação das leis, as quais os antecederiam logicamente. São, isso sim, comandos para a qualificação do fato. Apenas nesse sentido, da hermenêutica do fato, não da lei, é que se pode entender tal função. Trata-se de **compreender** o fato com o uso do Direito.

Como a lei vem para classificar, já que seleciona determinados fatos para colocar sob seu jugo, ela restringe ou implementa direitos fundamentais. E como todo direito

³²³ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. c. 1.

³²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. ob. cit., p. 12.

³²⁵ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 59.

³²⁶ Pois, em si, são sentimentos, valores presentes na comunidade – vivos. Em termos de conteúdo, todavia, encerram normas, comandos, portanto, enunciados deônticos.

³²⁷ Dessa forma, aplicam-se apenas às hipóteses passíveis de inserção em seu contexto, e não a qualquer caso.

tem por base um argumento de princípio, ela vem, portanto, para estabelecer o jogo³²⁸ da proporcionalidade.

À questão sobre a extensão dos poderes do legislador, se limitados ou não, segue-se a resposta: a prevalência deste ou daquele princípio é determinada pela Constituição. Vale dizer, por uma juridicidade Constitucional, não por opiniões de ocasião. Isso se for pretendido dar alguma predominância a esse texto dentro da vida social.

Aqui vale uma digressão, se a Constituição é o valor máximo a ser buscado no ordenamento e a proporcionalidade seu modo de se manter, cabe a comparação com o *telos* aristotélico. Para Aristóteles, a felicidade é o bem supremo a ser buscado e, como tal, é bastante em si mesmo, autárquica. Para isso, não tem excessos nem carências, é a justa medida. Portanto, pode-se dizer que a proporcionalidade é autárquica, auto-suficiente³²⁹, sem interesses prejudicialmente exacerbados.

Cooley, citado por San Tiago Dantas, diz que a total independência legislativa seria como o constituinte dizer ao legislador “*you shall not do the wrong, unless you choose to do*”³³⁰. No que toca à isonomia, a última vez que se defendeu tal poder para o Legislativo com apreciável grau de racionalidade foi no século vinte³³¹, na Alemanha pós-Weimar, desde então tendo-se estabelecido paulatinamente a noção de vinculação do legislador³³².

Na medida em que a aptidão mental para produzir juízos jurídicos não é exclusiva dos ocupantes de apenas uma das funções do Estado, antes, alastra-se por todas, e dada a grande vinculação política existente entre o Legislativo e o Executivo – a qual precisa ser contrabalançada para evitar os daninhos efeitos da comum identidade física dos ocupantes dos cargos desses órgãos em curto período de tempo – vê-se que o erro jurídico por não

³²⁸ A palavra é aqui empregada para significar não apenas um embate, o que sem dúvida ocorre, mas um conjunto de posições e padrões preexistentes.

³²⁹ Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. S/ trad. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 125-6. (Os Pensadores)

³³⁰ DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: _____. **Problemas de Direito Positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1953. p. 37-64. p. 45: “Você não deve fazer o errado, a não ser que você escolha fazer.”

³³¹ Ou no longínquo século vinte, dependendo da data em que este texto alcance o leitor.

³³² BONAVIDES, Paulo. A isonomia em face dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal. In: _____. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 127-44. p. 130.

aplicar uma regra em detrimento de um princípio é o mesmo por subestimar este, inclusive em relação aos efeitos ditados por eventual decisão judicial³³³.

4.3 LEGISLAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O EXERCÍCIO DA GARANTIA

É incorreto dizer que determinada restrição jurídica ou a equivalência de relações efetuada pelo Poder Público respeitaria a proporcionalidade apenas porque se "adequaria" ao que prediz eventual comando legal, já que ele de modo "x" determina. Uma simples análise revela que essa "adequação" não é a mesma do subprincípio da proporcionalidade (o da adequação entre a conduta e o objetivo visado). Antes é uma confusão com o princípio da tipicidade e um reforço da legalidade, que não são nem suficientes nem excludentes de outros mecanismos de defesa da cidadania, afinal, podem dar margem a arbitrariedades quando isolados. Isso respeita o já exposto no início do capítulo sobre o garantismo.

Repita-se, optar pelo que a lei diz não é, necessariamente, respeitar a proporcionalidade, mas exercício mental que pode resultar, em função do "paternalismo dogmático" (Cláudio Souto), numa incapacidade de justificar as próprias opções. É simples reconhecimento de tipicidade lógico-jurídica.

Dizer que a conduta está ou não em acordo com a lei é mera verificação da realização ou não do enunciado protocolar. Nada diz sobre a sua constitucionalidade. Salvo na hipótese de uma tipificação que levasse em consideração todo o encadeamento normativo do sistema. Infelizmente, no cotidiano jurídico, há um forte apego à lei quando esta é incisiva num comando e o princípio constitucional não lhe é expressa e diretamente vinculado.

Na verdade, essa posição é repelida pelo sistema brasileiro. Num controle difuso da constitucionalidade, o juiz a aprecia no caso concreto. Até porque, em regra, é a este que seus poderes são limitados.

³³³ Para uma análise dos argumentos contrários à idéia de proporcionalidade, v. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 363, 382, 389-94.

Entende-se que a lei representa a supremacia da vontade popular, mas, tal qual ocorre com um Decreto e com a coisa julgada, não é uma outorga de poderes ilimitados³³⁴. Não é porque a lei não foi declarada inconstitucional em tese – ou seja, à parte a discussão de suas repercussões individualizadas, que o magistrado sujeitar-se-á a repetir suas palavras, como se fosse uma reta proporção divina³³⁵. Numa posição que se assemelha ao pensamento de Kelsen adaptado ao caso brasileiro.

Para garantir essa supremacia constitucional foi preciso para o sistema inglês, na ausência de um texto expresso, buscar um método que assegurasse limites ao legislador ordinário. Foi o que se denominou de *law of the land*. Inicialmente sendo um norte para o legislador, veio depois a alcançar o administrador. Era o surgimento do *due process of law*.³³⁶

Como o Constitucionalismo nascera sob o signo da judicialidade, pois tratava-se de dar garantias ao indivíduo perante os Tribunais – como o *habeas corpus* e o juiz natural, ocorreu a bipartição entre o processo judicial e o de tomada de decisões em geral; era preciso controlar o Poder Público. Assim, pode-se falar em um devido processo legal processual (*procedural*) e substantivo (*substantive*), respectivamente.

Porém, enquanto que o texto brasileiro de 88 consagra, mais diretamente em seu artigo 102, o Judiciário como guardião da constitucionalidade, para o sistema inglês essa tarefa incumbe ao legislador³³⁷. Essa tarefa do Legislativo resultou culturalmente do princípio da Supremacia do Parlamento, o qual tem conseguido se manter ao longo dos séculos. Para um povo que sempre obedeceu a reis, nada mais revolucionário do que a idéia de representantes eleitos.

Nesse pensar, é natural que a proporcionalidade seja um juízo estabelecido pela lei. O julgador e o legislador a ela se submetem não por se limitarem a ser "a boca que

³³⁴ Popularmente, dir-se-ia que não é uma "carta branca" ou ainda um "cheque em branco".

³³⁵ O que representaria mesmo intromissão do Legislativo no Judiciário, autorizada por este (!), pois é a ele que cabe a guarda da constitucionalidade.

³³⁶ DANTAS, F. C. de San Tiago. ob. cit., p. 42.

³³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 46-7.

pronuncia as palavras da lei"³³⁸, mas porque ela representa o espírito da lei da terra. Sistema, portanto, que difere do nosso³³⁹.

Serão subprincípios da proporcionalidade o da adequação, o da exigibilidade (meio mais suave) e o da razoabilidade ou da proporcionalidade em sentido estrito (máxima do sopesamento)³⁴⁰.

Corroborando o que foi exposto, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinou o procedimento administrativo da seguinte forma:

Art. 2º. (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; [...]

IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

O Código de Processo Civil já antecipava isso quando se refere à execução patrimonial; a ser procedida do modo menos gravoso para o devedor³⁴¹. Essa idéia na execução tem seu surgimento ligado à execução patrimonial, quando a mesma deixou de incidir sobre todo o patrimônio do devedor, como forma de coagi-lo ao pagamento, e passou a incidir apenas sobre a quantidade suficiente para o pagamento da dívida.

³³⁸ V. nota 54.

³³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 79-80: "Não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio de proporcionalidade de um outro qualquer, como o do Estado de Direito e aquele deste derivado, o da legalidade."

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 360-1. GUERRA FILHO. ob. cit., p. 66-8. MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 83: "afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (*inexigibilidade*), inadequação (*falta de utilidade para o fim perseguido*) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (*desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido*)."

³⁴¹ CPC 620: "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor." CPC 692: "Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil."

4.4 OBJETIVOS: APLICAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 pode seguramente ser denominada de “principlológica”. Não só pelo quadro histórico em que está inserida, mas por todo o seu corpo analítico estar dominado por disposições de princípio.

A começar pelo artigo 4º (princípios da República Federativa do Brasil nas relações internacionais), depois, pelo artigo 5º, § 2º. Há o artigo 37, com os princípios da Administração Pública. Ainda, os artigos 25, 29, 32 e 125, complementados pelo artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecem a observância dos preceitos da Constituição Federal pelos equivalentes dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; e da dos Estados pela Lei Orgânica dos Municípios.

Depois, o artigo 170 traz os princípios gerais da atividade econômica. Mais além, a ordem social traz os princípios da educação nos artigos 206 e 207 e os da comunicação social no artigo 221. Isso apenas para ficar nos princípios explícitos no texto constitucional, sem leituras interlineares, as quais, certamente, revelariam uma gama infinita de valores constitucionalmente preservados.

Afora esses, há ainda os princípios da exploração nuclear (artigo 21, XXIII), os sensíveis do artigo 34, VII, os da magistratura (artigo 93) e os do Ministério Público (artigo 127, § 1º). Os princípios gerais do sistema tributário nacional (artigos 145 a 149), para a radiodifusão (223), planejamento familiar (226, § 7º), proteção especial da criança e do adolescente (227, § 3º, V) e venda de combustíveis (238).

Sem dúvida, um extenso rol, o qual faz par com o de direitos fundamentais do mesmo texto. Se devidamente manejado, é um arsenal dogmático que muito tem a contribuir com a concretização constitucional brasileira. Por outro lado, faz com que seja imprescindível o conhecimento da teoria dos princípios para se poder trabalhá-lo.

Todavia, de nada adiante falar em princípios sem um objetivo específico: concretizar a ordem jurídica. Sua finalidade é tornar possível o relacionamento fatos-normas. Celso Bastos bem define esse caráter quando coloca como uma das funções dos princípios constitucionais influenciar na concretização do ordenamento (função construtiva e

prospectiva³⁴², além da ordenadora, da auto-executoriedade e integradora). Luís Roberto Barroso fala na imperatividade da norma constitucional³⁴³. Tema também explorado por Fabiano Mendonça³⁴⁴, ao referir-se ao fato de que a norma busca conciliar sentimentos com o objetivo de interferir no movimento social.

O direito à prestação jurisdicional irá se beneficiar das regras e princípios de eficácia dos direitos individuais e meta-individuais presentes na Constituição. Principalmente, na idéia de proporcionalidade, a qual é ínsita à definição de Poder de Polícia que nos oferta o Código Tributário Nacional Brasileiro (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966):

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse, ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Essa definição tributária, para ser utilizada nos fins aqui propostos, merece reparos no sentido de se entendê-la em primeiro lugar limitada pelos preceitos constitucionais. Ou seja, o poder de polícia não é ilimitado, antes subordina-se a toda uma estrutura constitucional. E em segundo lugar para incluir outros valores trazidos pela Constituição, como a moralidade, a educação, a qualidade de vida, etc. Tudo isso em prol de uma concepção constitucionalmente mais atual do termo “responsabilidade”.

³⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 139-40: “os princípios procuram ganhar uma aplicabilidade cada vez maior, destilando o seu conteúdo por diversos setores da vida social.”

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 152-3.

³⁴⁴ Fabiano André de Souza MENDONÇA, ob. cit., p. 39-42.

5 A ESTRUTURA LÓGICA DA RESPONSABILIDADE E SEUS EFEITOS

5.1 AINDA OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE: a via repressiva

Antes de se prosseguir e de posse dos elementos principiológicos, é preciso reforçar o trato dos pressupostos e, mais, aprofundar alguns aspectos.

A observância de uma situação concreta pode bem auxiliar na compreensão, sedimentação e aperfeiçoamento das idéias aqui defendidas. Em Direito Administrativo, por exemplo, pode-se aventar a possibilidade de dano moral, que caracterizasse responsabilidade do Estado. O que exigiria solução adequada ao caso concreto, com observância do interesse público e da proporcionalidade.

Pode-se imaginar parte autora que julgue ter, comissão disciplinar, operado indevida exposição pública da sua imagem. Tem-se, aí, elementos como o dano imaterial e o direito punitivo por parte do Estado, mais, uma atividade lícita.

Essa é uma das situações em que a parte magoada em seus sentimentos por uma conduta subjetivamente desagradável de outro, como mecanismo de defesa psicológica, passa a ver o seu problema superdimensionado. É como se todos soubessem do fato e criticassem-no duramente, enquanto que a parte é, muitas vezes, a maior divulgadora do problema.

Essa, a primeira constatação: a parte não pode beneficiar-se daquilo a que deu causa.

Refere-se ao nexu causal. Esse não é meramente uma verificação de relacionamento entre o prejuízo e o ato de um sujeito de direitos, mas a **presença de um sentido na relação**, a qual não é aleatória:

$$S' \rightarrow S''$$

O ato de S' atinge S'' por intermédio de uma conduta-objeto que os comunica.

Portanto, apenas na medida em que o dano proveio de uma interferência, no caso mental, no patrimônio jurídico de outrem, é que se justifica falar em nexo causal. É preciso verificar se a contribuição para o dano não advém da própria parte.

Afinal, todos estamos constantemente reagindo em relação aos fatores externos. Porém, a intensidade dessa reação varia de pessoa para pessoa e depende do modo como a mesma interprete como correta a atitude tomada.

Para se considerar como uma desagradabilidade proveniente do meio externo é preciso que seja de tal monta que a parte seria incapaz, por si, de provocar tal disforia emocional. Além disso, é preciso um estímulo acima dos padrões de regularidade que represente contribuição psíquica maior ao estado emocional da parte.

Desse modo, têm-se os seguintes elementos, em modo resumido³⁴⁵, a serem analisados para a configuração da responsabilidade do Estado:

- a) conduta de agente público, dirigida a;
- b) patrimônio jurídico de sujeito de direitos, que;
- c) ocasione dano;
- d) verificado ser oriundo daquela conduta (nexo causal).

E, sobre o dano, é preciso antes atentar para o fato de que:

Não se foge, em matéria de indenização, à afirmação de que o dano passível de invocar a responsabilidade do causador deve consistir em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de alguém. Não basta, pois, para caracterizá-lo, a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém.

Deflui desse raciocínio que a conceituação de lesão não se cinge à natureza do bem jurídico ofendido, exigindo, também, que a ordem jurídica o reconheça como um direito do lesado.

O bom senso explica a assertiva, negando a possibilidade de reparação de dano apenas fruto do subjetivismo do ofendido, sem qualquer amparo de ordem legal.

[...]

O direito do lesado é às vezes sufocado para proteção de interesse maior do Estado ou da coletividade.³⁴⁶

³⁴⁵ Cf. tópico 3.5.1, para visão mais detalhada do tema.

³⁴⁶ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. p. 113-4.

E, no processo disciplinar – idéia ora analisada –, busca-se, precisamente, atender aos princípios de moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência do exercício da Administração Pública.

Não será diferente o magistério de Cretella Júnior: “Não há responsabilidade sem prejuízo. O prejuízo ocasionado é o dano. Em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato [...]”³⁴⁷

O dano é a lesão –ou prejuízo – juridicamente qualificada. Dir-se-ia que é a lesão injusta. Do dano se origina a responsabilidade em sentido estrito, que é, isso sim, a via reversa colocada à disposição do sujeito pelo Estado para dar cumprimento à relação jurídica originada pelo dano. Possui ela o sentido inverso daquele anteriormente demonstrado.

$$S' \leftarrow S''$$

É uma “reação” de modo a obter repressão³⁴⁸. Instituto que pode bem ser entendido pelo desenvolvimento que os estudiosos da seção penal do Direito lhe ofertaram. Até porque em origem eram imbrincadas e não houve separação ontológica que desmereça a colocação.

A repressão por meio da responsabilidade civil visa a, dessa forma, gerar uma prevenção geral (exemplo para a sociedade), especial (reeducação do sujeito de direito) e retributiva (a conseqüente diminuição patrimonial do responsável).

Deve haver via repressiva a ser estabelecida no sentido Ente Público → Parte, com a existência de bem jurídico lesionado.

Entenda-se, é possível até se dizer que a parte sofreu lesão, mas essa lesão precisa ser qualificada como um direito.

Se o direito se constrói no caso concreto, e se as limitações de responsabilidade operam nessa subsunção do fato à norma (qualificação jurídica da realidade), é de se entender que há situações onde não surge o direito em razão do choque de princípios. O exemplo da

³⁴⁷ **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8. V. p. 45, *retro*.

³⁴⁸ BAPTISTA, Sylvio Neves. Ensaio sobre a teoria do fato danoso. **Revista da ESMAPE**, Recife, v.1, n.2, p. 181, nov., 1996.

honra para o tema é clássico, como obstáculo para o exercício de direitos que poderiam, potencialmente, lesioná-la.

Da mesma forma, onde há situações em que atitudes legalmente perfeitas da Administração devem ceder espaço para a individualidade quando lhe ferisse desarrazoadamente a honra, o inverso também é possível. Há momentos, como no processo penal, no exercício de cargos públicos em determinadas situações, que, com certos limites, a imagem deve ser exposta.

E com relação a dano moral pela angústia na demora de um processo – respeitada a importância do objeto –, em regra, dá-se um fenômeno capaz de repetição autônoma nos mais diversos eventos, jurídicos, esportivos, morais etc. A ansiedade aí cede espaço para uma aplicação correta da legislação. O açoitamento não condiz com a boa solução de um caso. Seria preciso provar benefícios que poderiam ser obtidos pela Comissão com a demora do processo ou prova ou alegação de inimizade pessoal; sem prejuízo da apuração de responsabilidade administrativa pelo excesso de tempo decorrido para a solução do processo, nos moldes previstos nos regimes jurídicos. Mas, se o processo é regular, é direito da parte estar nele para defender seus direitos.

Em termos forenses e processuais seria a questão da sucumbência como pressuposto subjetivo do recurso.

Por outro lado, é possível uma carência de recursos humanos no Poder Público. Não que isso seja desculpa para não responsabilizar, o que está assentado desde o caso Blanco ocorrido na França do século passado. Mas é o suficiente para mostrar que, na verdade, houve um esforço por parte dos que compõem a instituição para promover a melhor apuração do caso sem prejuízo das demais funções do órgão.

O servidor da Administração Pública, só por ter de ser fiel à legalidade, não tem o dever de ser desprovido de qualquer traço de capacidade intelectual. Ele não pode ser conivente com irregularidades. Disso dá idéia o próprio fato de que a instauração de Comissão Disciplinar é um ato de ofício.

Aliando a isso o princípio da informalidade que domina os procedimentos administrativos, vê-se que o grande dever é apenas o de respeitar o contraditório e evitar práticas abusivas.

O procedimento penal ficaria obstaculizado com irresignações desse tipo. O processo é, em verdade, uma conquista da democracia e do cidadão, com autos claros e

seguros, onde se pode estabelecer razoavelmente o contraditório.

Se não fosse possível fazer a apuração disciplinar, só restam duas hipóteses: ou a kafkiana punição sumária ou a impunidade generalizada.

Os prazos são para a otimização da burocracia administrativa e para evitar favorecimentos pessoais. Esses são os pontos que devem ser observados para responsabilizar o Estado em hipóteses como tais.

Essa análise da via repressiva encontra fundamento na exposição de Zanobini, quando assevera que não basta, para a configuração da responsabilidade do Estado, a ilegitimidade ou a irregularidade do ato, mas é preciso que se configure um evento danoso. Pois, é possível não ocorrer dano do ato inválido e mesmo haver reparação por ato lícito. Isso se dá porque a responsabilidade estatal é **guiada por um princípio de justiça distributiva segundo o qual deve ser evitado o dano injustificado e não igualmente repartido entre todos os cidadãos**³⁴⁹. Essa reparação todavia, limitar-se-ia ao plano reparatório, enquanto que um particular causador de dano poderia ainda sofrer injunções administrativas e penais.

5.2 ANÁLISE CLASSIFICATÓRIA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O fato de se viver numa sociedade complexa não significa que devam ser abortadas as perspectivas racionais - matemáticas - de sua compreensão. Sua insuficiência não pode levar à equivocada concepção de destruição do que já foi construído. O passado faz parte do presente na medida em que este confirma e amplia ou corrige suas lições, mas sempre aproveitando o conhecimento obtido; para que alguém altera seu estilo de vida é preciso existir um estilo diferente.

Assim, para se bem compreender a questão da responsabilidade, é preciso fazer uso da lógica jurídica. Por esse prisma, vê-se que a responsabilidade, malgrado sua

³⁴⁹ ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 8. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v.1: principî generali. p. 335-6.

formulação leiga³⁵⁰, é fenômeno tipicamente de causalidade jurídica - imputação.

Quando se observa o texto normativo - linguagem do legislador - não se está condicionado a ali verificar-se a expressa afirmação apofântica ou construção gramatical imperativa que conduza à responsabilidade. A tipificação da responsabilidade, enquanto subespécie da nulidade³⁵¹, é inerente à construção da normatividade jurídica.

Para isso, é possível, em comportamento não-natural, proceder-se a um isolamento temático – artificial – do objeto-do-conhecimento. Numa atitude contextualmente dirigida e por abstração, o objeto é seccionado nos seus diversos elementos, para, então, aprofundar a análise em um ou alguns delas. "Esse prescindir de algumas, ou de todas, menos uma, das partes de um todo importa numa operação - a *abstração*." Já o processo de formalização sai desse plano físico³⁵².

Então, classificar representa selecionar objetos e rotulá-los de acordo com tipos pré-estabelecidos. "Um tipo é uma figura conceitual genérica provinda da unificação de certos traços de um objeto, considerados permanentes nas variações que este apresenta, e considerados suficientes para fornecer deste objeto uma caracterização válida."³⁵³ "Esses tipos não existem na realidade mas parecem inevitáveis ao funcionamento do pensar humano", são generalizações lingüísticas utilizadas pelo ser humano para relacionar-se com o meio ambiente.³⁵⁴

Sempre é salutar lembrar que o Direito, ao contrário do que alguns profissionais do foro - a título de registro - mal informadamente dizem, não prega seu divórcio da Justiça (e, conseqüentemente, da realidade social); o que seria pregar a sua própria inexistência ou irrelevância.

Devido ao seu caráter seletivo e valorativo, a classificação das categorias jurídicas assume importante papel não só para desvendar caminhos como para elaborar novos conceitos jurídicos. Sobre o tema, assim já se expressou Carnelutti: "A comparação entre os objetos e, por conseguinte, entre as imagens, leva-nos a comprovar que entre eles há alguns

³⁵⁰ Cf. c. 2.1 ("bilateralidade").

³⁵¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 313. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**; v.2: bens, fatos jurídicos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 193.

³⁵² VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 17-9. (Col. Jurídica, n. 10)

³⁵³ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 7.

³⁵⁴ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 193-4.

que têm certa qualidade idêntica ou comum, e outros não. [...] Classificação quer dizer apenas distribuição dos objetos em grupos homogêneos [...] se a observação não vai seguida da classificação, não serve para nada.”³⁵⁵

Após a exposição da matriz da responsabilidade sob o prisma normativista kelseniano, fica evidenciado o seu caráter repressivo e de penalidade material.

Outrossim, mostra-se importante a classificação em separado das diversas normas a reger a situação: uma de caráter executivo-administrativo³⁵⁶, oriunda da decisão judicial - e que consagra o princípio do monopólio estatal da Jurisdição - e outra que rege a relação jurídica de direito material.

Lourival Vilanova bem explora essa colocação ao demarcar as manifestações das relações jurídicas de direito material e de direito processual.

Assim, vamos flagrar um determinado tipo de responsabilidade: aquela, como já exposto, que consagra uma via repressiva à violação de um direito. Ou seja, uma nova obrigação jurídica (comumente em sentido social de retaliação) – oriunda, por sua vez, de outra norma, a que veda a violação daquele direito – a qual surge do ato ilícito (que em origem pode ser lícito perante outra norma, mas **perante a que gera a responsabilidade é ilícito**, não desejado pelo ordenamento, de modo a configurar dever jurídico em sentido contrário).^{357 358}

³⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. Trad. por Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2000. p. 57-8. V. também, c. 2.3.1, nota 154.

³⁵⁶ “Ato por meio do qual o Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, transfere algum valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, para satisfação de uma pretensão a este reconhecida e declarada legítima pela ordem jurídica” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**; v. 2: Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 25). “A *ação executiva* é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*). No definir títulos executivos e em apontá-los, o direito material reputa-os suficientes para começo de execução (cognição incompleta). É comum às sentenças condenatórias que passam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo *lex specialis*” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, § 25, 2, e. p. 135-6).

³⁵⁷ Relativo a esse fenômeno: “[...] a norma jurídica total tem composição dúplice: norma primária e norma secundária. Na primeira, efetivada a hipótese fática, *i. e.*, dado um fato sobre o qual ela incide, sobrevém a relação jurídica, com os necessários termos-sujeitos, com pretensões e deveres reciprocamente implicados. Na segunda, a hipótese fática de incidência é o não-cumprimento do dever do termo-sujeito passivo. Ocorrendo o não-cumprimento, dá-se o fato cujo efeito (por isso o não-cumprimento é fato jurídico) é *outra* relação jurídica [entre autor e juiz e juiz e réu], na qual o sujeito ativo fica habilitado a exigir *coativamente* a prestação, objeto do dever jurídico.” (VILANOVA, **Causalidade...**, p. 192)

³⁵⁸ E, em pertinente observação acerca da formação da relação jurídico-processual, conseqüente da norma secundária, prossegue o citado professor (ob. cit., p. 201): “Há a abstrata e potencial titularidade ativa processual do sujeito, como há a abstrata e potencial titularidade passiva do Estado, através de seu órgão-juiz, da prestação de tutela jurisdicional. [...] Satisfeitos os pressupostos e as condições do exercício do direito de agir, e

E, para que isso ocorra, é preciso que haja um direito violado. O qual tem nascedouro na proteção conferida pela ordem jurídica a determinado interesse.

No relacionamento entre regras e princípios, estes, devido ao seu caráter basilar, valorativo e de legitimação do ordenamento³⁵⁹, determinam, em última instância, a licitude do ato. Apenas na medida em que neles a conduta encontre amparo poderá ser taxada de lícita, independentemente da conformação a comando de lei; cuja validade já decorre daqueles.

Então, há uma constelação de interesses permanentemente em conflito dentro da sociedade, os quais podem ser sintetizados em três tipos: individuais, coletivos e públicos^{360 361}. São entrelaçados de tal maneira que não há como atender um sem deixar de atender aos demais. Por outro ângulo, ao atender um, automaticamente parcela dos demais também é atendida.

Não há interesse público que não represente algum interesse individual (ex., o asfaltamento de uma rua). E, quando a ordem jurídica confere determinado direito a alguém, é porque há um interesse público em que tal ocorra. Mas quando se vence uma demanda contra o Poder Público, o próprio vencedor também é perdedor³⁶².

pressupondo-se a competência do órgão, tem-se o *suporte factual*, do qual resulta o efeito: a relação jurídico-processual.” É de se notar que, nas ações contra a Fazenda Pública ou movidas por esta não há formação de relação jurídica entre Estado-juiz e parte ré – ou autora – quando forem a mesma pessoa jurídica, mas um litígio direto entre o particular e o Estado, com o dever de observância de determinados ritos procedimentais por parte deste, como se outra parte fosse, em nome do respeito ao patrimônio público.

³⁵⁹ Os princípios são valorações. E valorações são desejos acerca de como algo deve ser. Ou seja, são sentimentos sobre como se acha que algo deve ser. Surgem, assim, na sociedade e ao passar a ser a norma social de determinado grupo que tenha condições de impô-la aos demais grupos na forma de lei, torna-se princípio jurídico. O positivismo e formalismo dessa concepção apenas é amainado quando se observa que representam uma abertura para a busca do sentimento social acerca do tema e quando se nota que na sociedade não há escalonamento de normas, ou são ou não são jurídicas; e dentre elas há aquelas cuja difusão é maior, amparadas por um sentimento que precisa passar pelo crivo da juridicidade social (positivo para o progresso da sociedade).

³⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**, Recife, n. 6, p. 255-69, 1993, p. 263.

³⁶¹ Não há prejuízo na classificação dos interesses difusos – públicos – e individuais homogêneos – coletivos.

³⁶² V. p. 51. Lucidamente, FERRAZ, Sérgio. Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 53-4, p. 38-43: “O Estado não atua pensando em si, mas pensando na coletividade que o criou. Quando a Fazenda Pública comparece em juízo, na verdade, não se está em face de iguais. [...] Ele está comparecendo em juízo levando consigo toda uma carga de interesse público, toda uma carga de interesse coletivo, que é a própria razão de ser da sua existência. Inclusive se podemos figurar na relação processual como adversários do Estado, no final das contas, ao menos indiretamente, somos interessados também naquilo que venha ser obrigado o Estado a cumprir, em razão do ditame judicial. De alguma maneira seremos atingidos, mesmo se vencedores [...]” (p. 42). Por mais que se veja o desvirtuamento muitas vezes empregado pelos detentores do poder político ao sentido dos atos estatais, é preciso se ver que a sociedade não pode avançar com um excesso burocrático que inverta a presunção de inocência. O ordenamento tem de

No momento em que a ordem jurídica protege um interesse, entrega direito a uma das partes (ou uma situação subjetiva na concepção de Carnellutti) e a outra permanece com mero interesse, sem gozar de garantia jurídica tutelada pelo Estado.³⁶³

Portanto, se a ordem jurídica não protege determinado interesse, ou seja, se os princípios não lhe dão prevalência face a outros interesses, então não há direito a ser protegido. Vale dizer, se não há direito violado, não há responsabilidade a ser invocada.

Esses aspectos teóricos adquirem contornos mais nítidos quando se observa sua aplicação prática, como no caso do comerciante que tem seu empreendimento arruinado pela decisão do Poder Público em promover reformas na via pública onde se encontra o estabelecimento. É certo que vários fatores irão influenciar na questão, como, por exemplo, a duração determinada ou não da obra, o desvio da finalidade pública com o objetivo de prejudicar particular, a inobservância de prioridades ou de normas específicas, entre outros, os quais exigiriam conhecimento de caso concreto e bem poderiam alterar o jogo de proporcionalidade estabelecido. Mas, para a elaboração teórica aqui em questão importa a idealização dos fatos e os elementos que influenciam para o Direito.

Assim, vamos descobrir que há uma subdivisão na responsabilidade do Estado maior do que a comumente indicada na dicotomia classificatória comumente utilizada de Responsabilidade por ato lícito e responsabilidade por ato ilícito.

A distinção vai além da diferença em relação ao ato praticado e o cálculo do *quantum* indenizatório³⁶⁴. Na verdade, é uma distinção de essência que influencia diretamente nos efeitos a serem observados no equacionamento jurídico do problema.

Quando se fala em responsabilidade do Estado por ato lícito (responsabilidade

reconhecer o problema mas ser contruído idealmente, para poder encontrar respostas, caso contrário, sucumbirá ante a mesma contaminação.

³⁶³ Benedito HESPANHA (**Tratado de Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1) principia relatando que o ser humano, no contato relacional com o outro, organiza-se e organiza o seu exterior, em referência ao outro, diz que o Direito “completa” essa realidade (p. 6-7). Daí a necessidade, impulsos orgânicos, “como o homem pode crescer na condição de indivíduo e de membro do grupo social, as necessidades se lhe apresentam sob dúplice faceta: de necessidades individuais e de necessidades sociais” (p. 7) e, “em sentido jurídico, é a falta de bens precisos e de relações jurídicas precisas para a vida” (p. 8). Da necessidade jurídica advém o interesse jurídico, relacional, que “é a posição favorável de determinado indivíduo numa relação jurídica para a satisfação da necessidade de um bem tutelado pelo Direito.” (p. 10) Todavia, no presente estudo, a palavra interesse é utilizada num plano extrajurídico. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, essa necessidade é a “insatisfação” em relação à posse de bens e que está na base dos conflitos sociais (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 23-5).

³⁶⁴ Cf. TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Livraria Editora de Direito, 1996. p. 95.

sem culpa – a designação “objetiva” também abrange o ato ilícito), isso quer dizer que o Estado não violou direito algum. Afinal, se lhe era permitido praticar algum ato em prol da comunidade mas em detrimento de um particular (seja expresso por lei - a lei já traz o dano - ou por risco) é porque o jogo dos princípios resolver-se-ia em seu prol.

Assim, se não há direito violado, também não há que se falar em responsabilidade. Para tanto, seria preciso uma norma que determinasse a necessidade de reparação na ocorrência de atitude lícita; o que seria um contra-senso.

Principalmente, se observado o prisma da responsabilidade extracontratual, onde seria inadmissível estipular responsabilidade pelo respeito ao ordenamento. Na responsabilidade contratual - e a lei expressa é desse tipo, pois é um contrato do Estado com a sociedade³⁶⁵ - pode-se falar em dano - ilícito - oriundo de atividade lícita. Mas aí novamente volta-se a falar em conduta ilícita extracontratual, pois o Estado cumpriu seu ato, o dano é que era vedado.

Na verdade, o que existe em tais casos é a imposição de verdadeira condição ao Estado para a prática do ato, como a dizer: pode praticar, desde que indenize.

Visto que a obrigação de indenizar não é decorrência da prática de ilícito, já que a conduta do Estado pautou-se pelas normas, ou seja, pela observância de suas responsabilidades (para alguns, o poder-dever³⁶⁶), donde não se pode falar em responsabilidade, pois não se pode dizer que alguém tem um direito de adotar determinada conduta, mas se o fizer será punido³⁶⁷. Seria como dizer que uma criança pode escolher seu presente de Natal, mas se o fizer ficará de castigo.

O que há é o estabelecimento de uma condição para a prática de determinado ato, como um preço; o que habilita a vinda à tona da analogia, de caráter, diga-se, publicista, de que não se pode revelar abusivo. Surge uma norma de **garantia** paralela, segundo a qual o Estado pode praticar a conduta, mas **se** o fizer, **então** (deve ser) ficará obrigado a determinada prestação, passível de exigência judicial.

³⁶⁵ Cf. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, jan/mar, 1997. *passim*.

³⁶⁶ Em verdade, são termos antitéticos e separados, consistindo em realidade bipartida juridicamente, onde há possível incidência de duas normas, uma prescrevendo um conduta e outra, de **garantismo legal**, onde se prescreve uma possibilidade de estabelecimento de relação punitiva pela inobservância daquela conduta - ou seja, o mesmo mecanismo da responsabilidade.

Essa é uma exposição teórica - para o trabalho do Direito por juristas - mas fica clara sua adoção no Direito Positivo Brasileiro com a simples observância do que determina a Constituição Federal em seus artigos 5º e 184 (desapropriação precedida de justa indenização), quando possibilita a desapropriação - jogo de proporcionalidade em prol do interesse público -, onde não se discute a licitude de tal ato, desde que observados todos os parâmetros constitucionais e legais atinentes ao tema, o qual anula o direito de propriedade do particular e o coloca à disposição do Estado. No caso, sob pena de nulidade - requisito formal e substancial previsto no ordenamento - deve haver prévia e justa indenização em dinheiro.

Quem coloca essa obrigação? Decorreria do princípio da adequação? Pois, se o Estado pode adotar conduta menos gravosa perante o cidadão, então, fica obrigado a ressarcir a lesão causada na hipótese de adotar meio mais gravoso. Logo vê-se que não, pois o que extrapola ao adequado é ilícito e, assim, responsabilidade estrita; figura diversa do pagamento em decorrência de ato lícito.

Também, não é uma avaliação subjetiva da responsabilidade, já que não se pergunta o porquê não adotou conduta diversa. Mas, apenas, objetivamente, se poderia.

Como se fala de responsabilidade pública, será utilizada, para fins de entendimento a teoria da responsabilidade já desenvolvida nos campos penal e tributário, ambos com forte vinculação à Teoria do Direito.

A prescrição da Constituição de 1988 é que, em não sendo observado o requisito da indenização prévia, o ato é nulo (inobservância de forma, objeto ilícito ou agente incapaz), por não ter observado as formalidades prescritas. Vem a preencher, assim, o tipo da nulidade. Pois, no caso, o que legitima a indenização **não é uma norma procedimental de garantia**, mas a **infringência do comando que determina a invalidade do ato danoso que lesiona o patrimônio individual considerado**.

A norma determina, que a lesão seja acompanhada (ou previamente - precedida - ou posteriormente - sucedida) de indenização. **A responsabilidade em sentido estrito passa a existir, na verdade, com a prática de um ato inválido, a saber, a inobservância desse requisito**.

E, se é um requisito que é inobservado, a invalidade é do tipo da nulidade,

³⁶⁷ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 540: para impedir uma conduta, o Estado pode: proibí-la (fato ilícito) ou usar um tributo de caráter extrafiscal, “proibitivo”.

combinada com a ilicitude^{368 369 370}. Assim, é um ato do qual dimanam obrigações reparatórias e, ao mesmo tempo, cujos efeitos, no que depende da observância das circunstâncias da situação sob análise e da possibilidade física de sua reversão, passíveis da declaração de nulidade. Apenas com a observância do caso concreto é que pode a norma cristalizar-se.

Se fosse o caso de existir possibilidade de conduta menos gravosa com identidade de fins, a hipótese seria de ilicitude (=responsabilidade).

O penalmente punível seria, assim, chamado de lícito ou de ilícito. Lícito seria o protegido pelo ordenamento e ilícito o desprotegido, não significa estar previsto em normas. Isso é o juridicizado.

Já em sentido estrito, o ilícito é modalidade particular de invalidade.

Dessa forma, pode-se dizer que a conduta que realiza o tipo jurídico-penal não

³⁶⁸ Lourival VILANOVA, **Causalidade...**, p. 313: "Há, em nosso direito positivo, três subclasses de invalidade: a) atos nulos; b) atos anuláveis; c) atos ilícitos, em decrescente gradação". Pontes de MIRANDA, **Tratado**, p. 193: "Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por êle, há ilicitude." (fato jurídico ilícito) Essa é a ilicitude *lato sensu*, ou atos contrários a direito, no dizer de Pontes de Miranda, mas nem de todo ilícito é gerada a obrigação de indenizar, que também pode decorrer de fato lícito. Do ilícito poderia exsurgir nulidade ou perda de direito, pretensão ou ação (*ibidem*, p. 201). Ainda, para Vilanova (*ibidem*, p. 303-4), o sistema jurídico é dividido em válido e inválido, dentre os fatos juridicizados, e há fatos que não geram causalidade jurídica (ajurídicos). O ilícito é contrário à juridicidade, é o não-jurídico, é contrariedade à norma, tipificada e capaz de gerar efeitos jurídicos. Vê-se que a classificação de Lourival Vilanova é complementada pelo raciocínio de Pontes de Miranda (o que o próprio autor anuncia no início de seu trabalho, p. 12). Há equivalência entre a noção de ilícito *lato sensu* e invalidade, sendo este um aspecto lógico e aquele um dado valorado. O modo como o autor trata a invalidade de lei, de modo absoluto, leva à sua classificação como nula (ao menos a partir da declaração, no sentido Kelseniano da anulabilidade natural do ato normativo) e ineficaz normativamente (p. 12). A classificação da invalidade dirige-se mais aos atos de vontade executores de normas (MIRANDA, *ob. cit.*, p. 206, aponta a vinculação de sua ocorrência à idéia de culpa, no que chama de ilícitos relativos, caducificantes e anti-eficaciais). A ilicitude, em sentido estrito, seria, portanto, quando há ação ou omissão violadora do ordenamento jurídico que acarrete prejuízo moral ou material (CC 159, NCC 186; MIRANDA, *ob. cit.*, p. 202-4: "o ato entre como ilícito *stricto sensu* no mundo jurídico se dêle deriva dever de indenizar").

³⁶⁹ "Um fato é jurídico *na medida em que* uma norma a ele vincule efeitos" (VILANOVA, **Causalidade...**, p. 138). "O fato, recortado de entre a multiplicidade heterogênea dos fatos socioculturais [...], é, *na medida em que* corresponda ao esquema abstrato, o *fato jurídico*." (*ibidem*, p. 144) "**A validade total de um ato depende de norma válida e de ato conforme a norma válida** [grifos incoerrem no original]. O pressuposto, ou hipótese da norma, prefixa o que, do fato total, é dado relevante. [...] Para que o ato se qualifique de licitude ou de ilicitude é necessária a conformidade ao tipo." (*ibidem*, p. 313).

³⁷⁰ Guido ZANOBINI (**Corso di Diritto Amministrativo**. 8. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v.1: principi generali) adota classificação semelhante à de Vilanova, em que pese a diferença de nomenclatura e a referência direta à seara administrativa. Ele separa os atos em nulos (ausência de elemento essencial, seja o sujeito, o objeto, a vontade, seu conteúdo ou declaração de vontade), mesmo que, facticamente, exista; p. 302) e inválidos (defeito que malfere sua existência e eficácia). A invalidade poderia decorrer de vícios de legitimidade (juridicidade) ou de mérito (conveniência e oportunidade), que poderiam ser incompetência, excesso de poder e violação da lei (p. 310). Da invalidade por legitimidade decorreriam a anulabilidade (por órgão ou jurisdição administrativa) e a inaplicabilidade (por órgão judicial chamado a aplicá-lo em caso concreto) e da por mérito a revogação (semelhante à anulabilidade; p. 305).

é lícita, mas sim ilícita. Dela não advém uma ordem para o indivíduo para se aprisionar, por exemplo, já que isso iria de encontro à causalidade natural-psicológica³⁷¹. Sim, surge o direito do Estado, em relação com o indivíduo, de exercer sobre ele uma pretensão (interesse juridicizado) punitiva (observe-se que o direito de ação apresenta aqui caráter complementar e poderá ser exercido mesmo que de modo incondicionado³⁷²) e uma outra relação (de caráter difuso) entre o Estado – considerado como pessoa jurídica – e os indivíduos submetidos ao esquema normativo que se busca proteger, segundo a qual é imputado ao Estado o dever de exercer o direito constante daquela relação. A qual não se pode considerar norma secundária (ativada pelo não-cumprimento da relação primária) por envolver diferentes sujeitos ainda no plano do direito material.

Enfim, no plano factual-psicológico, a diferença entre ser e dever-ser é um guarda parado na esquina.

Por exemplo, uma coisa é o enunciado veritativo: há alguém na faixa de pedestres. Outra é efetivamente ser cumprida a norma que determina a parada do automóvel em tal circunstância. Do mesmo modo que o pedestre médio, o jurista não pode fantasiar um relação causal entre o estar alguém atravessando a rua e, só por esse ato físico, sobrevir outro da mesma ordem natural que faça com que o automóvel sofra um processo de desaceleração. O jurista, em verdade, almeja algo ainda mais complexo: a conversão da causalidade física em psicológica, mediada pelo Direito. Por isso não pode ser ingênuo a ponto de se render ao "paternalismo dogmático" (Cláudio Souto) ou confundir prática e teoria de dimensões diversas, mesmo que inter-relacionadas.

Na omissão, esse nexos natural é rompido. Há uma imputação em nome do dever de agir (de origem conteudisticamente moral). A não-ação, em verdade, também pode

³⁷¹ Quanto maior a disforia sensorial, maior a desagradabilidade e a tendência a agir de modo contrário, conflituoso ou desviante em sociedade.

³⁷² Cândido Dinamarco assim dispõe a missão do Estado, enquanto Jurisdição (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 82.): “a) o Estado promete proceder ao exame, em via jurisdicional, de toda lamentação que lhe seja trazida com a alegação de moléstia causada a direitos ou interesses juridicamente protegidos (garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional em matéria não-penal);

b) promete abster-se da autotutela, submetendo-se também ele próprio à ordem processual (seja em matéria repressiva, seja para satisfação de interesses próprios não protegidos pelo princípio da auto-executoriedade);

c) considera-se condicionado ao ajuizamento de uma demanda do interessado, para poder dar início ao exercício da jurisdição em cada caso (daí o valor da ação, como instituto processual);

d) no exercício da jurisdição, reprime a si próprio a emissão de atos imperativos (providimentos) sem ter dado suficientes oportunidades de defesa ao demandado, para equilíbrio entre a situação deste e a do autor da demanda;

e) institui e observa normas para o exercício da jurisdição e, com isso, dá realce ao valor processo, ao procedimento e ao procedimento que legitima os atos imperativos impostos.” Nas ações em que a Fazenda pública é parte, são de importância principal as citadas alíneas “b”, “d” e “e”.

ir de encontro a um dever jurídico³⁷³.

O ato nulo é o antilicitude e, dessa maneira, deve ser tratado pelo sistema. Em que pese não apresentar eficácia, existe e deve ser objeto de imputação normativa própria enquanto tal.

Essa postura permite ir além da mera concepção, com eivas de legalismo, de que a responsabilidade é objetiva (já que a Constituição assim determina no seu artigo 37, § 6º), então abrangeria atos lícitos e ilícitos indistintamente.

Na verdade, o que a responsabilidade objetiva faz é apenas limitar a indagação aos atos lesivos e ao nexos causal da lesão com a conduta administrativa, abstraindo qualquer indagação sobre as razões para a prática do ato ou omissão do Poder Público em realizá-lo.

Assim, tudo se resolveria pelo plano simples da responsabilidade pecuniária, independentemente da situação, colocando na mesma categoria situações diversas.

Ainda outro problema surge quando se observa que as demandas judiciais daí decorrentes serem fundamentadas no aspecto pecuniário da responsabilidade. Todavia, isso se deve ao predomínio, durante largo período de tempo, no Direito Brasileiro, de uma postura individualista e patrimonialista³⁷⁴ e à necessidade de o tema ser recolocado racionalmente, de modo a ingressar no sistema da Teoria do Direito (por mais que estes aspectos sejam adequados apenas a determinado contexto histórico, não se pode prescindir do uso da racionalidade científica para a obtenção de resultados favoráveis ao desenvolvimento social; **que o Direito evolua pelo desenvolvimento de conceitos jurídicos mais adequados à realidade, não pelo suspiro do legislador preocupado com seus interesses momentâneos**), possibilitando seu melhor entendimento e conseqüente aprofundamento. Por outro lado, a evolução do Direito Processual representou significativo passo nesse sentido, quando trouxe preocupações de tutela de massa ao Direito brasileiro.

³⁷³ Para ilustrar a causalidade na omissão basta a música e a literatura popular brasileiras. A personagem cantada por Luiz Gonzaga em “Forró do Mané Vito” diz: “matei não, só dei um risquinho... o cabra é que era morredor...” E, em “o bem amado” (Dias Gomes), a personagem Zeca Diabo diz que não é assassino, pois “só puxa o gatilho, Deus é quem mata”. Para Pontes de MIRANDA (**Tratado...**, p. 202), desconhecer a omissão “seria ser daltônico para grande parte do mundo dos fatos.” Sobre a omissão, Paulo Lopo SARAIVA já aventara o Mandado de Garantia Social (**Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. *passim*), que a Constituição de 88 cuidou de prever como mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. Todavia, como mostra Luiz Alberto Gurgel de FARIA, (**Controle da constitucionalidade na omissão legislativa**: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001. p. 89) ainda há muito por aperfeiçoar, seja em termos procedimentais, seja em termos jurisprudenciais.

³⁷⁴ Cf., sobre a evolução do direito privado brasileiro, WOLKMER, Antonio Carlos. Formalismo e tradição patrimonialista no Direito Privado nacional. **Doutrina**, Niterói, n. 3, p. 150-7, 1997.

Há dois quadros de hipóteses a serem avaliados, sempre partindo do pressuposto de que a responsabilidade é o resultado mediato da lesão a um direito. Diz-se mediato porque da lesão ao direito exsurge o dano (=lesão e direito são elementos tipificadores do dano, o qual, por si só, é um ato juridicizado anti-jurídico, ou seja, ilícito). Sobre esse dano incide a norma que determina: em ocorrendo dano, deve ocorrer ressarcimento.

O ato lícito, portanto, por ser um direito do Estado praticá-lo, não se enquadra nessa exposição. Nesse pensar não se deve buscar reformar a teoria, logicamente estruturada, apenas para tentar adaptar a uma determinada contingência histórica - a existência de reparação pecuniária decorrente de atos lícitos - mas sim de exercer verdadeira atividade científica (=criativa) e buscar identificar sua pertinência ao mundo jurídico e o que a propicia.

Essa tentativa não se revela como imposição de um sistema a um problema, mas, vez que aqui não se nega sua ocorrência, mostra-se como meio de seu entendimento e de verificação de validade da teoria.

A pergunta que surge então é: se o Estado tinha o direito de praticar o ato, donde surge o direito à reparação do particular? Pois, não se pode pretender que o Estado tenha direito em determinado sentido (ex., construir uma praça) e o particular também o tenha em sentido contrário (ex., indenização pelo prejuízo estético advindo da construção da praça).

Admitir a existência de dois direitos conflitantes resvala da tentativa de construir um direito de caráter verdadeiramente autônomo para uma imiscuição política do tipo pragmático que tudo aceita em nome da conciliação de interesses. É preciso determinar qual o comportamento juridicamente aceitável.

E não se pode dizer que são objetos diversos (ação do Estado e reparação) como forma de aventar sua compatibilidade (como que a incidir normas distintas), visto que a reparação, se não for o próprio desfazimento do ato, representa sanção pela conduta praticada³⁷⁵.

³⁷⁵ O fato do Código Penal Brasileiro, no seu artigo 121, não trazer textualmente a proibição do homicídio e sim apenas dizer que "matar alguém" resulta em pena não faz com que se possa concluir que o apenado esteja sendo punido porque fez algo permitido.

5.2.1 Submissão ao interesse social

Uma tentativa seria argumentar que o direito à reparação, nesse caso, adviria do fato de se "ferir um direito em nome da coletividade". Ou seja, seria a submissão de um direito individual à sua função pública.

Mas o problema aí é duplo: não há direito do cidadão (ex., a que não se reforme a rua), nem se pode dizer que seja em nome da sociedade como um todo (basta verificar o caso das leis setoriais e para classes específicas da sociedade, independentemente da sua condição econômica)³⁷⁶.

5.2.2 Uso do meio menos gravoso

A questão poderia obter solução pelo argumento da utilização do meio menos gravoso. Quando o Estado utilizasse o meio para alcançar seus fins em detrimento de outro que poderia não afetar tanto os direitos dos envolvidos.

O dever de reparar surgiria, então, do uso de parcela do Poder Público que houvesse extrapolado aquela fronteira do exigível.

O aspecto contrário a esse argumento decorre da constatação que se fala de um princípio. Então, um ato que lhe seja contrário resulta em conduta já ilícita, causadora da devida responsabilidade em sentido estrito.

Por outro lado, mesmo em quando se respeita o meio menos gravoso pode ocorrer indenização. É o caso do direito de uso (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXV), o qual se verifica em estado de necessidade (em regra, excludente da responsabilidade em sentido estrito, nos moldes da Teoria do Risco-proveito). E como um uso em situação de emergência traz em si um desgaste natural do objeto, não se pode alegar que haveria excesso em usar e estragar, como se pudesse usar, numa situação tal, não danificar. Lembra a querela retratada por Shakespeare em seu mercador de Veneza na sanha pecuniária de Shilok (cujo direito menosprezado é defendido por Jhering), onde poderia ser retirada a libra de carne, mas

³⁷⁶ Nelson SALDANHA (**O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 19), faz referência à vinculação da idéia de cidadão ao conceito burguês medieval de que todos participam na formação da lei, uma confiança no legislador que a simples existência do amplo controle de constitucionalidade presente na Carta de 88 infirma.

nehuma gota de sangue.

Ainda, há a hipótese da pequena gleba de terra desapropriada para dar passagem a via férrea necessária ao desenvolvimento regional. Mesmo que seja o único trajeto viável, deverá o proprietário ser indenizado, até por própria dicção constitucional.

Insista-se ainda que, devido ao princípio da igualdade, apresentado na forma da **vedação de enriquecimento ilícito**, não se pode imaginar a situação de dois direitos contrapostos com o mesmo objeto. O que viria a contradizer a própria unidade do sistema.

Permanece do argumento, todavia, a verificação de que, quando for hipótese de responsabilidade em sentido estrito, o *quantum* indenizável estende-se apenas após o que seria de gravame exigível na situação.

5.2.3 Verificação de hipóteses: a responsabilidade por ato lícito como o exercício condicionado de um direito

Desse modo, podem ser testadas explicações para duas situações: reparação oriunda de ato ilícito e reparação motivada por ato lícito.

Na primeira, tem-se o esquema:

a)	LESÃO + DIREITO VIOLADO = DANO → RESPONSABILIDADE
----	---

E, por outro lado:

b)	LESÃO + INTERESSE NÃO ATENDIDO (Já que não há direito, trata-se de interesse - individual, coletivo, no caso - não absorvido pelo conjunto normativo) = DIREITO DO ESTADO (possibilidade de agir garantida) → REQUISITO INDENIZATÓRIO
----	---

Da análise da segunda hipótese, exsurge a seguinte conjunção (exemplificada com a desapropriação de imóvel urbano): pode ser a destruição da casa e deve ser o pagamento de obrigação pecuniária.

São objetos diversos (não bens): um, permite a ação do Estado e outro obriga ao pagamento. Desfazer-se-ia, assim, conflito lógico.

Contudo, a segunda hipótese merece aperfeiçoamento. Numa primeira leitura

generalizante do tema, tem-se: pode ser o sacrifício de um direito (não proibido ou $\sim P$) e, se ele ocorrer, deve ser efetuado pagamento (obrigatório ou O). A aparente compatibilidade lógica entre $\sim P$ e O cessa quando se vê que existem em função das objetivações utilizadas (e aqui são bens jurídicos diferentes: sacrificar direito e pagar). Na verdade, o primeiro comando diz que a primeira conduta é possível (permitido positivo), não sendo proibido pagar. Já o segundo comando diz que é obrigado pagar se o fato ocorrer.

Não coexistem as duas situações pelo simples fato de que ou um ou outro tem direito. Para surgir a responsabilidade, é preciso haver um direito violado. E, em tal caso, o Estado exerce seu legítimo direito, mas o particular pede ressarcimento pelo direito violado³⁷⁷.

Um rápido exame teórico resolve a situação.

Há uma norma que diz: não é proibido ($\sim P$) expropriar. E outra que determina: se ocorrer a expropriação, então é obrigada (O) a indenização. Bem, dizer que se é obrigado a uma redução patrimonial, em termos de construção jurídica, é inibir um ato.

Poder-se-ia dizer que ao prever o pagamento para a hipótese de ocorrência de um evento futuro e incerto não traria incompatibilidade no raciocínio. Porém, em se tratado de responsabilidade, ao se prever uma consequência pecuniária para a conduta, está-se a adjuntá-la uma sanção negativa. Ou seja, fica estabelecido um dever jurídico em sentido contrário: não pode ser o sacrifício do direito; o que é contraditório ao raciocínio anterior.

Igual destino acompanha a seguinte combinação de normas:

- a) Ato lícito $\rightarrow$ sem indenização
- b) Ausência de direito do Estado a ofender direitos $\rightarrow$ indenização

Essa conjunção revela-se também contraditória, visto que o primeiro

³⁷⁷ Discorrendo acerca dos conflitos de direitos, José Calos Vieira de Andrade (**Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 217-8) esclarece que essa é situação diferente da que denomina “limites imanes”, onde não há conflito. “É o próprio preceito constitucional que *não protege* essas formas de exercício do direito fundamental”. A solução para tais casos torna-se diferente porque o direito invocado “não existe”. Se existisse, não poderia ser totalmente sacrificado. O autor não considera viável hierarquizar direitos para fins de sacrifício. Acrescente: “Preferimos, por isso, considerar a existência de limites imanes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que não seja pensável que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício, sempre que, pelo contrário deva concluir-se que a Constituição as exclui se condições nem reservas.” No que interessa, é nos limites imanes que ocorre a “responsabilidade” por ato lícito; não há direito sem princípio que o albergue. Mas, por se referir a limite para o exercício de direitos e não às fronteiras da responsabilidade, é assunto indispensável e correlato, sem, todavia, confundir-se com nossas “limitações básicas” (v. 3.5.1).

enunciado é um permitido positivo ($\sim P$) e o segundo uma proibição (P), ambos referentes ao mesmo fato e sua consequência.

Além disso, o condicional b é, em verdade, a mesma formulação do **ato ilícito** *stricto sensu*.

Se não há como contrapor esses dois direitos, o mesmo não se pode dizer de sua harmonização enquanto direito e requisito para o exercício do direito (tal qual a manifestação judicial para a expropriação de direitos, seja a liberdade ou a propriedade). Assim, a formulação que melhor atende ao que se pretende expor é:

Lesão + indenização = interesse particular não atendido + direito do Estado

Onde, para o Estado exercer o seu direito de modo a lesionar patrimônio jurídico de particular, malferindo-lhe interesse, é preciso efetuar indenização³⁷⁸.

Então, a tradicionalmente denominada responsabilidade do Estado por atos lícitos é, em verdade, exercício condicionado de direito. Nesse caso, diz-se: “se ocorrer a reparação do dano, fica autorizado o Estado a praticar o ato”.

Esse é o dado formal. Em termos de conteúdo o que determina a hipótese de ocorrência da reparação é o próprio princípio da igualdade, na forma da igualdade perante os encargos públicos³⁷⁹.

5.2.4 Efeitos

Por esse prisma, obtém-se a inversão da perspectiva no que respeita à nulidade do ato.

Pois, a consequência da prática de ato lícito sem a devida contrapartida remuneratória representa ausência de formalidade essencial que remete, de imediato, à figura

³⁷⁸ Aqui não é utilizada a distinção entre indenização (ato lícito) e ressarcimento (ato ilícito) por se tratar de igualdade de efeitos reparatórios, em termos quantitativos.

³⁷⁹ Cf. item 4.1, parte final.

da nulidade jurídica. E, sua existência poderá, se for o caso, ensejar reparação³⁸⁰.

Atente-se, para evitar confusão com a palavra ilícito. Aqui, a palavra “responsabilidade” é utilizada em sentido impróprio, vez que tal fenômeno deriva do ilícito em sentido estrito, combinado ou não com a nulidade ou a anulabilidade. O que faz da expressão “responsabilidade por ato ilícito” uma tautologia.

O ato é lícito e condicionado. E, na proporção em que querido pela ordem jurídica (= grupo detentor do poder), enseja o pagamento de quantia indenizatória que represente não só danos efetivos como lucros cessantes.

Porém, uma vez que tal requisito não seja observado (temporalmente *a posteriori* ou *a priori*), incide-se no tipo da nulidade. E, como tal, a situação transmuda-se em “responsabilidade” por ilícito *lato sensu* (caracterizada pelo **desfazimento do ato**).

Apenas se verificada, além disso, dano, surge especificadamente a responsabilidade em sentido estrito.

Zanobini expõe que o sacrifício de um direito individual, permitido pela lei, para satisfazer um interesse público, acarreta o dever de indenizar para a Administração, o qual é “condição de legitimidade” do sacrifício³⁸¹. O referido autor, todavia, não vê problemas para a classificação de tal fato como responsabilidade, porque para tanto seria suficiente haver uma obrigação de um sujeito a reparar dano sofrido por outrem.

Tal idéia é condizente com a tipologia da nulidade adotada pelo autor, todavia, como exposto ao longo da presente pesquisa essa definição é insuficiente para alcançar todas as nuances do tema, o que é revelado por sua análise lógica. E, como já dito, o dano é um prejuízo juridicamente qualificado. Então, na simples pressuposição deste, já se instaura a responsabilidade em sentido estrito.

Por sua vez, a prática de ato ilícito por agente do Estado revela-se como eivado de nulidade, vez que praticado com objetivo vedado pelo Direito. E, ainda que o efeito seja legal, vale lembrar que mais grave que desrespeitar as palavras da lei é menosprezar o seu espírito.

³⁸⁰ ZANOBINI, Corso..., p. 347, classifica de inegável contradição terminológica a expressão responsabilidade do Estado por atos legítimos, a qual, todavia, demonstra a separação entre os estudos da responsabilidade pública e privada.

³⁸¹ Ob. Cit., p. 348: “una semplice condizione di legittimità del provvedimento col quale il sacrificio viene imposto”.

Neste ponto, nota-se que a expressão “responsabilidade do Estado por atos ilícitos” refere-se ao ilícito *lato sensu*. Pois, diversas hipóteses poderão ocorrer. Um ato praticado por autoridade incompetente ensejará nulidade e um ato que acarrete dano não supérvel pela eliminação existencial do ato acarretará invalidade ilícita. Há, aqui, uma **gradação** que deve ser observada.

A primeira norma refere-se, se for hipótese para tanto, à nulidade. Em não se verificando condições de realizabilidade para tanto, deve ser a responsabilidade do Estado, propriamente dita.

Também, não se trata de permanência no tempo de situação irregular (caso de não nulidade), mas, se for o caso, de convalidação. O ilícito, em si, poderá ser simples (caso em que apenas a reparação será devida) ou composto (quando atinge elemento essencial – nulo – que não pode ser desfeito).

A invalidade do ato público, admite apenas a nulidade e a ilicitude, visto que não se refere a vontades subjetivas e indivíduos, mas sim ao interesse público e a pessoas jurídicas^{382 383}.

E a nulidade de ato do Poder Público pode manifestar-se de duas formas: convalidação ou invalidação.

Enfim, a responsabilidade por ato lícito alcança a esfera judicial na medida em que se transforma em ato inválido do tipo nulo ou ilícito. Ou seja, quando não for efetuado o pagamento a que sua prática estava condicionada. Hipótese em que o prejudicado lança mão da relação jurídico-processual, até então em abstrato, para obter a indenização, se assim for

³⁸² FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 131-2: "A análise dos atos administrativos envolve necessariamente o interesse público, que não pode ficar submetido ao capricho do administrado." Nem do administrador. Em hipóteses como tais interessa o sentido objetivo do ato em relação à ordem jurídica, não a do agente, que é mero órgão de um ente fisicamente inexistente e, assim, de impossível análise psicológica. O comportamento do agente, todavia, será importante na verificação do direito de regresso (e há o dever do Estado exercê-lo). Na responsabilidade subjetiva do Estado interessará a culpa do serviço, como nos primórdios da responsabilidade objetiva, quando, então se transitava da subjetiva para ela (TRUJILLO, **Responsabilidade do Estado...**, p.51: a teoria da culpa administrativa foi a primeira das denominadas teorias publicistas).

³⁸³ ZANOBINI, **ob. cit.**, p. 342: o autor, antes de adentrar no exame da indenização por vício de mérito no modelo italiano (necessidade de prévio juízo administrativo – à semelhança do francês, conforme exposição de Marcel WALINE In: CHAPUS, René. **Responsabilité publique et responsabilité privé: les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire**. Paris: librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954. [Préface de Marcel Waline]), lembra, contra a exigência de culpa (intencionalidade, e, nesse sentido, análise de manifestação de vontade necessária para o regime de anulabilidade) para a responsabilidade do Estado, o procedimento complexo para formação do ato, no qual intervêm vários sujeitos. Na teoria pura do direito igualmente é sustentada a separação entre a vontade do emissor da norma (elemento subjetivo) e o ato normativo (elemento objetivo).

adequado, acaso não seja suficiente sua anulação.

Comparar a reparação em tais casos a um preço não significa a limitação da mesma ao dano efetivo. Esta deve ser a mais eficiente possível.

Não há um acordo da população no dano, para que se limite o valor a ser ressarcido a um hipotético *status quo ante* nunca alcançável. Já foi exposto no momento apropriado que a legislação na pós-modernidade periférica não se coaduna com a aceitação irrestrita de lei como “vontade geral”.

Celso Antonio acresce a essa tradicional bipartição do tema (lícito-ilícito) a possibilidade de responsabilidade - em sentido próprio - proveniente de ato lícito qualificado por ser resultado violador da esfera jurídica alheia. Na verdade, tratar-se-ia de dano oriundo diretamente do ato vergastado, malgrado não fosse o sentido imediato do mesmo.

Enfim, quando se constrói uma rodovia por sobre uma casa ou se paga o prejuízo de cidadão que teve sua propriedade requisitada em estado de calamidade, não se fala em concomitância de dois direitos, mas em atuação do princípio da igualdade.

Esse o mecanismo. Outra indagação que surge é acerca de qual a norma-conteúdo que determina seja condicionado o exercício do direito estatal.

A responsabilidade por ato ilícito seria resultante do malferimento direto dos princípios da legalidade e da igualdade. E o exercício condicionado de direito seria imposição da igualdade do cidadão perante os encargos públicos e da idéia de seguro público³⁸⁴, tradicionalmente ditos como especialidade e anormalidade da lesão^{385 386}.

Com base na sistemática constitucional, principalmente na necessidade de devido processo legal e de procedimento desapropriatório, Carlos Ari Sundfeld³⁸⁷ expõe que o sacrifício de direito apenas pode ocorrer mediante prévio procedimento e indenização. Eles

³⁸⁴ Cf., sobre as diversas teorias, TRUJILLO, **Responsabilidade...**, p. 57-8. CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 83-5: o Estado como “síntese patrimonial” da comunidade, um “grande agente de seguros” responsável pela repartição equitativa dos ônus e encargos públicos (une a igualdade e o seguro social).

³⁸⁵ Cf. por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 632-3: a anormalidade do dano seria quando o mesmo superasse aqueles mínimos “inerentes ao convívio social” e o especial refere-se ao fato de não ser genérico, “disseminado pela Sociedade”.

³⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros. p. 110: “Os sacrifícios retiram de um ou alguns indivíduos possibilidades de fruição garantidas à generalidade dos que se encontram na mesma situação. Tais direitos são suprimidos em benefício da sociedade. Tem-se assim prejuízo individual em proveito coletivo, que deve ser reparado pelo Poder Público.”

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 105-11.

diferem dos condicionamentos de direitos, os quais são gerais e apenas delimitam as condições para uso dos direitos, sem os diminuírem³⁸⁸.

A necessidade de prévio procedimento judicial os coloca em caráter excepcional e oferta segurança que, regularmente, já tem sido buscada no Judiciário pelos interessados, repressiva ou preventivamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello principia com a distinção entre interesse público (lastreado em Alessi, como primário ou secundário, à semelhança com a idéia de vontade geral e vontade de todos em Rousseau) e privado, para falar do princípio da prevalência do primeiro, majoritário nos sacrifícios de direito³⁸⁹.

Reporta-se ele à possibilidade de ocorrência de uma responsabilidade em sentido estrito por ato lícito quando o ato do Estado, mediatamente, atingir esfera jurídica de terceiro³⁹⁰. Todavia, na medida em que o dano adviesse diretamente do ato, seria hipótese de exercício condicionado de direito por parte do Estado, independentemente de ter sido ou não desejo de quem o praticou causar prejuízo específico.

O dano, para ser como tal, deve malferir um direito e ser certo (não de ocorrência incerta, seja presente ou futura³⁹¹).

Alessi usa a expressão "dano injusto"³⁹² para o ressarcimento do ato ilícito. Para ele, o sacrifício de direito enseja indenização, resultante de ato legalmente emanado da Administração. Distinguirá ele tal requisito do ressarcimento, oriundo da responsabilidade, a qual tem semelhança com o Direito Civil.³⁹³

Enterría e Fernández distinguem a lesão (dano) do prejuízo pelo fato do primeiro ser antijurídico, de modo a entender que nem todo prejuízo é lesão. Neste (condicionamento), haveria o dever legal do interessado suportá-lo. Os referidos autores partem do pressuposto de que há uma carga geral de obrigações na comunidade (tributos, execuções etc.) a serem suportadas. A par dessas, as demais sanções impostas pela lei ou pelos contratos devem obedecer a critérios de proporcionalidade para não serem ressarcíveis.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 89-95.

³⁸⁹ **ob. cit.**, p. 607.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 608.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 630-2.

³⁹² ALESSI, Renato. **L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici**. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972. p. 7.

³⁹³ *Idem*. **Principi di Diritto Amministrativo**; v.2, I soggetti passivi e la reazione. Milano, Giuffrè, 1966. p. 592.

Nesses termos, a lesão ressarcível (dano) seria aquele prejuízo patrimonialmente avaliável – excluídos danos eventuais e apenas possíveis - injustificados face ao prejudicado e imputável à Administração.³⁹⁴ Não haveria antijuridicidade no prejuízo causado pelo próprio titular do direito lesionado, por não se poder falar num auto-dever de reparação³⁹⁵.

Haveria o dever legal por parte do administrado de suportar o dano decorrente do funcionamento normal da atividade estatal³⁹⁶. Seria preciso provar que tinha o direito de não ver o Estado a se comportar de determinada maneira.

Como, por exemplo, não há o direito a ver uma rua asfaltada, eventual indenização apenas seria devida na comprovação de desvio de finalidade³⁹⁷ ou de desigualdade especial e anormal.

Esse sacrifício anormal e desigual pode vir a atingir não apenas um, mas vários administrados que não o transforma em geral.

Comentando a Teoria das lesões ressarcíveis, de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Fernando Scaff encampa tese de Weida Zancaner, no momento em que a citada autora critica a Teoria em comento. Segundo ela, a Teoria permitiria a validade jurídica do ato lícito danoso, "ensejando apenas o direito ao lesado de pleitear indenização"³⁹⁸.

A esse comentário, Scaff acrescenta que tal idéia é muito vasta - ao ponto de atribuir caráter lesonário a tributos - e pode levar à conclusão de que a lei poderia lesionar sem gerar direito a ressarcimento. Isso porque é expressão da vontade popular e daria licitude ao ato.

De uma análise perfunctória da teoria referida resultam algumas observações com serventia para o estudo ora conduzido.

O conceito de "lesões ressarcíveis" em si é equivalente ao já utilizado conceito

³⁹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 371-4.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 374.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 376.

³⁹⁷ WALINE, Marcel. **Précis de Droit Administratif**. § 654 *apud* ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 96: "Il y a abus du droit ou des droits, lorsque quelqu'un a usé de son droit dans un but anti-social, méchant ou malveillant, qui ne peut donc être l'usage que le législateur avait prévu que l'on ferait de ce droit lorsqu'il l'a consacré. Il ya de même détournement de pouvoir lorsqu'une autorité administrative a usé d'un pouvoir qu'elle tient de la loi, mais dans un but tout différent de ce que le législateur avait prévu".

³⁹⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 153.

de dano - bastante útil e evita o recurso comum à definição por adjetivos. E, por sua vez, o conceito de prejuízo, também utilizado pelos referidos autores ibéricos, coincide com a aqui denominada lesão - expressão mais adequada ao vocabulário meta e extra-jurídico³⁹⁹.

Desse modo e de acordo com a terminologia aqui empregada, o dano pode ser definido como a lesão injusta (já se apropriando de elementos axiológicos que em si refletem-se na idéia de ilicitude, o anti-Direito). Pode-se, portanto, dizer que o dano é a lesão juridicamente qualificada.

Assim, uma vez efetuada essa tipificação do dano, verifica-se a incidência de outra norma: ocorrido o dano, deve ser o ressarcimento.

E, o dano é especificamente tipificado pela lesão a um direito, sem lesão não há responsabilidade e, cumulativamente, se não há direito a uma determinada situação, igualmente não há responsabilidade.

Já sob o prisma da responsabilidade por ato lícito outra situação se verifica. Não há, nessa hipótese, dano, devido ao fato de que não se trata de lesão a direito, mas de direito do Estado a ser exercido de maneira condicionada. Não há, apesar da definição tradicional, direito a ser “sacrificado”, pois direitos não se sacrificam e não pode a ordem jurídica admiti-lo.

Oreste Nestor de Souza Laspro⁴⁰⁰ acata o mesmo posicionamento de Celso Antonio, ao se referir à responsabilidade por ato ilícito como resultado imediato da existência de dano ao direito. Já sobre o ato lícito, o autor demanda a existência de situação anormal, especial e individualizada em relação ao lesado.

Mas assenta também o pressuposto de que não é o simples dano do plano material que se transmuda para o plano jurídico; para este, é preciso que um direito seja atingido.

A exposição feita pelo autor, novamente, é coerente com a elaborada nesta pesquisa, mas igualmente encontra arestas no que se refere à precisão técnica; todavia, sem que lhe retire a grandeza de raciocínio alcançada, sem prejuízo de admitir aperfeiçoamento.

De fato, como já colocado, nem sempre a prestação pecuniária devida pelo Estado tem o caráter de via repressiva ou resulta de malferimento a direito.

³⁹⁹ Ao qual Celso Antônio Bandeira de Mello, em passagem adiante citada, denomina dano econômico, para qualificá-lo como jurídico.

A gradação da invalidade não se aplica à tipificação objetiva das condutas estatais, pois a mesma diz respeito à vontade do agente, enquanto hipótese de incidência da antijuridicidade (ilícito *lato sensu*). Com efeito, a anulabilidade do ato refere-se a vício que pode ser desconsiderado em homenagem ao interesse privado, com a ratificação daquele.

Já, no Direito Público, inexistente tal disposição de vontade. Ao administrado não interessa o particular interesse do agente, mas o ato em si.

Por se referir, o tema, a uma pessoa jurídica – o Estado, não se pode deixar de ver que esta é uma abstração científico-jurídica, mesmo na sua condição de realidade técnica.

Ainda, Celso Antônio⁴⁰¹ vai dividir os danos causados pelo Estado em por ação, por omissão e decorrentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória. Na verdade, a responsabilidade por omissão poderá ser objetiva, como tem entendido a jurisprudência, na medida em que configurado o dever de agir do Estado face às situações do caso concreto.

Dos artigo 5º, inciso XXIV (“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”) e 184 (“Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”) da Constituição Brasileira de 1988, retira-se a opção do ordenamento em proteger a quebra da igualdade através da opção indenizatória. Dessas regras (mais os incisos V e X) extrai-se, nitidamente, o princípio de que a violação de direito dá direito à indenização.

Nesse sentido: "Alterando a orientação consagrada na Constituição anterior, cujo art. 161, *caput*, limitava-se a falar em indenização justa, a Lei Fundamental de 1988 (*art. 184, caput*) condiciona a desapropriação-sanção para fins de reforma agrária ao solvimento de prévia indenização."⁴⁰² Porém, uma vez efetuado o depósito prévio da quantia, independentemente do prosseguimento judicial do debate acerca do *quantum* devido, está o

⁴⁰⁰ **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 76-7.

⁴⁰¹ ob. cit., p. 622-30.

⁴⁰² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 195.

Estado autorizado a imitar-se na pose do bem⁴⁰³.

Por isso, aquele que tem o seu patrimônio diminuído pela ação de agentes estatais motivada por processo judicial executório oriundo de cheque emitido sem provisão de fundos não tem responsabilidade a reclamar, seja por ato lícito (não lhe assiste anormalidade) ou ilícito (não há via repressiva por não haver contrariedade a direito). O indivíduo sofre, sim, prejuízo, mas não o suficiente para ensejar reparação.

Já a pessoa que tem sua propriedade expropriada para interesse público terá direito a indenização por ter suportado especial ônus do Estado.

E, agindo, no **condicionamento de direitos** ou **com direitos condicionados**, o Estado pratica autotutela de seus interesses.

E, em nome de uma compreensão principiológica do tema, é de se ver que a exigência de indenização “em dinheiro” é aplicável de modo exaustivo apenas às hipóteses de desapropriação constitucionalmente previstas. Para os demais casos de direitos condicionados do Estado (“sacrifício de direito”), apenas há necessidade de reparação econômica, em dinheiro ou não. Caberá ao caso concreto delimitar as formas de pagamento entre as várias possíveis.

E, como a própria Constituição prevê que a indenização na desapropriação seja prévia, mas a própria prática e jurisprudência admite que o valor previamente depositado não precisa ser exato, vê-se que também o pagamento nos demais casos não precisa ser final. Todavia, é imprescindível um início de pagamento resultante de um procedimento, preferencialmente judicial, por se tratar da manutenção da higidez do ordenamento jurídico em termos de direitos fundamentais (propriedade, imagem, qualidade de vida etc).

Por exemplo, a remoção de um servidor público de uma cidade para outra pode ensejar feito judicial onde o interessado busque a anulação do ato sob a alegação de desvio de poder, da desnecessidade do ato ou mesmo dos danos emocionais que sofreria. Ou seja, é comum a parte buscar o Judiciário *a posteriori*, então, esta seria a sede indicada para apreciar previamente a questão, já que detém o monopólio da última palavra.

⁴⁰³ Sobre o procedimento desapropriatório previsto na Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, v. BASTOS, Lúcio Flávio Camargo. O depósito prévio na desapropriação agrária e a imissão na posse do imóvel expropriado. **Jornal da ANPAF**, set., 2001, p. 6-10, *passim*.

5.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVALIDAÇÃO DE ATOS DO PODER PÚBLICO

Uma vez praticado um ato pelo Poder Público, o qual goza da presunção de legalidade e legitimidade e que, como qualquer ato praticado por um cidadão, deve gozar de proteção jurídica, é de serem averiguadas as condições para sua invalidade.

Acerca dessa segurança jurídica, diz o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Essas são as situações protegidas pela Constituição contra tentativas de alteração ou nova regulação. É de se dizer então que não há ato jurídico perfeito em contrário ao ordenamento jurídico, vale dizer, em contrariedade com a Constituição. Seria uma contradição em termos. Conseqüentemente, não tem como subsistir ato viciado.

Não foi com outra razão que o Supremo Tribunal Federal chancelou em sua súmula o enunciado nº 473: “**a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos**; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” [grifos nossos]

Do mesmo modo que a lei não pode retroagir e tornar “deficiente o suporte fáctico que não o era ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*)”, também, enquanto mantido o estado da regulamentação legal então imperante, “o ato não se diz perfeito se algo ainda lhe falta”⁴⁰⁴. Ou seja, nem pode desmerecer o que fora feito perfeitamente nem considerar correto algo que foi feito de maneira errônea, salvo posterior regra legal mais benéfica.

Assim, uma vez que uma norma incida sobre uma situação concreta, é um dever do órgão regulá-lo como normativamente exigido. Como também, deverá agir se verificar, mesmo serodidamente, que o cidadão não preenche o tipo da norma, motivo pelo qual não faria jus ao serviço público prestado.

Porém, pode surgir um fator superveniente: a prestação do serviço ou atribuição de direitos ser efetuada e ainda não terem sido implementados os requisitos para

⁴⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, com a emenda nº 1 de 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 5. p. 69.

tanto. Esse é um fato. E é ao mundo dos fatos que pertence o ato jurídico perfeito (plano da existência⁴⁰⁵).

É nítido que esse ato é inválido, ou seja, em desconformidade lógica para como os regulamentos existentes sobre a matéria; não é um ato jurídico perfeito.

E, ainda mais quando se tratar de ato vinculado, não pode ser tolerado pela Administração⁴⁰⁶, tema que deve ser estudado em consonância com as exigências atuais da Administração Pública e da cidadania.

Contudo, poderá ser observado que o ato tenha sido eficaz, que veio a produzir efeitos concretos. E, ao estabelecer um novo *status*, ao criar uma nova situação para o cidadão, passou a produzir efeitos continuamente. Sempre que for necessária a prova de validade da sua conduta ou da legitimidade da autorização que eventualmente goza, será invocado o ato do Poder Público. Portanto, não só o ato, mas também seus efeitos devem ser, em princípio, invalidados.

Lembre-se, todavia, que essa invalidação não pode resultar em enriquecimento sem causa do Estado ou atentar contra terceiros de boa-fé⁴⁰⁷. Essa boa-fé mais a importância de se buscar a segurança jurídica impõem a possibilidade de convalidação do ato viciado.

Pois, até mesmo em decorrência do princípio da proporcionalidade e da confiabilidade da Administração é de se impor o meio menos gravoso ao administrado. Não é noutro sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁸ quando se refere à revogação, por motivo de conveniência, de ato administrativo, diz:

Não cabe à Administração decidir que revoga e remeter o lesado às vias judiciais para composição patrimonial dos danos. Isto corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário *deve* fulminar se o interessado o requerer.

[...]

Entretanto, *por definição*, interesse algum é interesse público senão quando confortado pela ordenação normativa, inclusive quanto à forma de efetivar-se.

Por isso é absurdo supor-se possa a Administração aniquilar um direito de alguém sem prévia indenização, a título de 'revogar' e invocando um 'interesse público'. Vai nisso evidente confusão entre os planos do Direito e da Ciência da Administração.

⁴⁰⁵ MIRANDA, Pontes de. ob. cit., p. 67.

⁴⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 290-307.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 291-3.

⁴⁰⁸ Ob. cit., p. 289.

A observação ressalta a cautela com que se deve agir na solução do problema. Porém, não se coaduna com a hipótese de nítido interesse público devidamente fundamentado em não suportar a conduta ilícita, principalmente quando daninha para a sociedade. Aqui, trata-se não de mera revogação ou de convalidação, mas de invalidar o ato viciado da maneira menos gravosa.

Sempre, é preciso verificar a possibilidade de convalidação do ato viciado, de repeti-lo sem os vícios que o assolam.

Se nas circunstâncias em análise, for **impossível convalidar** aquele ato por qualquer formulação que se adote, então, **deve ser invalidado**. O que pode ocorrer, na verdade, é que eventos supervenientes instaurem as condições necessárias para a prática do mesmo. Momento no qual deve ser efetuado de modo regular.

O dever da Administração Pública de corrigir seus atos não fica, portanto, à vontade dos administradores. E, quando é dado conhecimento da irregularidade, a mesma deve ser corrigida por todos os meios possíveis.

Deve ainda ser visto se não é hipótese de prescrição ou decadência (decorso de tempo). Se o gravame com a manutenção da situação apresenta-se maior do que os prejuízos possivelmente advindos.

Se estiver presente a possibilidade de convalidação, esta será preferível, salvo se inadmissível pelo Direito. Caso contrário, deve ser invalidada a conduta, a não ser que já estivesse estabilizada e aceita pelo ordenamento.

Deve-se observar ainda se a invalidação do ato não resultará em locupletamento da Administração. Devem, sobretudo, serem respeitados os direitos dos terceiros de boa-fé, porém, como se dirá, falece poder à Administração para essa validação quando não participou da relação ao menos como representada.

O Poder Público só pode invalidar os atos que estão ao seu alcance. Eventuais relações estabelecidas ente o beneficiado e terceiros decorrentes da condição estabelecida pelo órgão não podem ser alcançados autonomamente por aquele, que não possui esse tipo de autoridade.

Outrossim, mesmo irregular o benefício, o ato praticado deve ser respeitado até sua efetiva invalidação, que deve ser precedida do respeito ao direito de defesa do cidadão (Constituição Federal, artigo 5º, LV). Isso não vem a desrespeitar a Constituição, tanto que é

para confirmar a irregularidade do ato que se deve proceder à investigação respectiva. Portanto, é um direito do indivíduo ser considerado como detentor de determinado benefício até ato em contrário da autoridade competente. Todavia, o eventual retorno à condição anterior não poderá resultar em sanções outras decorrentes do indevido benefício que recebeu.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei do Procedimento Administrativo, trouxe os seguintes dispositivos⁴⁰⁹:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

[...]

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

[...]

Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida [...].

5.4 REVISÃO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE JUDICIAL

Partindo do pressuposto da gradação "sentimento, valor, princípio jurídico", com facilidade vê-se a vinculação princípio-direito fundamental. Esse relacionamento permite melhor vislumbre das funções de ambos.

Os princípios têm a função de subsidiar a aplicação do ordenamento jurídico, harmonizar sua interpretação - conferindo-lhe unidade - e direcionar a criação das normas⁴¹⁰.

Por sua vez, os direitos fundamentais, na exposição de Canotilho⁴¹¹, comportam quádrupla função: defesa ou liberdade⁴¹², prestação social⁴¹³, proteção perante

⁴⁰⁹ V., também, p. 112.

⁴¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 139-40.

⁴¹¹ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 383-6.

⁴¹² Áreas de limitação de competência do Estado, liberdades positivas e negativas.

⁴¹³ Direito do particular de obter determinada prestação estatal, sem prejuízo da possibilidade de obtê-las do "comércio privado" (*Ibidem*, p. 384). Tais direitos, de caráter social, econômico e cultural, podem ser, no que cabe profundo debate, **originários** - diretamente derivados dos textos constitucionais, **derivados** - dependentes de integração legislativa infraconstitucional ou representados pelo direito à participação igualitária nas

terceiros⁴¹⁴ e não discriminação⁴¹⁵.

Essa função de não-discriminação, na medida em que é decorrência do princípio da igualdade, irá seguir igual problemática.

Primeiro, há a igualdade na aplicação e na criação da lei. Na criação, é importante vislumbrar a insuficiência de uma universalização relativa do objeto da lei e dos sujeitos de direito, que apenas sectorize a diferenciação em determinados grupos isolados sem um critério racional palpável para tanto. É preciso haver um critério sério e razoável e que busque uma Justiça material entre os indivíduos⁴¹⁶.

Outro tema, intimamente ligado à concepção social do Estado é o da igualdade de oportunidades, cuja realização é dependente da existência de uma verdadeira cidadania.

Ainda, é preciso ver que a própria Constituição, enquanto fruto do trabalho do Poder Constituinte originário, coloca não só a regra, mas também as exceções ao exercício da igualdade (direitos do servidor público e do trabalhador da iniciativa privada, garantias dos magistrados e membros do Ministério Público, estatuto jurídico diverso para algumas categorias - professores universitários, notários, advogados públicos, entre outros - etc; conforme desenvolvimento efetuado em tópico próprio). Canotilho a isso denomina de "direitos de igualdade"⁴¹⁷, os quais correspondem à aqui intitulada regra de igualdade.

Por fim, e no que importa mais de perto ao deslinde desta pesquisa, ressalta a **igualdade perante os encargos públicos**. Por ele, nenhum cidadão deve ser compelido a arcar com encargos públicos (tributos, restrições a direitos) em grau maior do que os outros – repartição igualitária de ônus e bônus entre os cidadãos, respeitada a igualdade material. E, "no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos

prestações sociais, econômicas e culturais estabelecidas pelo legislador – ou direitos a **políticas sociais ativas** (instituições, serviços e prestações).

⁴¹⁴ **Dever** do Estado de reprimir violações a determinados direitos e atuar preventivamente, mesmo no campo legislativo, como a vida e a privacidade, sem, contudo, surgir relação jurídica entre o protegido e o Estado, e sim entre os particulares (*Ibidem*, p. 384-5). Seriam aqueles momentos em que a postura do Estado seria marcadamente subsidiária das relações sociais, sendo marcante para a efetivação dessa função a consciência do provável agressor.

⁴¹⁵ Direito a ser tratado de modo equânime pelo Estado. Daí exsurge a problemática das políticas de ação afirmativa. Atua em áreas como religião, política, saúde etc. Encontra também suporte na idéia de uma "sociedade multicultural e hiperinclusiva" (*Ibidem*, . 386).

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 398-402.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 404.

indivíduos particularmente sacrificados."⁴¹⁸

Em termos de direito a tratamento igualitário por parte do Estado (função de não-discriminação, coadjuvada pelo dever de proteção, mais a igualdade perante os encargos públicos e o **Acesso à Justiça**), surge a indagação sobre saber se é possível extrair diretamente do texto constitucional um direito originário com função de prestação social no relacionamento Jurisdição-jurisdicionado (se a Constituição estabelece um **poder-dever** para a Jurisdição, ou seja, o dever do Estado agir respeitando certos limites, consubstanciados na faculdade constitucionalmente atribuída ao cidadão de exigir determinada prestação).

E, ao menos num aspecto, isso é possível: o direito a um tratamento digno e eqüânime.

O estudo desses limites é capaz de identificar os dois lados contíguos: até onde pode o Estado ir, seja pela limitação de sua autoridade ou de sua responsabilidade (onde pode ir além).

O professor português refere-se ao fato de o vislumbre desse dever ressaltar o dever de efetivar os direitos fundamentais. Todavia, fala de uma “reserva possível”, a qual seria “a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos <<recursos económicos>>”, de modo a haver verdadeira imposição ao legislador para promover as alterações sociais necessárias para prover os devidos meios de efetivação⁴¹⁹.

Quando é a lei que estabelece um direito (derivado), há o direito do cidadão a ter **igual acesso** ao mesmo e de ter **igual participação** na fruição do mesmo, tudo “na medida das capacidades existentes”⁴²⁰. O autor, todavia, critica essa postura teórica pelo fato de resultar numa ausência de vinculação jurídica, principalmente, devido ao alto custo dos direitos sociais, para os quais os cofres públicos nunca estariam cheios. Também, falar em mínimo possível seria pregar o contentamento apenas com ações básicas de solidariedade.⁴²¹

A primeira consideração a ser feita é acerca da licitude do ato judicial. Ou

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 403.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 448. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 201 e segs., refere-se à existência da “reserva do possível”, e admite a impossibilidade de se retirar da Constituição conteúdo normativo exato para reger a prestação de serviços (emprego, habitação, estudo, cultura etc.) do Estado. Todavia, ressalta a inexistência de liberdade dos órgãos concretizadores de políticas públicas diante de tais preceitos, as normas dos direitos sociais impõem a atuação do legislador e vinculam o intérprete.

⁴²⁰ CANOTILHO, ob. cit., p. 450-1.

⁴²¹ Cf, sobre o tema, COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar., 1997. *passim*.

seja, até que momento toda decisão judicial é lícita (até onde o ordenamento a admite como tal), vez que para isso deve respeitar regras formais e materiais.

A conclusão é que um ato que desrespeita a isonomia, malgrado sua escorreta roupagem, apresenta vício de conteúdo que deve ceifá-lo. Na verdade, ter-se-ia o ato judicial constitucional, visto que emanado de acordo com as regras do sistema pelo Poder que cabe vigiá-lo, mas inconstitucional, já que seu conteúdo não se enquadraria no sistema. Um ato judicial constitucional inconstitucional.

Essa contradição terminológica resolve-se pelo recurso à noção de que a inconstitucionalidade não tem uma forma prevalecente, mas uma vez verificada, age, em maior ou menor grau. Portanto, seria ato judicial inconstitucional.

Todavia, é ao Judiciário que cabe dizer a melhor interpretação para o ordenamento. Porém, nem aos representantes eleitos do povo é dada essa discricionariedade forte (talvez por aspectos históricos essa fato possa ser proveitoso), e, com certeza, a própria idéia de Poder Constituinte e de democracia põe um freio em maiores vãos.

Pois, nem sempre o tutor adota a orientação correta para o tutelado⁴²².

A incerteza que páira sobre o resultado provável de um debate judicial é um fator que milita em prol da licitude da decisão judicial, por ter seguido escorretamente os procedimentos decisórios, independentemente do conteúdo que venha a adotar. Eventual debate sobre sua invalidade fica condicionado ao ajuizamento de ação própria. Todavia, é “possível fazer um juízo do resultado provável do julgamento que não houve e, assim, atribuir a responsabilidade civil pela perda de uma chance”⁴²³. A incerteza não é absoluta, isso é garantido pelo dever jurídico de observar a razoabilidade, presente em nosso Direito. O que enseja, por exemplo, a análise de culpabilidade em inúmeras situações envolvendo a responsabilidade do advogado, de acordo com a viabilidade do debate processual.⁴²⁴

⁴²² “Inclusive os funcionários supremos na aplicação do Direito têm deveres jurídicos”. (LAGERSPETZ, Eirik. Normas y sanciones. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (comps.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 51-64. p. 59).

⁴²³ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999. p. 50. O autor refere-se à súmula 400 do STF, a qual limita, o cabimento recurso extraordinário quando se tratar de interpretação razoável, seguida pelo STJ, e têm aplicação mitigada sobre temas constitucionais. Acrescente-se que a súmula STF 343, que impede o acatamento de pleito rescisório quando da postura controvertida nos Tribunais ao tempo da decisão rescindenda, também é submetida à importância dos temas constitucionais.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 72-82: ação não proposta, pedido não formulado, recurso não interposto, ônus probatório, extravio de autos, ausência de contra-razões, ausência de sustentação oral, rescisória não intentada.

Como fecho de cúpula da estrutura política do sistema, o ordenamento entrega ao Judiciário a tarefa de tornar retas suas razões. Assim, o ato seria constitucional por forma, mas seu conteúdo precisaria – e aqui o trabalho do jurista – adequar-se às prescrições do Direito.

Portanto, se em face de uma postura uniforme da jurisprudência (direitos de servidores, planos econômicos etc) o Judiciário resolve conceder, quando não seria o caso, direito a servidor, sem considerações maiores que afastem o substrato jurídico da tese que ele mesmo adota, é preciso ver que se trata de **exercício condicionado de direito**.

Nesses termos, apenas mediante a previsão de reparação econômica será o ato válido.

Aqui, distinguem-se os atos de efeitos concretos daqueles produtores de normas.

No ato de efeitos concretos, caberá ao prejudicado buscar a reparação do dano (prejuízo – ilícito estrito – oriundo do descumprimento de um dever – ilícito amplo).

Naquele normativo, caberá pleitear a sua nulidade, com a reparação apenas na ocorrência de prejuízo.

A pergunta sobre que atitude adotar em circunstância de violação dessas regras é logo respondida pelo ordenamento brasileiro com as hipóteses de duplo grau de Jurisdição⁴²⁵. Um erro de procedimento poderia (respeitado o princípio *pas de nullité sans grief*) resultar na nulidade de todo o processo (igualdade perante o Judiciário).

Há, à semelhança da revogação legislativa e da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, mecanismo próprio para a retirada do ordenamento das normas judiciais: a ação rescisória e a revisão criminal.

Também, é possível a existência de lei nula (quando tal nulidade principia a ser reconhecida em controle judicial repressivo difuso de constitucionalidade) e de decisão judicial do mesmo tipo. Caso de liminar concedida de modo contrário a jurisprudência mas

⁴²⁵ Sobre a conformação de tal princípio no Direito Brasileiro, cf. LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. [Col. Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, n. 33] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. [Col. Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, n. 21] ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

devidamente fundamentada pelo magistrado e que, posteriormente, vem a ser revogada pelo Tribunal.

Essa temática finaliza o quadro teórico onde se trabalha. Em tosca síntese, é preciso reler a semântica da Constituição Brasileira de 1988 em todas as categorias jurídicas envolvidas no tema da responsabilidade do Estado: responsabilidade, invalidade, nulidade, ilicitude, propriedade e sua função social, direitos fundamentais, dignidade humana, Estado e igualdade.

6 RETORNO AO DIREITO PROCESSUAL

Este estudo foi apresentado como continuação de pesquisa anterior⁴²⁶ onde, ao que nos interessa momentaneamente – e sem desmerecer os demais aspectos abordados ou seu uso posterior – houve conclusão em dois pontos: a) é possível a responsabilidade do Estado por ato judicial para além das hipóteses referidas na lei e na Constituição; b) é possível a responsabilidade do Judiciário por decisões contraditórias. As considerações que recebeu da doutrina nacional estimulam seu aperfeiçoamento⁴²⁷

Sobre a ilusão científica de um acerto em casos como tais, foi colocado que: “É interessante notar que o fato de decisões contraditórias serem incompreensíveis para o cidadão comum leva o tradicionalismo jurídico a ter isso por prova da especificidade de sua linguagem enigmática. Sem maior substância, que o Direito é assim (?). A verdade é que o próprio jurista evita indagar tal assunto, porque também não sabe. Apenas diz, quando muito, que deve ser evitado.”⁴²⁸

E, a corroborar esse posicionamento, tem-se: “faz-se crer à sociedade que o Direito é um sistema lógico, no qual os ideais contraditórios aparecem como naturais. Essa ‘crença’ é obtida no campo da dogmática jurídica graças ao que Warat chama de sentido comum teórico dos juristas.”⁴²⁹ O autor expõe como a dogmática atua como um conjunto de instrumentos tranquilizadores e que podem impedir uma reflexão aprofundada sobre a realidade, uma linguagem oficial para o Direito⁴³⁰.

⁴²⁶ Fabiano MENDONÇA, ob. cit., *passim*.

⁴²⁷ Cf., por todos, STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 555: o autor aborda a idéia em tópico próprio e obtempera, com profundo conhecimento do tema, acerca da verificação da causalidade no caso concreto e explana acerca da forma de indenização (p. 551).

⁴²⁸ Fabiano MENDONÇA, ob. cit., p. 116.

⁴²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 46.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 40.

Como enfatizado ao longo do texto, não se pode condenar à prática do impossível, nem à perfeição. E é precisamente em razão da imperfeição que existe a responsabilidade. A matemática se dispõe a resolver problemas matemáticos, as ciências sociais, problemas sociais.

Para John Rawls, a Justiça é um entendimento capaz de proporcionar a convivência e o desenvolvimento sociais⁴³¹. Em Cláudio Souto, isso se dá pela diminuição do tempo e do espaço sociais, o que resulta em maior coesão e progresso⁴³². Para alcançar a sua Justiça, o Direito se vale da interpretação dos fatos sociais (o Direito é um ponto de vista sobre a realidade, no dizer constante de Lourival Vilanova). Assim, os fatos serão jurídicos ou injurídicos, conforme sejam favoráveis ou não, respectivamente, ao desenvolvimento social. Porém, há um outro código, com o qual trabalha o direito dogmático: lícito/ilícito.

Já foi colocado que o Direito (Ciência descritiva que se ocupa do objeto direito) destina-se a resolver problemas sociais. Mas, no cotidiano forense do que a prática denomina direito - e que, por sua vez, não corresponde nem à Ciência nem ao seu objeto - não estão diretamente em causa as questões que o direito busca resolver, mas sim os problemas do próprio direito positivado.

Os problemas que chegam às raias do Judiciário são deformações na observância do direito dogmático. São expectativas de conduta frustradas ou em vias de frustração⁴³³.

Ou seja, o litígio judicial, enquanto parcela do conflito social juridicamente interpretado (em relação ao direito positivo e seus mecanismos), é um aspecto da vida sob debate. Sua relação com os fins do Direito (fundamentação científico-filosófica para a existência do objeto social direito) é indireta. Portanto, ao materializar a norma no caso judicial, os intérpretes estão, somente, solucionando um problema que os textos legais encontraram para funcionar. Não aplicando "o Direito" (ordenação ideal da conduta humana) à sociedade.

⁴³¹ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 5.

⁴³² Cf. SOUTO, Cláudio. **Tempo do direito alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 137.

⁴³³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21: “*no interior do litígio, ele [o direito] não trata de problemas empíricos, de problemas sociais, porém apenas de problemas internos a si próprio, de seus próprios problemas. [...] Pois não é senão disso que tratam, imediatamente, os juristas - dos problemas do direito, apenas; os juristas, em regra, não tratam dos problemas que o direito estaria destinado a resolver...*”

Quem opera a interpretação que soluciona o litígio não é o cientista, mas o juiz⁴³⁴. A avaliação acerca da juridicidade ou não de uma conduta situa-se em plano distinto.

O Estado⁴³⁵ compromete-se a organizar a vida social e, para tanto, disponibiliza um conjunto de normas escritas. Para além disso, disponibiliza parcela de sua estrutura - o Judiciário, para se encarregar de sua esmerada aplicação.

Isso, num regime democrático, caracterizado por uma rigidez constitucional e mecanismos de defesa dos direitos dos cidadãos e escolha popular dos governantes⁴³⁶. Até este ponto tudo concorda com a explicação de que o Estado "disponibiliza" um aparato jurisdicional para a comunidade. Nesses termos, razões não há para se contestar a democracia de tal sistema; aparentemente.

Diz-se aparentemente porque, na verdade, essa idéia não encontra raízes na história brasileira - à qual passamos doravante a nos referir - ou seja, explicações na cultura brasileira. Daí a primeira contradição: o povo, que, por intermédio do Poder Constituinte promulgou uma Constituição, não a escreveu.

Entenda-se, o ordenamento foi, sim, construído com a participação de interesses de nacionais, porém, a realidade brasileira trabalha com um elevado grau simbólico⁴³⁷. Daí a explicação de uma certa crença popular de que a lei tudo resolve.

Essa estrutura, em princípio tão democrática, na verdade, pode revestir-se de puro autoritarismo e abuso de poder quando vários aspectos tradicionalmente ligados a uma generalidade democrática da lei são postos em questão. Assim ocorre com: o caráter legitimador do voto - onde há interferência do econômico sobre o político - e faz que o voto, por si só, não seja sinônimo de democracia; a aplicação da lei em locais isolados da comunidade nacional - onde há até motivos para desconhecer mesmo o dever de obediência a

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁴³⁵ O qual Sundfeld (**Fundamentos de direito público**) denomina de Estado-governo, em contraposição ao Estado-sociedade, adiante referido apenas como sociedade.

⁴³⁶ MENDONÇA, Fabiano. ob. cit. p. 48 e segs.

⁴³⁷ Cf. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do Imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos**. São Paulo: Companhia das letras, 1998. p. 36-42: a autora mostra bem a utilização do imaginário popular na época imperial pelo grupo politicamente dominante para a construção e afirmação de um modelo de monarquia nacional em seu benefício. Para o que foram utilizadas as artes (pintura, escultura, gravura, teatro, etc), de modo a gerar todo um conjunto de símbolos a gravitar na figura do rei, o maior dentre eles. Donde se concluir que a tendência em simbolizar o poder e as relações sociais data das origens de nossa formação política. Cf., sobre o caráter simbólico da legislação, NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 26-41.

determinado Estado; e, como já explorado, a noção de legalidade – que, na verdade, nem sempre representa a vontade do povo.

É preciso, aqui, reafirmar que a justiça é o objetivo de todas as ciências sociais e respectivos profissionais, não privilégio do Direito. Afinal, ninguém tem o direito de ser injusto. Antes, cada ciência trabalha a busca de Justiça para determinado problema.

E qual o papel do Judiciário nisso tudo? Impor a vontade do Estado, manifestada na lei, defendendo-a de ataques?

A resposta a essa questão só pode ser negativa, pois cabe ao Estado intermediar o diálogo do texto normativo com a sociedade, por meio da edificação de um arcabouço normativo que seja justo.

E por que ela teria que fazer isso, se é apenas um órgão subordinado? Em primeiro lugar porque é um Poder Constituído e, portanto, diretamente subordinado ao Poder Constituinte, não a vontades de ocasião ou aos outros poderes. Depois porque seria admitir o suicídio estatal crer que um órgão pudesse ditar posturas prejudiciais ao corpo. Uma coisa seria reconhecer esse fato e estudá-lo; outra é protegê-lo teoricamente, o que deve ser evitado.

Ainda que a forma de organização política Estado possa não ser para sempre, já dizia o poeta, "mas que seja infinito enquanto dure"⁴³⁸. O Estado apresenta, então, mecanismo indispensável de conservação, que é o Judiciário. Ele precisa seguir regras, mas, para tanto, não precisa agir como um ser desprovido totalmente de razão. Afinal, é constituído por seres humanos.

A par disso, é preciso o olhar da paixão pelo direito.

O olhar, para quem o recebe, pode ser indecifrável (enigmático) ou de cristalino significado. O apaixonado sempre sabe o que o olhar significa. O olhar da paixão pelo Direito resolve todas as dúvidas (sobre discricionariedade, o olhar apaixonado, olhar vago, estabelece o compartilhamento do código comunicacional com o verdadeiro destinatário – a sociedade – por isso o juiz tem de integrar-se nela).

O Judiciário tem persistido num modelo absenteísta e burocrático que não se altera há séculos. Particularmente, na realidade brasileira, tem apresentado mínimas alterações pontuais, desde o estabelecimento da República. No máximo, tem oscilado entre Judiciário unitário e dual (federal) e entre um maior ou menor número de “Justiças”, sempre

⁴³⁸ Vinícius de Moraes, soneto da fidelidade.

agregadas por fatores históricos e políticos.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 trouxe uma semântica que ainda precisa ser bem compreendida quando aperfeiçoou sua estrutura com as “funções essenciais à Justiça”. Particularmente, com a reafirmação da finalidade pública da advocacia e do aperfeiçoamento do ministério público, da advocacia pública e da defensoria pública. Estes são “braços” do Judiciário para atuar preventivamente nos conflitos, fiscalizar os demais poderes e aproximar-se da população⁴³⁹.

Em verdade, como já exposto, quando se reduz o subsistema jurídico a operar a aplicação do código lícito/ilícito, extrai se-lhe conseqüência que não corresponde às premissas adotadas. É o que ocorre com a busca da autopoiese jurídica em relação à política, a qual, comumente, fixa-se numa visão do Direito como mecanismo estatal de decisão e aplicação da força para garantir expectativas de conduta. Assim, resulta uma análise separatória do político-*x* e do político-jurídico.

A argumentação sistêmica que busca apartar Direito e Política com vistas a uma pretensa autopoiese absoluta do jurídico aponta para uma visão do Direito que o confunde com a lei e com a atuação do Judiciário. Todavia, ele é bem mais amplo.

Em verdade, trata-se o sistema jurídico por meio de um iniludível reducionismo: como se ele fosse resumido à aplicação da lei pelo juiz e ao dever deste de afastar-se das questões políticas. Ora, o Judiciário é um poder político (decidir em nome do povo) a partir de sua inafastável função básica: decidir.

O juiz está tão garante para o Direito como o policial. Tanto quanto o Legislativo e o Executivo são Direito. Afinal, a nenhum desses setores é dado o direito de descumprir regras.

Insistir naquela forma repartida de crer no Direito é ou não querer ver que o dogmatismo – não a dogmática – é reducionismo, e assim nega a ciência (não há pecado em aceitar isso, ao contrário, a prática forense, como tantos serviços públicos, é muito importante na sociedade, além de bastante lúdica e estimulante; devendo ser exercida por profissionais éticos, responsáveis e que respeitem o cidadão; um meio de vida digno de honra, nada mais, não é crime pensar assim) ou querer justificar o jurista sua opção por pensar sem ir de encontro à maioria dos bacharéis em “Ciências Jurídicas” (senso comum jurídico) que acreditam apenas na lei ou no trabalho intelectualmente tutelado. Como maioria não é critério

de verdade... há vida além do Código Civil.

6.1 TIPIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma grande zona de conformação de direitos individuais perante a Jurisdição, num fenômeno crescente que é a vinculação constitucional do Direito Processual; e nisso há extenso rol, mormente entre os incisos XXXV e LVII de seu artigo 5º. Na Constituição estão as bases, donde a legislação retirará seus parâmetros e às quais deverá observância.

A análise da causalidade judicial comportará os seguintes temas principais: decisões liminares, particular beneficiado como agente, direitos sociais e mudança interpretativa.

As conseqüências de decisão judicial inválida que permanece no tempo, até sua revogação (fala-se aqui não da revogação de orientação, mas naquela que constata invalidade no documento anterior por grave falha interpretativa), deve ser apurada na medida de sua tipificação.

De início, há a colocação de determinados “prejuízos” comuns inerentes à atividade judicial, como, por exemplo, a publicidade acerca do fato processual (CRFB 5º, LX e 93, IX). Não pode a parte alegar contra ela, salvo os casos de defesa da intimidade ou interesse social, seu constrangimento subjetivo com a lide.

Também o tempo de duração do processo, desde que dentro dos padrões de razoabilidade – se não, será hipótese de ilicitude, pois não há direito a demorar-se com o processo – não enseja reparação patrimonial ou moral. Igual destino acompanha o dever de se submeter ao juiz natural e a própria pena de prisão.

Mas quais os possíveis efeitos de uma decisão judicial que preencha o tipo da nulidade (ausência de requisito essencial para pertencer ao ordenamento)? Uma vez que se trate de decisão terminativa, resta oferecida pelo ordenamento as vias da revisão criminal e da ação rescisória, com o objetivo de invalidar o comando.

⁴³⁹ V. c. 2, nota 111.

A par disso, mostra-se aberta, também, a possibilidade de intentar ação reparatória contra o Estado.

Sim, afinal é vedado em nosso Direito Positivo o causar dano a outrem. Nessa condição, o ato que causa dano (como o motorista que abalroa outro automóvel com o seu) é vedado pelo ordenamento e, em si, nulo por impropriedade do objeto (mesmo que culposamente, o que caracterizaria vício de vontade). Todavia, seu objeto não permite recomposição do *status quo ante*.

Doutro lado, há aquele ilícito em sentido estrito decorrente da nulidade (gradação necessária e combinada), e que se verifica sempre que não for possível expungir o ato do plano da existência.

Um traz em si o dano (ilícito), outro o tem como consequência (ilícito decorrente de nulo) e outro não lesiona a esfera jurídica alheia, mas agride o ordenamento jurídico (nulo).

A título de resumo, diga-se que a responsabilidade do Estado pode ser oriunda de ato inválido (nulo ou ilícito) – caso em que o prejuízo assume o caráter de dano – ou de ato válido, caso em que a inexistência de reparação⁴⁴⁰ enseja a invalidade do mesmo como nulidade. Neste caso, se for verificada a existência de prejuízo, será o caso de ilicitude.

Observe-se que, no primeiro caso (ato inválido do Estado), pode ser vislumbrada a nulidade do ato como reparação *in natura*, o que seria de efeitos prospectivos (*ex nunc*). Já no ato válido, seu efeito será *ex tunc*, ou seja, desde a origem do ato, que não é imposição lógica, mas postura valorativa do ordenamento brasileiro, com o retorno ao *status quo ante*.

Se o Judiciário conduziu-se licitamente, então incide limitação básica a impedir a verificação da responsabilidade.

Em minudente e profícua análise do tema, Oreste Nestor de Souza Laspro trata de aplicar a teoria da responsabilidade do Estado às hipóteses judiciais e, posteriormente, aos atos do juiz⁴⁴¹. No que interessa ao presente caso e excluindo as hipóteses que implicam em avaliação de vontade do agente, podem ser, de plano, visualizadas os casos de: culpa da vítima (busca serodia do Judiciário, obstaculizou a prestação jurisdicional, ausência de

⁴⁴⁰ À semelhança do que ocorrer com a obrigação tributária acessória, que, não observada, converte-se em principal.

⁴⁴¹ LASPRO, **A responsabilidade civil do juiz**, *passim*.

manifestação recursal sem justificção plausível para tanto, o que impõe a verificção, nesta hipótese, de concorrência parcial da parte para o dano se, efetivamente, o recurso poderia afastar o prejuízo); caso fortuito ou força maior; estado de necessidade (necessidade da prática de atos de salvaguarda da ordem pública, aqui se confundindo com as limitação básicas especiais); e fato de terceiro (casos em que os vícios de consentimento praticados por outrem, como erro, dolo, ignorância, ou sociais, como simulação ou fraude, possam interferir na atuação judicial de modo a impedir-lhe o correto direcionamento dos atos)^{442 443}.

A par das tradicionais limitações da responsabilidade objetiva do Estado (culpa da vítima, caso fortuito e força maior) que, na verdade, são hipóteses de ausência de liame entre o dano e a conduta estatal, ergue-se hoje a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de dano causado por terceiros. Mas, além disso, há a necessidade de regulamentar a responsabilidade objetiva do Estado no que tange ao dano de origem judicial, objeto da pesquisa, como já explicitado no primeiro tópico.

Assim, neste ponto, estabelecidos os critérios de igualdade e do tempo da cristalização jurisprudencial, devem-se apontar as formas de indenização e sua extensão, bem como, eventuais limitações em decorrência dos princípios adotados em nosso sistema constitucional. Se, na atual posição teórica, não há limitações, a não ser o humanamente impossível, é factível estabelecer alguma nova limitação? Ou o Estado poderá fazer o quase-impossível?

A questão, portanto, não é meramente saber, no caso concreto, como aplicar uma discriminação legal ou não. Mas saber até que ponto pode ir o poder do Judiciário (=Estado) sem causar danos ao particular por mudança interpretativa.

Espera-se contribuir de maneira efetiva para a concretização da cidadania brasileira, através do aprofundamento de tema tão urgente na doutrina constitucional pátria e estrangeira.

Assim, em síntese de todo o expendido, tem-se que o dano, para dar ensejo à reparação, deve ser: a) praticado direta ou indiretamente pelo sujeito a quem se imputa o dever de responder (causalidade adequada, que suplanta a equivalência de condições, a causa próxima e a causa eficiente⁴⁴⁴); b) previsível; c) resultar em situação anti-isonômica,

⁴⁴² *Ibidem*, 177-203.

⁴⁴³ NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999. p. 111.

⁴⁴⁴ Humberto AGLIANO, **Limites...**, p. 63-6.

conforme apuração proporcional dos ditames legais e constitucionais. Fica, desse modo, elidida a responsabilização por imputação externa e estabelecida a necessidade de haver uma obrigação descumprida para existir responsabilidade.

Isso nos autoriza a tecer algumas conclusões.

Se o Estado causa o dano comissivamente ou de modo omissivo relevante, seja por ato legal ou ilegal, deve responder por isso e ressarcir-se por intermédio do direito de regresso. Oportunidade na qual será apurada a culpa do agente causador do dano.

Se, por sua vez, o particular causa o dano em atitude ilegal ou legal, igualmente deverá reparar o dano.

No primeiro caso, o Direito tem em vista, primordialmente, a equidade e, na segunda, o seu caráter punitivo.

Porém, se o particular praticou o ato legalmente, e mais, sob específica autorização do Estado, uma nova solução se apresenta. É que, enquanto agente autorizador, o Estado atua para assegurar a observância de padrões **mínimos** de respeito aos direitos em sociedade. Ou seja, se vier a ser verificado que o ato danoso respeitou, na interpretação do Poder Judiciário, aquela mencionada “dignidade humana”, outro caminho se apresenta.

Afinal, é de se ver os potenciais benefícios que podem ser trazidos à coletividade por obras de construção de usinas, geração de empregos, prédios públicos, etc. Atos que, por exemplo, agridem o patrimônio ambiental (que, nos termos da Constituição, não é apenas para as presentes, mas para as futuras gerações). Não que se defenda de forma alguma a irresponsabilidade por condutas que menosprezam o patrimônio natural, mas é de se dar a correta solução para o caso.

É preciso reconhecer que, ou por desatualização de parâmetros ou por imperícia, o Estado eventualmente exige determinados padrões ou cautelas que, em si, não evitam a ocorrência do dano. Já que, por vezes, não há que se falar em risco, pois o dano já existe com o próprio ato, diga-se agora que muitas vezes a autorização para o desempenho de determinada atividade potencialmente danosa pelo particular já traz em si a iminência do dano.

Nesses casos, soa até como achincalhe o beneficiado pretender se justificar dizendo que agiu autorizado. Em casos onde o estado da técnica pode afirmar a inevitável ocorrência do dano com o simples desempenho da atividade autorizada, a responsabilidade do

particular é inescusável, pois agiu com má-fé num caso de dano evidente⁴⁴⁵. Sem razões, portanto, para se interferir na objetividade.

Todavia, nesses casos, o Estado falta para com o seu dever fiscalizador. E em sendo ato que, em si, não desobedece norma diretiva específica nem é praticado por agente público, deve ser-lhe atribuída responsabilidade subjetiva. Não perante o protegido, já que este se beneficiou do ato, mas perante a coletividade, pelo dano praticado, juntamente com o empreendedor.

Se, todavia, a conduta autorizadora do Estado é condizente com o estado da técnica e, assim, suficiente para coibir os danos desiguais, não há que se falar em responsabilidade concorrente do Estado.

No dano de origem privada, há uma inversão de posições teóricas. Enquanto no ato público lícito gerador de responsabilidade é a lei que autoriza o prejuízo e a conseqüente reparação em prol da coletividade, essa permissividade inexistente para condutas de particulares em benefício próprio. Quando o indivíduo é prejudicado pela comunidade, esta arca com os gastos para **restabelecer o equilíbrio**. Mas quando é a comunidade que é prejudicada pelo particular, este é que deverá arcar para com a **reparação do dano**.

Ressalte-se, todavia, que o dever de controlar a nocividade da conduta é misto, tanto particular quanto público. Aplica-se, então, esse mesmo raciocínio para os casos em que o Estado, podendo cassar ou rever autorizações danosas concedidas, não o faz.

Desse modo, deve incidir a via reparatória se o Judiciário concede uma autorização (liminar, por exemplo) e a mesma vem a causar prejuízo à outra parte ou a terceiro. O que é vedado em nosso direito pela dicção dos artigos 273, 588 e 804 do CPC, ao determinar que as antecipações de tutela não podem ser irreversíveis e que a parte deve prestar caução para garantir eventuais danos futuros no cumprimento da ordem.

Esses raciocínios têm em vista contribuição de estudo com a qual se espera ajudar a alcançar uma equânime e responsável convivência social.

É preciso equalizar o caso do cidadão que, amparado em decisão judicial (norma válida que caracteriza o ato como juridicamente perfeito), posteriormente revogada, vem a causar prejuízo a outrem.

⁴⁴⁵ Sob o prisma do Direito Ambiental, cf. KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 8, p. 13-45, 1997. p. 41.

Se a afirmação da Constituição e de seu modelo democrático são um processo histórico e político, o processo judicial em si não deixa de fazer parte dessa transformação social.

Diz-se que a Constituição é um processo por ela apresentar forte configuração utópica. Entenda-se por utopia a parcela de ideologia (conhecimento não comprovado cientificamente) passível de ser implementado e racionalizado.

A Constituição, antes de se tornar norma, por interveniência da inteligência jurídica, é um texto cuja linguagem pertence ao plano do “direito” positivo. O estilo, as formas gramaticais, o tipo de linguagem utilizado não são necessariamente representativos dos juízos deônticos que encerram.

Por isso, tal etapa é pré-jurídica. Nessa fase, o texto é em si objeto da ciência política. Trata-se da decisão tomada acerca dos rumos da nação por um grupo específico de pessoas.

É imprescindível mencionar aqui o fato de que a referência à Constituição como a decisão de um grupo político com o objetivo de interferir no curso das relações sociais e centralizadora de um sistema de prescrições é marcadamente ocidental. Com isso quer-se significar que é fruto típico da sociedade erguida sobre o modo de ser da Grécia e Roma Antigas e parte do sistema de *civil law*.

Uma sociedade que, há pouco mais de dois séculos, escolheu a técnica da codificação e do constitucionalismo para organizar suas expectativas de conduta. Um fenômeno recente, localizado – o que não reduz sua larga abrangência e importância – e que fez surgir uma habilidade jurídica específica para o trato desse fenômeno (reunião entre dados objetivos e psicológicos): a Dogmática Jurídica.

Valendo-se da Lógica para dar coerência ao discurso, a Dogmática, cuja necessidade cultural não a torna excluyente de um saber jurídico mais abrangente, é insuficiente para explicar a normatividade social em modelos diferentes de nossa realidade cultural. Principalmente, naqueles povos desprovidos de textos superiores escritos e objetivos.

Finda essa observação, vê-se que do texto constitucional, por sua vez, origina-se um encadeamento de autorizações legislativas. É assim, por exemplo, que uma decisão tomada por quinze pessoas eleitas por determinada comunidade será chamada de lei, enquanto de a decisão de outras quinze, eleitas pela mesma comunidade e talvez depositárias de maior

confiança não será. Isso, desde que para tanto o ordenamento qualifique aqueles de “vereadores” e estes de líderes ou Conselho de Bairro, por exemplo.

Tal ocorre porque a dogmática, nas sociedades em que a técnica legiferante se faz presente, opera um profundo corte epistemológico sobre a realidade. Cria-se, assim, um universo paralelo de interpretação dos fatos o qual, por se utilizar em grande parte da mesma linguagem natural, conduz a dificuldades em sua compreensão e ordenação.

Mas a ânsia do homem em buscar uma decisão certa, e não apenas lícita ou ilícita, faz com que ele labore conceitos de justo, injusto, legítimo, ilegítimo, jurídico e injurídico. O que dilui a importância do formalismo dogmático e torna a Ciência do Direito dependente de uma interdisciplinariedade contínua com a Filosofia, a Sociologia e a Psicologia, conquanto mantida a especificidade de seu objeto, o que não implica numa radicalização ontológica ou realismo.

É por isso que, na passagem do texto de lei para norma situa-se a maior conexão dialética entre os sistemas político e jurídico. Não só na formação pré-jurídica do texto – no sentido de que não é objeto exclusivo do Direito – mas no processo interpretativo que se segue.

O conjunto de princípios e regras que regulam o exercício do poder de decisão pelo Estado é objeto de ordenação pela Teoria Geral do Processo, seja na esfera judicial, legislativa ou administrativa (como o processo administrativo disciplinar). Todavia, o uso próprio da expressão Direito Processual é tradicionalmente resguardado para referência ao Poder Judiciário⁴⁴⁶.

Assim, se um cidadão passa a exercer determinado comércio, antes vedado, por liminar concedida em mandado de segurança e (Súmula STF 405) tal permissivo vem a ser revogado (*ex tunc*) cria-se tormentosa situação: o comerciante terá praticados atos ilegais e estará em poder de estoque que não poderá comercializar. Mais, considerar-se-ão devidos todos os tributos, com multas⁴⁴⁷?

A resposta é dada pelo princípio da segurança jurídica. Uma vez que há

⁴⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 77-82.

⁴⁴⁷ Especificamente esta é a preocupação de DAL COL, Helder Martinez. Cassação de liminar em mandado de segurança em matéria fiscal e o sobreprincípio da segurança jurídica. **Editora Forense**, Rio de Janeiro. Seção atualidades. Disponível em: <<http://www.forense.com.br/atualida/artprevidencia.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2001.

decisão válida a suportar o ato, ele é juridicamente perfeito. Não poderá, todavia, gerar direito adquirido à continuidade dos negócios ou ao pagamento diferenciado de tributos.

Todavia, para evitar a ocorrência de dano maior, como indenização (para a prática de direito condicionado pelo Judiciário) pecuniária, seria permitido determinar a prática do comércio apenas para ultimar os atos. Não é que seja impossível ao Judiciário causar dano, mas ele deve cuidar para que não ocorra o prejuízo, **sem para isso retirar o direito da outra parte**, pois aí ele é um terceiro também atuante.

Em que pese a inexistência de regra no Direito Brasileiro impondo a preferência à reparação em dinheiro⁴⁴⁸, vê-se o testemunho de Luiz Antonio Soares Hentz: “o ressarcimento específico, *in natura*, não é da tradição brasileira, nem obriga a legislação que se proceda a ela preferentemente.”⁴⁴⁹

Sobre o momento da indenização, vê-se que a verificação de sua necessidade pode dar-se *a posteriori*, desde que se não obste o pronto ressarcimento, direito do cidadão⁴⁵⁰.

É preciso dizer, também, no que entra a consideração da **culpa da parte**, que se a parte requereu uma liminar, a qual aceitou de bom grado, sob o argumento de que era para evitar grave lesão a direito, não pode, agora, pretender ingressar judicialmente sob o argumento de que foi lesado por sua concessão. Resguardados os contornos do caso concreto, seria hipótese de flagrante má-fé, portanto, ilícito.

Na reparação do lucro cessante, Jacintho Câmara⁴⁵¹ coloca como extremos que se deve evitar o enriquecimento sem causa tanto do Poder Público como do particular (não poderia ser um “verdadeiro prêmio de loteria”). O caso concreto poderia trazer ou não elementos para a limitação do lucro cessante, todavia, aponta o citado autor que “essa dificuldade é inafastável, ela é inerente ao instituto, comum a todo tipo de responsabilidade.”⁴⁵² Lembra ele que, por exemplo, quando se tratar, especificamente, de um enriquecimento sem causa da Administração, a reparação não seria equivalente a todo o dano,

⁴⁴⁸ Observe-se que o princípio da eficiência no Direito Processual prega que a decisão judicial deve proporcionar ao jurisdicionado que teve seu direito lesado a reparação o mais semelhante possível ao bem da vida que ele teria alcançado com o cumprimento extrajudicial da obrigação por parte do executado.

⁴⁴⁹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. p. 143.

⁴⁵⁰ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998. p. 50-3.

⁴⁵¹ CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999. [Temas de Direito Administrativo, n. 3] p. 140-3.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 143.

mas apenas ao valor que efetivamente o Poder Público absorveu de modo iníquo, já que não se trata de distribuir pela comunidade um ônus, mas de retribuir um benefício recebido⁴⁵³.

Responsabilidade objetiva por omissão. Tal modalidade é admitida, inobstante a ausência de comportamento positivo de agente público, nos contornos aqui esboçados.

Numa situação em que se verifique o dever de agir do Estado, a omissão representaria descumprimento de obrigação capaz de gerar responsabilidade, por ser conduta contrária ao ordenamento. E esse dever de agir é determinado pelas normas (sejam mesmo constitucionais com eficácia negativa) existentes, conjugadas com os dados da situação fática.

Assim é que não se transmuda em subjetiva a responsabilidade quando o Estado vier a responder por ato praticado por terceiro, num caso onde é sabida a necessidade de atuação estatal. É o que ocorre em local sabidamente sujeito a assaltos a transeuntes.

Mas, para tanto, é preciso que seja razoável prever a ocorrência do ato danoso. Pode-se chamar de fato previsível pelo estado da técnica. Não se pode, por exemplo, esperar que o Estado organize uma sistemática com o objetivo de impedir a ocorrência de atos danosos por omissão se as condutas dos terceiro que geraram o problema eram imprevisíveis naquele local ou situação, salvo se vier a ocorrer uma frequência muito grande de atos drásticos da referida natureza.

O fato, por exemplo, de poder se perguntar o porquê da autoridade policial não ter agido em determinada situação ou se sabia da fragilidade da segurança pública em determinado local, não converte o tema em indagação subjetiva, a qual levaria a indagar pela culpa (caráter subjetivo interno), o que não ocorre. Na verdade, trata-se de um dado externo e objetivo: por exemplo, se a autoridade policial sabia de algo.

Na responsabilidade objetiva a consideração é: o Estado sabia dos problemas da omissão e não agiu (observe-se que essa posição tem o pressuposto de um Estado do bem-estar social). Já na responsabilidade subjetiva, a pergunta é: apesar da previsibilidade dos danos, por que o Estado não agiu? Esta leva a indagar pela culpa, pela falha, administrativa; ou seja, não pela culpa de um agente em particular, mas do serviço como um todo e dos motivos pelos quais falhou.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 149.

As obrigações do Judiciário. Pelo prisma da omissão, são previsíveis os danos que o jurisdicionado pode sofrer no descuido com os procedimentos e a má apreciação do Direito, de modo que fica assegurada sua responsabilidade mesmo na hipótese de dano causado por fato relacionado com a omissão do Estado.

Repita-se que a responsabilidade em sentido estrito apenas existe quando há uma obrigação descumprida. E, no exercício de atividades liberais, o Estado se obriga por uma prestação-meio e não pelo resultado.

Pois, se o caso envolve a atuação de profissional liberal, a culpa pelo dano é presumida (já que o Código de Defesa do Consumidor fala em culpa e traz o princípio de sua proteção), cabendo verificar se o agente é obrigado a reparar o dano (imputável); pode este, todavia, afastar a sua culpa. O que leva à inversão do ônus da prova⁴⁵⁴.

E, se, subjetivamente, não couber responsabilidade ao agente, igualmente não toca ao Estado, por se tratar, de obrigação de meio. Caso contrário, o Estado estaria obrigado a algo impossível.

Se não houve falha da atividade estatal, mas a ocorrência de força maior, não há que se falar em responsabilidade do Estado. Tampouco objetiva. Na verdade, apenas na medida do que resultasse da incapacidade do agente e fosse algo realizável, exigível, é que tocaria responsabilidade, portanto, subjetiva ao Estado.

O próprio artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, assegura ao fornecedor de serviços o direito a comprovar que não houve dano na prestação do serviço, para elidir a sua responsabilidade. Ou seja, não se trata de responsabilidade objetiva. E nisso não há contrariedade ao dispositivo constitucional (CF 37, § 6º), na medida em que o caso estranho que causou o dano não tenha sido causado por agente do Judiciário.

Não há, então, dever de obter a pacificação, nesse sentido, o dever do Judiciário é de meio. Mas há o dever, finalístico, de evitar lesão à isonomia.

Bem, a atividade do advogado é de meio. E seu correlato, o Judiciário? O Judiciário não assegura o alcance de resultado *x* ou *y*, nem grau de satisfação dos litigantes. Todavia, compromete-se a observar zelo na sua conduta.

Se um agente do Estado causou o dano, então a responsabilidade será objetiva.

⁴⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**, Recife, n. 9, p. 215-27, 1998. p. 221-3.

Porém, em hipóteses nas quais tenha havido a interferência de agentes externos e onde estava presente obrigação de meio, será preciso levar a efeito apuração subjetiva.

Em fato, a estrutura judicial de julgamento não é atividade liberal.

Para finalizar os problemas com liminares, vê-se que há a hipótese de manutenção da mesma para evitar dano, de proceder-se a reparação pecuniária (não possível se a própria parte deu causa) e de decisões de caráter satisfativo, as quais exaurem seu objeto, apenas passíveis de recomposição patrimonial.

Veja-se que a decisão judicial pode caracterizar ato lícito ou ilícito, na medida do que ficar assentado pela interpretação da instância superior.

A possibilidade de dano pela última palavra do Judiciário não se prende, aqui, ao conteúdo do ato, mas ao direcionamento anti-isonômico que se lhe empregue.

Se a decisão é revogada por contrariedade a requisito legal, tem-se hipótese de decisão ilegal, que, uma vez não fundada em razoabilidade interpretativa, não caracterizará estado de necessidade. E, assim, sujeitará o Estado à responsabilidade com via regressiva.

Porém, se é revogada por mudança de entendimento de fundo, então não se pode falar em ato ilícito, mas em existência de ato lícito precário, posteriormente revogado.

Sobre os danos causados por liminar quando o resultado final é contrário, vê-se que a parte arca com algo que sequer deveria ter ocorrido. Não se pode, para evitar isso, falar em ultratividade da liminar, apenas para proteger a parte. Pois, estar-se-ia a lesionar a parte contrária, a qual, na medida em que age amparada e **dentro do estado da técnica**, não tem porquê responder. Por isso vê-se o Estado como um terceiro.

Podem ser identificados os seguintes momentos relevantes para a presente análise: (i) a inobservância do dever jurídico ou o receio de lesão futura, (ii) o exercício do direito de ação, (iii) a manifestação judicial - seja ou não definitiva sob o aspecto processual. São momentos nitidamente separados no tempo físico, mesmo que eventualmente próximos (como a interposição de uma ação e a concessão de liminar ou o indeferimento da inicial ou, ainda, a verificação de um ato administrativo abuso e a impetração do pedido de segurança).

Sobre a coisa julgada, por sua vez, é corrente o debate em prol de sua relativização⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Coisa julgada e Constituição: os efeitos da lei nova, da mudança de interpretação dos tribunais e das emendas constitucionais sobre a coisa julgada. **Nomos**, Fortaleza, v. 16-8, n. 4-

6.2 SOBRE O DIREITO INTERTEMPORAL: determinação da regra aplicável⁴⁵⁶

Uma vez que o Poder Público aplique uma norma em consonância com a Constituição, resulta tal ato como perfeitamente válido e inatacável, o qual tem a proteção do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, que veda prejuízos ao ato jurídico perfeito. Mais ainda, antes da prática do ato fora verificado o direito adquirido do órgão em fazê-lo.

Sobre o assunto é salutar invocar a lição de Miguel Maria de Serpa Lopes⁴⁵⁷:

[...] o conflito intertemporal ocorre entre duas leis: uma, anterior, revogada; a outra, posterior, vigente. Trata-se, precipuamente, de um corolário da própria função da lei, que é a de reger um determinado fato, criando, por essa regência, uma situação jurídica que tende a permanecer inalterada. Esse fato inteiramente exaurido sob a vigência da lei pretérita a nenhum conflito dará lugar, pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito podem gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem necessariamente sobre eles um império absoluto. O grande problema assenta em relação àqueles fatos ou àquelas situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até ser apanhados pela nova lei revogadora.

Não importando a hierarquia da norma, uma vez que validada pelo ordenamento, ou seja, de acordo com suas antecessoras, da qual deriva a sua força, faz jus a idêntica proteção. O ordenamento protege toda a sua estrutura porque em cada uma delas desde que seja redutível ao texto magno, está presente um pedaço da própria Constituição.

Assim, as normas servem, precisamente, para qualificar os fatos sob o seu jugo (lícito/ilícito). Elas disciplinam os efeitos das condutas humanas, o modo como devem ser interpretadas e as relações jurídicas daí decorrentes. É essa específica incidência que é protegida pela regra da irretroatividade.

Uma vez configurado o quadro de relações jurídicas decorrentes de uma conduta, ele recebe a proteção do ordenamento contra alterações, salvo se vier a ser alterado em benefício do titular de direitos.

No ato jurídico perfeito pergunta-se ao passado: o ato foi praticado em

6, p. 86-102. DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista de processo**, São Paulo, v. 26, n. 103, p. 9-36, jul./set., 2001. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Coisa julgada: direito facultativo ou imperativo. *mimeo*.

⁴⁵⁶ Tema que serve de subsídio, precipuamente, para o estudo da responsabilidade oriunda de mudança interpretativa.

⁴⁵⁷ **Curso de Direito Civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1. p. 190. [Biblioteca Jurídica Freitas Bastos]

conformidade com o ordenamento? Se foi, seus efeitos devem ser mantidos.

No direito adquirido, a pergunta é: em algum momento a lei então vigente incidiu sobre o plexo de direitos do sujeito de modo a originar relação jurídica favorável a ele? Se sim, há direito adquirido.

Nessas hipóteses, há proteção contra a retroação legal. Mas um aspecto deve ser observado: nenhuma lei retroage, pela simples razão disso ser impossível, ao menos no atual estado da ciência dos homens. Quando se fala em retroação da lei quer-se significar que ela será aplicada, como toda lei, dali em diante, aos efeitos ainda pendentes de relações jurídicas configuradas sob regime anterior. Efeitos que não são passados, mas presentes.

Numa relação jurídica cujos efeitos perduram no tempo, como a de ensino, apenas os frutos novos passam a ter seus efeitos regidos pela nova regulamentação.

De modo que a regra do nosso direito é assim exposta por Pinto Ferreira⁴⁵⁸: “O Estado pode determinar leis retroativas, pois as circunstâncias sociais e históricas se modificam. Os entes estatais podem editar normas com eficácia retroativa ou com efeito retrooperante, mas desde que não firam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito protegidos constitucionalmente pela *lex legum*. [...] Não se presume por consequência a eficácia retroativa da lei.”

Ou seja, nada impede que uma lei retire novos efeitos de fatos que pertencem ao passado. É o caso de uma lei que resolva conceder determinado adicional remuneratório ao servidor que conte com *x* anos de serviço público. É claro que o tempo, como todo o passado, integra-se em nossa personalidade presente. E é essa parcela que permanece viva que é considerada, mesmo sendo passado.

Utilizar o tempo de serviço para conceder aumento, como exemplificado, é ter, a lei, o chamando efeito retrooperante. Todavia, como é para beneficiar, revela-se favorável tal alteração jurídica (CF 5º, XXXVI, “a lei não prejudicará...”).

Prossegue o mestre pernambucano, com amparo no magistério de Paul Roubier⁴⁵⁹: “[...] a lei nova não tem efeito retroativo, ela disciplina somente o futuro (CC francês, art. 2º; CC brasileiro, art. 6º; e CF do País, art. 5º, XXXVI). A aplicação da lei nova a fatos pendentes (ou situações em curso) exige uma separação no tempo entre as partes

⁴⁵⁸ **Comentários à Constituição Brasileira**: arts. 1º a 21. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 143.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 147.

anteriores, que não podem ser atingidas sem que a lei retroaja, e as partes posteriores, a que se aplica a lei nova.”

Por exemplo, do mesmo modo que a matrícula em universidade, direito advindo da aprovação em processo seletivo em determinada ordem classificatória, não dá direito ao cidadão de, só por estar matriculado, concluir o curso, não se pode imaginar que tenha o direito de manter as mesmas regras. Até porque seria um contra-senso. Como pretender que o interesse público em ter uma educação de qualidade seja respeitado se o aluno se opõe à alteração das regras universitárias? Não seria possível. Do mesmo modo que não seria possível a modernização da grade curricular do curso.

A matrícula em universidade, tecnicamente chamado cadastramento, dá ao aluno apenas o direito a participar do corpo discente da Instituição. Para manter-se nesse quadro e concluir o curso terá de demonstrar rendimento. Não é um ato de incidência de regras jurídicas outras, como o pretendido direito de não poder se impor a ele a exclusão por excesso de reprovação.

O que existe é, isso sim, o direito de a reprovação havida sem a existência da norma penalizante não contar para a exclusão. Não há como se falar em direito adquirido num momento em que sequer havia aprovação ou reprovação, que é aquele do cadastramento no início da vida acadêmica. Não há, noutras palavras, direito adquirido ao regime acadêmico existente no momento de ingresso no curso. Isso é corroborado pelo seguinte posicionamento do Supremo Tribunal Federal, aplicável analogicamente:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. VENCIMENTOS. AGREGAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO: INOCORRÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 43/92. SÚMULA 339.

1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, havendo precedentes específicos na 1ª Turma e no Plenário, contrários ao acórdão recorrido, que ainda deixou de observar os princípios constitucionais levados em consideração na Súmula 339.

2. R.E. conhecido e provido, para o indeferimento do mandado de segurança, cassada a liminar.

(STF, 1ªT, RE 238.706/SC, Rel. Min, Sydney Sanches, julg. em 11.12.98, DJU 16.04.99, p. 31, unânime)

A aplicação da regra nova defluiu assim do fato de o Direito Pátrio ter adotado um critério misto em relação à irretroatividade da lei – subjetivo na Constituição e objetivo-eclético na Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁶⁰. Assim diz o artigo 6º da referida Lei de

⁴⁶⁰ LOPES, ob. Cit. P. 195-203.

Introdução: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito.”

Como o problema aqui diz respeito ao relacionamento do cidadão com o ente público, de grande serventia é a seguinte exposição de Celso Ribeiro Bastos⁴⁶¹:

[...] toda vez que o indivíduo se situar, perante o ente estatal, colhido, tão-somente, por uma norma que não tem outra finalidade senão definir a relação indivíduo/Estado, num dado momento, não há que se falar em direito adquirido vez que este repele a própria idéia de mutabilidade, a qual, por sua vez, é indispensável quando se trata de o Poder Público redefinir os termos debaixo dos quais ele vai atingir os seus sempre renovados cometimentos.

Nesses casos, o interesse público então presente converte-se em princípio que impede a formação de direitos na esfera jurídica do cidadão, daí se falar em ausência de indenização. Pois pode até haver uma postura do Poder Público que beneficia o indivíduo, mas não há uma norma (princípio/regra) que lhe conceda o direito.

A lesão precisa ser qualificada como um direito.

Se o direito se constrói no caso concreto, e se as limitações de responsabilidade operam nessa subsunção do fato à norma (qualificação jurídica da realidade), é de se entender que há situações onde não surge o direito em razão do choque de princípios. É preciso que o jurista se indague até que ponto o cidadão teria direito à não-ação do Poder Público, por exemplo. É o caso dos pedidos reparatórios por obras de engenharia, tais quais a reforma de ruas e a construção de viadutos (casos em que, até mesmo, o dano pode vir a ser materialmente causado por terceiros – os transeuntes – com a colaboração do Estado).

Diz Celso Bastos para tal situação⁴⁶²:

Fica patente que nesses casos já não comparecem aquelas razões de conveniência e oportunidade – de molde a justificar a permanente mutabilidade das situações normativas. Adversamente, o que existe é o implícito propósito da lei em ser permanente no tempo, ao menos para aqueles por ela já colhidos.

Em outras palavras, não se nega o direito de o Estado revogar dita lei. O que se veda é a possibilidade de ver-se o indivíduo desprotegido da lei que o beneficiou. Noutro falar, nesses casos a lei vigente se protrai no tempo para continuar disciplinando certas situações jurídicas mesmo após a sua revogação.

⁴⁶¹ In: *idem*; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 189.

⁴⁶² Ob. cit., p. 189.

Ainda com suporte em Pontes de Miranda, o referido autor mostra que se atos, mesmo interligados, se em si independentes, justificam a aplicação de diferentes regras⁴⁶³.

Há que se cogitar aqui do problema dos atos que são colhidos por lei nova no momento de sua formação. Ensina Pontes de Miranda que os elementos sucessivos têm cada um a sua lei, o seu momento legal. Mas é decisiva a lei do derradeiro momento, que é a do último elemento necessário.

(...)

Pontes continua a chamar a atenção para a necessidade de se verificar se há independência dos fatos ou situações jurídicas ou se se constituem simples pressupostos da constituição ou extinção da relação jurídica. (...) Ele timbra em salientar que esta hipótese dos pressupostos não se pode confundir com aquela em que o pressuposto depende do ato, digamos, principal. É o caso das publicações pré-nupciais que ele considera pressuposto dependente do ato do casamento.

Parece que a distinção reside em saber se se pode imaginar um ato como dependente do outro.

Em caso negativo, de um ato só ter sentido em função de outro, eles devem ser considerados como um todo. É Pontes mesmo quem observa a sutil distinção, mas imprescindível na sistemática do direito.

Conclui-se, portanto, que no caso de existir a independência dos elementos, a lei do último não prepondera, pois caso contrário estaria havendo uma indébita retroação da lei nova para colher um ato já perfeito.

Esses são os elementos a serem observados na temática da responsabilidade para averiguar o real alcance das liminares revogadas enquanto normas geradoras de atos juridicamente perfeitos. Principalmente, esse esquema aplica-se a sua revogação.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 198-9.

7 CONCLUSÃO

A lesão à isonomia por via da decisão judicial é, nos termos aqui expostos, permitida. A pacificação é uma obrigação de meio, mas não se admitirá qualquer decisão.

A licitude vai até o ponto de estabelecer o ato como exercício condicionado de direito, nas hipóteses em que ministrar tratamento desigual.

Sobre o funcionamento anormal do serviço público, Blanca Soro Mateo anota jurisprudência espanhola no sentido de buscar caracterizar a negligência na conduta do ente estatal (“*cuius comoda eius incomoda*, esto es, si los beneficios de las funciones administrativas alcanzan potencialmente a todos, también los perjuicios deben repartirse entre todas”)⁴⁶⁴. Já a reparação do dano poderia ser em dinheiro ou por compensação *in natura* ou abono fracionado, com a possibilidade de serem consideradas circunstâncias pessoais do lesionado.

Para a autora, a responsabilidade objetiva representa verdadeiro “seguro de responsabilidade civil”, já que assegura ao particular a cobertura do dano, o que respeita o princípio da “eficácia” da Administração Pública⁴⁶⁵. Ela adverte que a Administração Pública “não se encontraria em posição para arcar com as futuras, infinitas e ilimitadas demandas de que será alvo na medida em que os administrados tomem, todos, consciência de que é preferível contratar com a Administração e utilizar serviços públicos de titularidade pública (em vez de contratar com pessoas privadas ou utilizar serviços de titularidade privada).” A intervenção da Administração na economia poderia resultar num atrofiamento de setores devido às poucas pessoas privadas que poderiam concorrer com ela, “que, a custa do dinheiro

⁴⁶⁴ MATEO, Blanca Soro. **La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**. Madrid: Tecnos, 2000. [Práctica jurídica] p. 43.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 136-7.

de todos, conta com um ilimitado respaldo financeiro para fazer frente a milionárias indenizações.”⁴⁶⁶

O temor é coerente, mas na realidade brasileira, de sucessivas impunidades e atos fraudulentos praticados na economia, não há interesse do cidadão comum e honesto em dar preferência de contrato com a Administração. Mormente porque o Código de Defesa do Consumidor emprestou instrumentos como a inversão do ônus da prova para auxiliar o particular lesado em seus contratos.

Porém, prevalece a constatação que a indenização paga pelo ato irresponsável do Estado é com dinheiro de todos.

Por outro lado, a economia não pode ir ao ponto de declarar inexistente a obrigação, mas pode interferir no modo de execução da prestação. Afinal, é preciso compatibilizar o direito privado de propriedade que exige a indenização com a ordem social que determinar a equânime distribuição de renda.

Nesse quadro, deve ser dada maior ênfase às atividades preventivas, seja nas decisões judiciais que impedem o crescimento de um dano praticado pelo Estado, seja na indenização que deve ser efetuada preferencialmente *in natura*. Interessante hipótese seria o não recolhimento de tributo, **naquilo que aproveitou apenas ao Estado**, durante período de tempo equivalente àquele durante o qual houve o recolhimento.

Deve-se buscar apurar o *quantum* do que efetivamente o cidadão pagou ou sofreu que lhe foi revertido em serviços públicos e da porção de lesão à qual a pessoa seria ordinariamente submetida com a adoção do meio menos gravoso.

Se um sócio sai de uma sociedade comercial (dissolução parcial em sociedade de pessoas), é levada a efeito liquidação onde é apurado o eventual ativo a que faria jus. Nisso ele não recebe o valor nominal da quota com a qual ingressou no consórcio.

Haverá ele de receber o que houver de positivo e que proporcionalmente lhe tocar, com a subtração dos ônus sociais e, claro, dos valores que, ordinariamente receberia da sociedade (ou receberia em dobro). No Estado não se pode pensar diferente.

Não se pode, todavia, cogitar da idéia de limitar o valor da indenização ao patrimônio do agente causador do dano, visto que não é objetivo instituir o cidadão em garantia do Estado, mas antes o contrário. O que, claro, não exime a ação regressiva contra o

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 137-8.

mesmo. Ademais, seria pregar a verdadeira indemandabilidade prática do Estado.

Assim, a responsabilidade pelo ato judicial que malfere a isonomia é passível de reparação econômica, observados os limites de sua ocorrência.

Aqui, podem ser acrescentados os seguintes dados a serem analisados:

a) As decisões em confronto devem ser proferidas pelo mesmo órgão. Pois não se pode comparar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o seu congênero do Rio Grande do Norte, por serem pronunciamentos dirigidos a diferentes realidades. Já os Tribunais Superiores são responsáveis pela **uniformidade**; há a possibilidade confronto e, assim, de real atividade em prol de evitar a quebra da isonomia; afasta a **culpa da parte**, já que esta leva o debate à instância superior comum. Mas é preciso ver se a parte não recorrer por razoável aceitação da posição superior. Outrossim, os ônus da reparação devem ser distribuídos igualmente entre as esferas federais que concorreram para o sentido da decisão a final adotada.

b) Por ser ato lícito, em início, não fica afastada a indenização por lucro cessante, mas a extensão do prejuízo deve ser detidamente analisada.

c) A igualdade assim violada afasta o dano moral decorrente da sujeição ao ato judicial, mas não aquele decorrente de decisões esdrúxulas, publicidade exacerbada por ato próprio do Estado ou da demora excessiva do processo.

d) Apesar de surge a possibilidade do estabelecimento de seguro para a prestação jurisdicional, é de se ver que o Estado atua como seguradora, no presente caso.

A simples rescisão de sentença não ressarcir o dano e, se for posto um prazo (em aberto e longo traz insegurança), fatalmente deixará casos de fora.

Uma pergunta mais se coloca: seria possível evolução jurisprudencial? Sim, como no caso da mudança do já uniformizado. Diferentemente de uma situação contraditória que vem a se uniformizar e que não gera responsabilidade; e de uma decisão, posterior à uniformização, divergente, a qual poderia ser validada, desde que trouxesse argumentação não colidente com o discurso já institucionalizado.

Enfim, direitos sociais exigem preocupações sociais, para que não virem uma contradição em si mesmos (é a atenção de um interesse individual em nome de um interesse

social, mas que não pode querer o mal a si)⁴⁶⁷. Como indaga Burdeau: “todo direito não é individual em seu titular e social por seu exercício?”

Mais especificamente, é necessário estabelecer a validade do princípio da reparação integral em cotejo com a ordem social da Carta de 1988. Se há um dano ao particular, devem ser buscadas novas formas de responsabilidade do Estado. São essas as indagações que estão abertas e as quais não se pode deixar sem resposta.

Pois, não é suficiente ver o dano ao direito social, mais, o dano ao direito social de ser tratado igualmente. É preciso racionalizar a repercussão social da reparação do dano (mesmo que não de direito social).

E, para isso, não são suficientes as habituais limitações de *quantum* indenizatório, entender como não-cabível o lucro cessante ou de não identificar, no caso examinado, os pressupostos da responsabilidade. São situações que podem deixar larga margem de subjetividade.

Prova disso é que mora no campo da responsabilidade extracontratual do Estado o maior modelo de construção normativa autônoma judicial do nosso direito: a fórmula de cálculo para indenização em caso de falecimento.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já deixou assentadas as seguintes hipóteses⁴⁶⁸:

1. Se menor a vítima e exercendo atividade remunerada em família de baixa renda, cabível a indenização com pensionamento até os sessenta e cinco anos, tendo como termo inicial a data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho;
2. Se menor a vítima e exercendo atividade remunerada em família de classe alta ou média, cabível a indenização com pensionamento até os vinte e cinco anos, com termo inicial da data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho;

⁴⁶⁷ BURDEAU, Georges. **Les libertés publiques**. 3. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966. p. 91: “[...] droits et libertés sont solidaires; si l'un est atteint, tous sont menacés. Sans doute, d'un point de vue essentiellement pragmatique, il en est qui sont plus importants que d'autres, la sûreté individuelle est, en ce sens, plus importante que la liberté de réunion, mais cette hiérarchie empirique ne doit pas nous tromper. Ce qui est en cause, ce n'est pas la liberté plus ou moins grande de se comporter dans tel ou tel domaine, c'est la liberté totale de l'homme qui, elle, ne se fractionne pas sans que la dignité humaine soit mutilée [...] Le droit syndical n'est rien sans la liberté de réunion, la liberté de conscience n'est rien sans la liberté de la presse, etc. [...] Et puis, il faut bien l'avouer, à trop vouloir accuser la distinction entre droits individuels et droits sociaux, on risque d'abord d'en dénaturer le sens (**tout droit n'est-il pas individuel dans son titulaire et social par son exercice?**), ensuite d'en faire l'instrument d'une rivalité entre les citoyens, les uns se prévalant d'une liberté personnelle, les autres se réclamant d'un droit de classe.” [grifos acrescentados]

⁴⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Responsabilidade Civil. Morte de filho. Recurso Especial nº 116.126/MG, terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. min. Waldemar Zveiter, Brasília, DF, 6 de agosto de 1998. **Lex-jurisprudência** do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, São Paulo, n. 116, p. 170-4. p. 173.

3. Se menor a vítima sem exercer atividade remunerada, cabível a indenização em se tratando de família de baixa renda, com pensionamento até os sessenta e cinco anos, tendo como termo inicial a data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho;
4. Se menor a vítima sem exercer atividade remunerada, em se tratando de famílias das classes alta e média, não é cabível a indenização, por ausência de dano material, salvo se provado que a vítima contribuía, efetivamente, para as despesas da família;
5. Se maior a vítima exercendo atividade remunerada, cabível a indenização em se tratando de famílias de baixa renda, com pensionamento até os sessenta e cinco anos;
6. Se maior a vítima exercendo atividade remunerada, em se tratando de famílias das classes alta e média, será cabível a indenização se provado que contribuía efetivamente, para as despesas da família;
7. Se menor ou maior a vítima, mas impossibilitada, por doença, para o exercício da atividade remunerada, não será cabível a indenização.

A transcrição foi feita com o objetivo de mostrar a evolução detalhada que o tema alcança. Na consulta do tema poderão ser encontradas leves discrepâncias, como a relevância de ser ou não menor impúbere e o pensionamento apenas em dois terços do salário (provável reversão para a família). No caso citado, o termo final da condenação foi de vinte e cinco anos (suposição de período de dependência da vítima ao beneficiário).

7.1 RESPONSABILIDADE POR MUDANÇA INTERPRETATIVA

A responsabilidade do Estado (*lato sensu*), resultante de mudança interpretativa para o caso concreto, decorrente da superveniente verificação de erro no posicionamento anterior (por invalidez ou não), merece aplicação do raciocínio aqui desenvolvido em razão da relevância do tema no dia-a-dia. Ao mesmo tempo, esse exercício completa a atividade científica, na medida em que conecta o plano teórico ao da realidade e conforma e submete um e outro.

A legislação não se dirige especificamente a tal caso. A tese dá sustentáculo racional ao tema, para evitar o recurso a emoções e interpretações de ocasião que apenas podem ensejar divergências e injustiças.

Por si, é uma situação que reclama solução problemática, por não ser suficiente o uso do sistema como até hoje construído.

A Advocacia Geral da União apresenta orientação (Parecer GQ 161/98) para o

caso no sentido de não haver para o servidor o dever de restituir o valor recebido a maior quando verificada a sua irregularidade em momento posterior. Isso, desde que constatadas a "efetiva prestação do serviço, a boa-fé no recebimento da vantagem ou vencimento, a errônea interpretação da lei expressa em um ato formal e a mudança de orientação jurídica". Tal não se daria em caso de provimentos jurisdicionais, devido ao seu caráter ontologicamente provisório; todavia, é factível a previsão em contrário no ato judicial.

Quatro casos selecionados bem ilustram a situação.

7.2 QUATRO CASOS

a) 1º caso: ATO ADMINISTRATIVO DE PAGAMENTO IRREGULAR

Ex.: Pagamento de vantagem remuneratória a servidor público por falsa suposição de amparo por decisão judicial.

Lícito/Ilícito: Ilícito

Nível de ilicitude: Nulo, pois o prejuízo causado pelo Estado foi a si mesmo, não a outrem. O servidor, salvo omissão de má-fé, não pode ser responsabilizado se não agiu (limitação básica).

Conseqüência: Desfazimento do ato autorizador, mas sem ressarcimento pelo servidor.

b) 2º caso: LIMINAR CASSADA, COM CARÁTER ALIMENTAR

Ex.: Pedido de reajuste vencimental.

Lícito/Ilícito: Lícito (liminar e decisão final) - A liminar sofre processo de invalidação, salvo nos casos em que proferida com violação de seus requisitos formais (momento ou autoridade incompetente, extrapolação de limites objetivos ou subjetivos).

Nível de ilicitude: Não há

Conseqüência: Reparação do prejuízo, mas a parte beneficiada não pode vir a

arcar com ônus além do que efetivamente lhe aproveitou. No caso, não há prejuízo ao Poder Público. A decisão final deve prever a consequência, sob pena de nulidade, sujeita a reparação integral.

c) **3º caso:** LIMINAR CASSADA, COM EFEITOS JURÍDICOS

Ex.: Autorização para importação de automóveis novos, face a vedação ministerial

Lícito/Ilícito: Lícito (ambas)

Nível de ilicitude: Não há

Consequência: O indivíduo foi beneficiado e o Poder Público obtém o restabelecimento da ordem. Não poderão advir prejuízos (direito a comercializar os carros). A decisão final deve prever a consequência. Há sempre de se ver o prejudicado e o restabelecimento da ordem (alcance do ato jurídico perfeito).

d) **4º caso:** SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DE LIMINAR, DESIGUALANTE POR MOTIVO DE FATO CONSUMADO

Ex.: Pedido judicial para transferência compulsória de discente entre instituições de ensino superior, quando o mesmo é servidor público transferido de ofício para ter exercício noutra localidade. Caso em que se revela irregularidade nos requisitos para o gozo de referido benefício.

Lícito/Ilícito: lícitas

Nível de ilicitude: Não há

Consequência: indenização a ser deferida para manter a situação, em detrimento do direito primário da instituição de ensino, sob pena de invalidade da decisão (inicialmente como **nulidade**). Ou, deve ser deferida indenização a ser paga pelo órgão determinador da transferência, para subsidiar a continuidade em curso mais dispendioso (se o anterior for público ou privado mais barato).

Isso permite algumas considerações finais.

Nos atos lícitos, a não observância da reparação implica na ilicitude *lato sensu* da conduta, passível de anulação ou de gerar indenização, conforme as peculiaridades do

caso; a ser determinada em procedimento judicial próprio.

Por sua vez, a liminar sofre processo de invalidação, salvo nos casos em que proferida com violação de seus requisitos formais (momento ou autoridade incompetente, extrapolação de limites objetivos e subjetivos). Significa dizer que a parte, ao requerer proteção jurisdicional liminar, está não apenas ciente de seu caráter provisório, como também de sua finalidade.

A liminar (cautelar ou antecipatória de direito) tem em si o objetivo de evitar prejuízos à parte, possivelmente, a serem causados pelo decurso do tempo. Se a parte já a pede para evitar prejuízos e, mais, consente em sua concessão, não pode alegar que foi lesionado por ela. Antes, seria o contrário.

Contudo, pode ser responsabilizado não o fato de o Judiciário autorizar e depois desautorizar um ato, mas o modo como o faz. E, assim, qualquer ressarcimento que não seja decorrente da retirada da autorização em si, constitui enriquecimento ilícito.

7.3 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

A recente edição da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a qual estabelece novo Código Civil (revoga a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, código ainda vigente), que tem o início de sua vigência para o dia 11 de janeiro de 2003, faz com que devam ser tecidas algumas considerações. Certamente que não há o objetivo de esgotar ou produzir aprofundamento equiparável àquele apenas possível depois da aplicação da nova norma, mas sim o desejo de abranger uma quantidade maior de informações correlatas.

Pois, em que pese o presente trabalho dedicar-se à responsabilidade pública, donde a escassa referência direta a tal diploma legal, não se pode furtar de verificar a possível influência do novo texto sobre as idéias aqui abordadas. Com efeito, já não se pode mais falar, devido à unidade do universo jurídico, em Código deste ou daquele **ramo**, mas no Código do caso concreto; verdadeiro selecionador das normas aplicáveis.

Outrossim, a pesquisa lançou bases sobre a teoria geral da responsabilidade, tema especificamente abordado pelo novo Código, o qual dedica um título próprio ao assunto (Parte Especial, Livro I – do direito das obrigações, Título IX – da responsabilidade civil),

contendo dois capítulos: obrigação de indenizar e indenização (artigos 927 a 954). Título que não pode ser compreendido em separado do referente aos atos ilícitos (artigos 186 a 188, Título III do Livro III – dos fatos jurídicos, da Parte Geral). E, dada a iminência de sua vigência, é recomendável observá-lo, na medida em que a evolução legislativa representa uma busca por regras mais justas e atuais.

Ademais, cabe à tarefa jurídico-dogmática a missão de submeter as normas, uma vez legítimas, à ação lógica e ordenadora do Direito. O que evita, por exemplo, choque de hierarquia normativa se a escolha da regra a aplicar ficasse tão-somente ao alvitre dos interesses políticos.

E o exercício de análise mostra-se bastante reconfortante. Os novos dispositivos reforçam o raciocínio aqui defendido.

Primeiro, estabelece que a indenização, quando da invalidade do ato, apenas será devida se não for possível restabelecer as partes ao *status quo ante* (artigo 182). O que significa a primazia da **reparação *in natura***. Princípio de eficácia que agora se estabelece.

Esse princípio é ratificado pela subsidiariedade da substituição da prestação por seu valor em moeda corrente, o que apenas ocorre se o devedor não puder cumpri-la na espécie ajustada (artigo 947).

A regra geral para a responsabilidade, contudo, está no conjunto de artigos composto pelos de número 186 a 188, 929 e 930.

A ilicitude fica caracterizada pela ação ou omissão culposa (*lato sensu*) que viola direito e causa dano (lesão), moral ou material, em outrem. O que abrange o não uso do meio menos gravoso (v. item 5.2.2), pois a licitude no exercício de um direito está condicionada à observância de seus fins econômicos e **sociais**, pela boa-fé e pelos bons costumes (artigos 186 e 187).

São **excluídos** da ilicitude os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de direito. Ainda, observado o colocado no parágrafo anterior, desde que necessário e na medida suficiente para a remoção do perigo iminente, poderá ser destruída ou deteriorada coisa alheia ou mesmo pessoa (artigo 188).

Nesse aspecto, o novo texto está em consonância com a tese, no que toca, ao exercício condicionado de seus direitos, à conceituação de dano e de exclusão de responsabilidade.

Naquela última hipótese, quando o patrimônio lesionado não for do responsável pelo dano, caberá indenização, o que abrangem mesmo, o erro de tipo (CP 20). No caso do erro, onde a pessoa age sem perceber a danosidade de sua conduta ou julga agir de modo a ter atingido o bem que evitaria o perigo, o autor do fato é responsável pela indenização de acordo com sua culpa (artigo 186).

Mas se agiu sem imprudência ou negligência e a coisa, apesar de não culpada pelo perigo, for importante para detê-lo, questiona-se quem responde pelo dano. E, se for prestação social, recairá sobre o Estado.

Em caso de ressarcimento pelo autor do dano, caberá ação regressiva contra eventual responsável pela periclitização (artigo 930). A ação regressiva também é cabível no exercício de direito e na legítima defesa, em desfavor do beneficiado. Neste caso, não há direito a indenização do prejudicado.

A Teoria do Risco mostra força no artigo 931, o qual determina que os empresários responderão, independentemente de culpa, pelos produtos postos em circulação. O que já foi consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, artigos 12 e 18). Isso gera uma internalização de custos.

O artigo 927, parágrafo único, estende esse dever de reparação para todos os casos em que for da natureza da atividade “normalmente desenvolvida” pelo agente trazer risco aos **direitos** de outrem. Aqui já por questão de Justiça e reparação, pois o dano já pode estar presente na própria natureza da ação.

O artigo 932 traz hipóteses de responsabilidade coletiva.

E, por força dos artigos 182, 186 e 927, *caput*, fica reafirmada a categoria ato ilícito em sentido estrito, gerador de reparação pecuniária.

Quando o direito à reparação persegue a herança (artigo 943), mostra-se a **pessoalidade** da responsabilidade.

E, ponto importante para a tese das limitações, “a indenização [termo unificado] mede-se pela extensão do dano” (**princípio da reparação integral**; artigo 944, *caput*). Com a observação de que, na **desproporção** entre culpa e dano a indenização pode ser **equitativamente** reduzida (sentimento de justiça).

Mais, com suporte no parágrafo único do artigo 2.035, nem mesmo o acordo (ato de vontade) prevalece sobre os preceitos de ordem pública, dentre ele os destinados a

assegurar a função social da propriedade e dos contratos (reconhecimento da vinculação social dos mesmos).

A culpa concorrente entre autor e vítima vem prevista expressamente no artigo 945.

Em casos de obrigação indeterminada e na ausência de disposição legal ou contratual a respeito da indenização, o valor desta será apurado em liquidação por artigos ou por arbitramento, conforme a sistemática processual (CPC 603 e segs.) em vigor (artigo 946).

Há o estabelecimento de indenização mínima pelo homicídio (artigo 948), abrangendo despesas, com tratamento, funeral e luto, mais prestação de alimentos a quem a vítima devia, durante a razoável duração projetada de sua vida. Orientação que é complementada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

O que complementa o conjunto de dispositivos acerca de danos à saúde ou integridade física (artigos 949-51).

Não há parâmetros indenizatórios (senão o dano resultante, o que alcança o moral) para ofensas à honra (artigo 953).

Alfim, vê-se que o capítulo utiliza apenas o termo **indenização** e acopla-o a **danos** (mas também se refere a atos lícitos). Fica evidenciado um desejo de igual tratamento.

E, em termos gerais, os limites podem ser encontrados no artigo 187 e nos outros que estabelecem formas de indenização e as excludentes no artigo 188 e correlatos acima apontados.

São espaços como esse que o Direito foi chamado a preencher. No caso, esperam-se terem sido lançadas as sementes – no que já floresce grande pretensão – para o trato correto da responsabilidade do Estado dentro dos seus devidos limites.

Resta-nos construir com a ousadia da fantasia, essa imaginação em dias de folga, no dizer do professor Mário Moacyr Porto⁴⁶⁹, para não deixar morrer a esperança. Em

⁴⁶⁹ PORTO, Mário Moacyr. **Estética do Direito**. [s.l.n.d] p. 12: “A fantasia – que é a imaginação em dia de folga – salta, vadia e ousada, os muros do racional e constrói, com segurança, no infinito.”

“esperanças perdidas”, cantam Davi Moreira e Nelson Custódio:

*“E quantos sonhos se tornam
esperanças perdidas
que alguém deixou morrer
sem nem mesmo tentar⁴⁷⁰”*

Fabiano André de Souza Mendonça

⁴⁷⁰ “Quantas belezas deixadas nos cantos da vida, que ninguém quer e nem mesmo procura encontrar. E quantos sonhos se tornam esperanças perdidas, que alguém deixou morrer sem nem mesmo tentar. Minha beleza encontro no samba que faço. Minha tristeza se torna um alegre cantar.”

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8.1 LIVROS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência, através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALESSI, Renato. **L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici**. 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972.

ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**; v.2, I soggetti passivi e la reazione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. S/ trad. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores)

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**: êsse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Salvador: Livraria Progresso, 1951.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. atual. por José de Aguiar Dias. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. por Maria Celeste Santos. Rev. por Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. [apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior]
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial: uma visão dialética**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel**. 25. ed. Atual. por Francis Hamon e Michel Troper. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997. (Col. Manuels)
- BURDEAU, Georges. **Les libertés publiques**. 3. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.
- BURITY, Tarcisio de Miranda. **A teoria das fontes do Direito em Kelsen e a sua concepção democrática do Estado**. João Pessoa: [s.n.], 1990.
- CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999. [Temas de Direito Administrativo, n. 3]
- CAMARGO, Luís Antonio de. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- CAMPOS, Roberto. **A lanterna na popa: memórias**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. v. 2.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CARBONNIER, Jean. **Droit et passion du droit sous la Ve République**. Mayenne: Flammarion, 1996. p. 150. (Collection Forum)
- CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. Trad. por Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CASCUDO, Luís da Câmara. **O símbolo jurídico do pelourinho**. Separata da “Revista” do Instituto Histórico, Natal, 1950.
- CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. atual. por José de Aguiar Dias. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
- CHAPUS, René. **Responsabilité publique et responsabilité privé: les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire**. Paris: librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954. [Préface de Marcel Waline]
- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993..
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

- COELHO, Sacha Calmo Navarro. **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- COSTA, Newton C. A. da. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 1994.
- CRETILLA JUNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado: Direito Constitucional I**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1989.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Trad. por António Brandão. Rev. por L. Cabral de Moncada. Atual. por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado, 1979 (Col. Studium)
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo: Malheiros, 1997
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously: with a new appendix, a response to critics**. Cambridge: Harvard University Press,
- ELIADE, Mircea. **Mito do eterno retorno: cosmo e história**. Trad. por José Antono Ceschin. São Paulo: Mercury, 1992.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos**. Curitiba: Juruá, 2001.
- FAYT, Carlos S. **Supremacia constitucional e independencia de los jueces**. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- FERNANDES, Florestan. **A Constituição inacabada: vias históricas e significado político**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Tecnos.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira: arts. 1º a 21**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- GADAMER, Hans-Georg. **Vérité et méthode**: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique. Trad. por Étienne Sacre, Jean Grondin e Pierre Fruchon. Paris: Éditions du Seuil, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- HART, Herbert L. A.. **O conceito de Direito**. 2. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995.
- HESPANHA, Benedito. **Tratado de Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. por Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- JARACH, Dino. **Curso superior de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1957. v. 1.
- JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 1992. (Connaissance du Droit)
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. por José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. (Ensino Superior)
- LAGERSPETZ, Eerik. Normas y sanciones. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (comps.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 51-64.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. [Col. Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, n. 33]
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1. [Biblioteca Jurídica Freitas Bastos]
- MAIA, Alexandre da. **Ontologia Jurídica**: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.
- MATEO, Blanca Soro. **La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**. Madrid: Tecnos, 2000. [Práctica jurídica]
- MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Trad. por José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**; v.2: bens, fatos jurídicos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, com a emenda nº 1 de 1969. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. v. 5.
- MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de [Charles-Louis de Secondat]: **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 1. (Os Pensadores)
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998. (Edição original em português)
- MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Trad. por Peter Naumann. Porto Alegre: Safe, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. por Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. [Col. Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, n. 21]
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Medidas Provisórias**: controles legislativo e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. Curitiba: Juruá, 1998.
- NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999.
- OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. **A responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora habeas, [2000?].
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**; v.2: Teoria Geral das Obrigações. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**; v.3: Fontes das obrigações. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PORTO, Mário Moacyr. **Estética do Direito**. [s.l.n.d]
- QUADROS, Fausto de (coord.). **Responsabilidade civil extracontratual da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1995.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça** Trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. In: BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999. (Série Acadêmica)
- RODRIGUES, Denise Lucena. **A imunidade como limitação à competência impositiva**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios do direito político. Trad. por Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os pensadores)¹ SICHES. ob. cit. p. 154.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, Política e Justiça na contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002.
- SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de Direito Constitucional**: a Constituição deles não é a nossa. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.
- SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. [1. ed. também utilizada]
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 165 [Alianza Universidad Textos, n. 57]
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do Imperador**: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das letras, 1998.
- SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa s/a, 1973.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**; v. 2: Execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **A explicação sociológica**: uma introdução à Sociologia. São Paulo: EPU, 1985.
- SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**: uma visão substantiva. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1997.
- SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado**: conceituação do indagar comparativo mais específico da ciência do Direito. Recife: [s.n.], 1956.
- SOUTO, Cláudio. **Tempo do direito alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no Direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Safe, 1992.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros.
- TASSARA, Andrés O. **Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (Cuadernos y debates, n. 19)
- TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Livraria Editora de Direito, 1996.
- UKMAR, Victor. **Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário**. 2. ed. Trad. por Marco A. Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. [2. ed. também utilizada]
- VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976. (Col. Jurídica, n. 10)
- VOLTAIRE, Jean Marie Arouet. **Dicionário Filosófico**. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d].
- WALD, Arnold. **Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no domínio da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1953.
- WALZER, Michael. **Las esferas de la Justicia**: una defensa del pluralismo y la igualdad. Trad. por Heriberto Rubio. México: Fondo de cultura económica, 1997. (Política y Derecho)
- ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 8. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v.1: principî generali.

8.2 ARTIGOS

- ADEODATO, João Maurício. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**, Recife, v. 9, p. 135-56, 1998. *passim*.
- ADEODATO, João Maurício: Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, v. 8, n. 8, 1997.
- AGLIANO, Humberto. Limites de la responsabilidad civil. **Revista Juridica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucuman**, San Miguel de Tucuman, n. 20, p. 47-105, 1969.
- ALEXY, Robert. Idée et structure d'un système du droit rationnel. Trad. por Ingrid Dwars. **Archives de philosophie du droit**: la philosophie du droit aujourd'hui, Paris, t. 33, p. 23-38, 1988.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação. Palestra na XVII Conferência Nacional da OAB, Rio de Janeiro, 30 ago. 1999.

- BAPTISTA, Sylvio Neves. Ensaio sobre a teoria do fato danoso. **Revista da ESMAPE**, Recife, v.1, n.2, p. 181, nov., 1996.
- BASTOS, Lúcio Flávio Camargo. O depósito prévio na desapropriação agrária e a imissão na posse do imóvel expropriado. **Jornal da ANPAF**, set., 2001, p. 6-10.
- BONAVIDES, Paulo: A isonomia em face dos artigos 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal. In: _____. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 127-44.
- BONAVIDES, Paulo: O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. In: _____. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 145-62.
- BUSSAMARA, Walter Alexandre. Da possibilidade do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, em matéria tributária, pelos órgãos julgadores administrativos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 163-81, abr./jun. 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo *versus* governo dos juízes: a *autopoiese* dos sistemas político e jurídico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.8, n. 30, p. 120-6, jan./mar. 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. Nécessité et légitimité de la Justice Constitutionnelle. In: FAVOREU, Louis (org.). **Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux**. Paris: Economica: Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 1987 (Collection droit public positif)
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil constitucional. **Editora Forense**, Rio de Janeiro. Seção atualidades. Disponível em: <<http://www.forense.com.br/atualida/348dou12.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar., 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: o autor e sua obra. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998. p. 9-28.
- DAL COL, Helder Martinez. Cassação de liminar em mandado de segurança em matéria fiscal e o sobreprincípio da segurança jurídica. **Editora Forense**, Rio de Janeiro. Seção atualidades. Disponível em: <<http://www.forense.com.br/atualida/artprevidencia.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2001.
- DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: _____. **Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1953. p. 37-64.
- DANTAS, Ivo. O Econômico e o Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 200, p. 55-69, abr/jun, 1995.
- DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista de processo**, São Paulo, v. 26, n. 103, p. 9-36, jul./set., 2001.
- FERRAZ, Sérgio. Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 53-4, p. 38-43.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. **Revista da ESMAPE**, Recife, v.2, n. 4, p. 467-95, abr./jun., 1997.
- GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento: direito do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 99-106, jul./set. 2000.
- GRAU, Eros Roberto. Conceitos indeterminados. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO. (1.: 1998: Vitória): **Justiça tributária: direitos do Fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 119-24.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**, Recife, n. 6, p. 255-69, 1993.
- KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution. **Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger**, Paris, v. 45, 1928.
- KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do "risco integral". **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 8, p. 13-45, 1997.
- LAGERSPETZ, Eerik. Normas y sanciones. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki (comps.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 51-64.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 9, p. 215-27, 1998.
- MACCORMICK, D. Neil. Estado de Derecho y *rule of law*. In: THESING, Josef (comp.). **Estado de Derecho y Democracia**. 2. ed. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano [CIEDLA]: Konrad Adenauer Stiftung, 1999.
- MACHADO NETO, A. L. Filosofia e Ciências humanas: o momento epistemológico. [s/ refs].
- MACIEL, Adhemar Ferreira. O Supremo e a nova Constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, n. 87, p. 87-9, jul/set, 1988.
- MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 83, p. 23-43, jan./dez., 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"? **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 13, jun., 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Ver-13/perplex.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, jan/mar, 1997.
- MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. Trad. por Peter Naumann. Palestra na XVII Conferência Nacional da OAB, Rio de Janeiro, 2 set. 1999.
- MUÑIZ, Manuel Granell. Fundamento filosófico de la responsabilidad. **Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad de Panama**, Panama, n. 4, p. 89-112, ene., 1966.
- RABENHORST, Eduardo. Falácia naturalista e semântica dos mundos possíveis. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 8, p. 65-76, 1997.
- REALE, Miguel. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 21, n. 87, p. 24-34, jul./set., 1988.
- RÊGO, George Browne. Os princípios fundamentais e sua natureza estruturante na Constituição de 1988. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, n.8, p. 117-44, 1997.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Coisa julgada e Constituição: os efeitos da lei nova, da mudança de interpretação dos tribunais e das emendas constitucionais sobre a coisa julgada. **Nomos**, Fortaleza, v. 16-8, n. 4-6, p. 86-102.
- ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-27.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Coisa julgada: direito facultativo ou imperativo. *mimeo*.

WOLKMER, Antonio Carlos. Formalismo e tradição patrimonialista no Direito Privado nacional. **Doutrina**, Niterói, n. 3, p. 150-7, 1997.

ZANDONADE, Adriana. Mutação Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 195-227, abr./jun., 2001.

ZVEITER, Waldemar. **O STJ e o sistema federativo nacional**. Palestra na XVII Conferência Nacional da OAB, Rio de Janeiro, 2 set. 1999.