A QUESTÃO DA *RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO* PERANTE O DIREITO ROMANO

ALOÍSIO SURGIK
Curitiba - Brasil

A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE O DIREITO ROMANO

“Onde quer que exijam responsabilidades, o instinto de julgar e de castigar anda, geralmente, mesclado na tarefa” (NIETZSCHE).

1. INTRODUÇÃO

O problema da *responsabilidade civil* abrange atualmente um campo muito vasto, atingindo tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público. O próprio Estado é civilmente responsável, respondendo com seu patrimônio, quando causa dano aos administrados por ação ou omissão do agente administrativo. Daí surgiu a expressão *responsabilidade civil do Estado*.

Considerando-se a importância do tema, sobretudo nas circunstâncias atuais, em que se intensifica a discussão acerca do papel do Estado na sociedade contemporânea, em face da globalização da economia, é oportuno tecermos algumas considerações críticas, recuando ao passado, a começar pelo Direito Romano, fonte inesgotável de lições para os nossos dias.

As limitações do presente trabalho não permitem entrarmos em todos os meandros da complexa questão histórica acerca da pessoa jurídica, sobre a qual muitos equívocos têm ocorrido e na qual se insere a figura do Estado.

De qualquer forma, para a correta compreensão do fenômeno Estado, é fundamental a análise crítica de algumas fontes romanas, especialmente no tocante ao binômio *direito público e direito privado*, cujas interpolações e interpretações errôneas, inclusive traduções incorretas do Latim, levaram alguns autores a estabelecer uma equivocada relação entre o direito público e o Estado, passando a entender o direito público como o direito que diz respeito ao Estado. Veja-se, por exemplo, esta observação de CRETELLA JÚNIOR: “O critério romano da distinção entre os dois ramos do direito – *público e privado* – é o critério *finalístico*... que serve de marco separador entre os dois campos: a *ordem pública*, a *organização da república romana*, do *Estado romano* – eis o campo do direito público...¹ Outros autores, incorrendo em equívoco mais grave, chegam a declarar abertamente: “É a clássica divisão dos romanos”,² quando, na verdade, tal divisão nunca pertenceu ao direito romano clássico.

¹ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. 15ª Edição, Rio de Janeiro, 1993, p. 25.

² DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Vol. II, Forense Rio – S. Paulo, 1963, p. 542.

2. O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO NAS FONTES ROMANAS

Já tivemos oportunidade de discorrer acerca deste tema,³ provocando discussões sobre o mesmo em vários congressos de Direito Romano, até que, no VIII Congresso Latino-americano de Direito Romano, realizado em Santiago do Chile, em 1992, finalmente, parece que se estabeleceram as premissas básicas para o entendimento de que o famoso texto relativo à distinção entre o direito público e o direito privado, atribuído a ULPIANO⁴ (... *quod ad statum rei Romanae spectat...*), nada tem a ver com o Estado enquanto pessoa jurídica, tal como se entende na atualidade.

Efetivamente, no dizer de D'ORS,⁵ é um texto de CÍCERO que nos dá a resposta: *Scriptorum autem priuatum aliud est publicum aliud. Publicum: lex senatus-consulta foedus; priuatum: tabulae, pactum conuentum, stipulatio*⁶. (Dos escritos, há o que é privado, há o que é público. Público: lei, senatus-consultos, tratados; privado: contrato, pacto adjunto, estipulação.)

Trata-se, pois, de uma distinção formal – explica D'ORS. O direito já publicado converte-se assim em direito público e afeta a todos os cidadãos, ao passo que o *ius priuatum* é o criado pela autonomia privada e seu conhecimento fica limitado às pessoas que intervêm em determinado negócio. A contraposição entre o *ius priuatum* e o *ius publicum* correspondia, portanto, à antítese *ius* e *lex*, talvez mais claramente à oposição entre *lex publica* e *lex priuata*. A *lex publica*, proposta pelo magistrado, aprovada pelos comícios e posteriormente publicada, pertenceria, em qualquer caso, ao direito público, fosse qual fosse a matéria a que se referisse, embora se saiba que as leis comiciais, em sua imensa maioria, tratavam de assuntos políticos e criminais, totalmente alheios ao *ius*. Pelo contrário, a *lex priuata* ou *lex rei suae dicta* era a que, em negócio privado, dava a uma pessoa o direito de dispor do que fosse seu. Assim, a *lex publica* era uma das fontes do direito público, juntamente com os senatus-consultos, os plebiscitos (definitivamente equiparados às leis comiciais pela *Lex Hortensia*, em 286 antes da nossa era), e o edito do pretor.

A própria expressão *res publica* é um indicativo de que, na época republicana, a coisa pública era entendida não como uma entidade abstrata, com personalidade jurídica própria, mas no sentido de que os cidadãos romanos se consideravam verdadeiros partícipes ou condôminos desta coisa pública, coisa popular.⁷ Aliás, etimologicamente, o vocábulo *público* vem de *populicus* (referente ao *populus* – povo), conforme Santos Saraiva,⁸ sem conotação alguma, portanto, com qualquer entidade como a atual figura do Estado.

³ SURGIK, Aloísio. *Temas críticos do direito à luz das fontes*. Livros HDV, Curitiba, 1986, p. 17 a 35.

⁴ D. 1, 1, 1, 2.

⁵ D'ORS, Xavier. *Posiciones programáticas para el estudio del derecho romano*. Santiago de Compostela, 1979, p. 55.

⁶ CÍCERO, *partit. orat.* 37, 130.

⁷ ORESTANO, Riccardo. *Il “problema delle persone giuridiche” nel diritto romano*. G. Giappichelli Editore – Torino, 1968, p. 178 ss., 204. “Il dirsi *civis*, più che indicare uno *status* rispetto a un ordinamento considerato come distinto dai suoi componenti, equivalse per lungo tempo a dichiararsi parte costitutiva di quel *corpus ex distantibus* che era il *populus romanus*” (p. 206).

⁸ SANTOS SARAIVA, F. R. dos. *Novíssimo Dicionário Latino-Português*. 8ª Edição, Livraria Garnier, Rio de Janeiro/Paris, 1924, p. 977.

A propósito, GAUDEMET, comentando uma passagem de CÍCERO - ... *est res publica res popouli ...*⁹ - afirma categoricamente: “La *res publica* est la chose du peuple, car la res publica n’est pas l’Etat au sens moderne de l’expression que’elle n’est la république”.¹⁰

Evidencia-se, pois, que a distinção romana entre o direito publico e o direito privado era de caráter meramente formal.

A crise desta distinção formal, como bem esclarece XAVIER D’ORS,¹¹ começou na jurisprudência imperial, com a introdução do *ius publice respondendi*, isto é, o direito de responder de acordo com a autoridade do Príncipe, e desenvolveu-se com a progressiva burocratização da jurisprudência. Porém, este fenômeno não foi mais que o reflexo de outro, mais geral, que influiu nesta crise: a gradativa absorção oficial das fontes normativas que acabou por considerar o direito como um monopólio do Príncipe. O estabelecimento do *ius publice respondendi*, embora suas consequências não tenham sido imediatas, supôs uma radical transformação na jurisprudência. A partir de então, a atividade dos juristas “titulados” deixou de ser privada e livre para converter-se em pública e oficial. As respostas (*responsa*) dos jurisconsultos não provinham já de sua própria autoridade, mas *ex auctoritate Principis* (da autoridade do Príncipe). Como ponto final desta transformação, consolidou-se, sob o imperador Adriano, a Chancelaria imperial tecnicada. A jurisprudência passou a ser fonte do *ius publicum* pela publicidade que conferia às *responsa* o procedimento da Chancelaria imperial, e, como única fonte do *ius priuatum*, manteve-se a *lex priuata*. Porém, a progressiva ampliação da atividade normativa pública acabou por deixar sem sentido a expressão *ius priuatum*, já que os particulares, envolvidos neste novo sistema, não faziam mais do que se situar em posições previstas pela norma pública. Todo o direito se fez então público, segundo o antigo conceito desta palavra, e, para referir-se a este novo direito de criação imperial, claramente normativista, criou-se a expressão *ius novum*. É congruente então – conclui XAVIER D’ORS – que tenha desaparecido a antiga distinção formal de direito público e direito privado, para converter-se em distinção material, segundo o objeto ao qual estas normas públicas se dirigiam.

3. O TEXTO E SUAS INTERPOLAÇÕES

A atual interpretação do binômio *direito público e direito privado* merece certamente um cuidadoso reexame histórico-crítico, a partir do famoso texto atribuído a ULPIANO (*Libro Primo Institutionum*): “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et priuatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, priuatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam priuatum*”.¹² (Dois são os aspectos deste estudo: o público e o privado. O direito público é o que versa sobre a situação da coisa romana; o privado, sobre o interesse dos particulares. Com efeito, algumas coisas são úteis pública, outras, privadamente).

⁹ CICERO, *De re publica*, 1, 25, 35.

¹⁰ GAUDEMET, Jean. *Institutions de l’Antiquité*. Paris, 1967, p. 355.

¹¹ Ob. cit., p. 47.

¹² D. 1, 1, 1, 2.

Que este texto não se insere no contexto clássico romano evidencia-se pelo simples confronto com os comentários de GAIO. De fato, quando GAIO comenta que “*omne autem ius quo utimur uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones*”,¹³ (todo o direito de que usamos diz respeito ou às pessoas, ou às coisas, ou às ações), não ultrapassa os horizontes do direito privado. Aliás, em toda a sua obra, não se encontra uma passagem sequer que se refira ao direito público. Já o lembrou ARANGIO RUIZ,¹⁴ ao sustentar que se reconhece ao direito privado uma tradição ininterrupta que liga nosso pensamento jurídico e a substância do nosso direito à antigüidade romana e que nem os próprios juristas romanos fizeram investigações nem construíram como sistema outra matéria que não fosse a do direito e do processo privado, único objeto que se apresentava ao espírito deles, quando falavam em *ius*.

Curiosamente, a literatura romanística, particularmente no que diz respeito ao citado texto, atribuído a ULPIANO, não tem sido abundante, nem mesmo durante a época de grande produção no campo da crítica interpolacionística, salvo algumas exceções, como é o caso do próprio ARANGIO-RUIZ¹⁵ e PEROZZI,¹⁶ embora discretamente, sem faltar, todavia, pronunciamentos em defesa dos que sustentam ser clássica a distinção entre o *ius publicum* e o *ius priuatum* - caso de GUARINO.¹⁷

Especial referência merece FRANCESCO CALASSO, que, embora tenha manifestado maior interesse pelos estudos medievais, acabou, entretanto, por avançar bastante no campo histórico-crítico do tema ora em estudo. Inconformado em sua época com o fato de que, malgrado o fervor crítico e o novo ângulo visual do problema, todavia se conservasse, à base de toda discussão, a célebre definição de ULPIANO, reportada infielmente na compilação justinianéia, “una definizione che s’impara da secoli sui banchi di scuola, si tramanda nei manuali, si ripete e si giudica con una indifferenza quasi ostentata per il suo contenuto storico, come il latino litúrgico del popolo che non é piú espressione di determinati pensieri o sentimenti, ma ‘flatus vocis’ al quale si recollegano sentimenti e pensieri che poco o nula hano a che fare con quel contenuto”,¹⁸ CALASSO é incisivo ao sustentar que, da passagem de ULPIANO, a parte genuína se reduz unicamente às palavras: “*ius publicum est – ad singulorum utilitatem*”. São acréscimos dos compiladores, no seu entender, a ambígua frase introdutiva (*huius studii duae sunt positiones...*) e o fecho, destoante do resto (*sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*).¹⁹ Quanto à parte introdutiva, já os glosadores observaram ser suspeita. Naturalmente, eles não suspeitaram questões interpolacionísticas – esclarece FRANCESCO CALASSO – mas questionaram o significado do texto concreto, achando estranho distinguir duas *positiones* daquela *ars boni et aequi* que, na elegante definição de CELSO, se apresentava como uma infrangível unidade.

¹³ Gai. 1, 8.

¹⁴ ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Napoli, 1977, p. 8.

¹⁵ Ob. cit., p. 8 e 34.

¹⁶ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. 2ª ed., Milano, p. 89.

¹⁷ GUARINO, Antonio. *L'esegesi delle fonti del diritto romano*. Napoli, 1968, t. 1, p. 180.

¹⁸ CALASSO, Francesco. “*Ius publicum e ius priuatum nel diritto classico*”, in *Studi in memória di Francesco Ferrara*. Vol. 1, Milano, 1943, p. 55.

¹⁹ Idem, p. 59.

O que mais surpreende – observou CALASSO – é que a moderna dogmática, entre as dificuldades e os embaraços a estorvarem-na por um lado e enfasiarem-na por outro, não indaga por que trâmite de pensamento o “venerando fragmento” atribuído a ULPIANO chegou até ela, e como chegou. Surpreende – sustentou textualmente – “che a questa domanda non sia stato risposto, non tanto per la gravità dello *hiatus* scientifico, che, a ogni modo, è dovere dello storico del diritto di colmare, quanto piuttosto per la singolarissima sorte alla quale è stato condannato il frammento famoso del giureconsulto romano”.²⁰

A nosso ver, é fácil constatar que se trata, no caso, de interpolação. Basta ler o citado texto na sua continuação: “*Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*”.²¹ (O direito público consiste nas coisas sagradas, nas que se referem aos sacerdotes e aos magistrados). Tal intromissão de elementos religiosos cristãos no âmbito do poder público é algo muito característico da época de JUSTINIANO, cujo governo foi estreitamente ligado à Igreja. Ora, se esta parte do texto se revela visivelmente um acréscimo introduzido pelos compiladores de JUSTINIANO, facilmente se deduz que a parte antecedente também foi interpolada.

Assim, não obstante o abandono lamentável a que parece estar sendo relegada hoje a pesquisa relacionada com as interpolações na obra de JUSTINIANO, fica difícil explicar o desinteresse por esta área de investigação, precisamente quando entra em jogo aquilo que mais atinge a vida dos cidadãos na sociedade contemporânea: o poder que o Estado exerce sobre os cidadãos. Mais difícil ainda se torna admitir a ligação que se estabelece entre o conceito de *direito público* e o Estado, quando nem sequer existia o Estado na época.

4. CONSIDERAÇÕES GERAIS EM TORNO DA PESSOA JURÍDICA

Para bem entendermos o atual conceito de responsabilidade civil do Estado, tendo em vista a experiência jurídica romana, mister se faz tecer breves considerações acerca da complexa questão da pessoa jurídica, tão decantada hoje como conquista da ciência jurídica moderna.

Primeiramente, convém esclarecer que o fato de não ter existido no Direito Romano a figura da pessoa jurídica como entidade abstrata, com personalidade distinta da personalidade de seus componentes, não significa que os romanos não fossem capazes de abstrair; ao contrário, eles não admitiam que a responsabilidade se diluísse no conjunto de pessoas de uma sociedade ou que a sociedade se separasse da pessoa física dos seus respectivos integrantes.

“Atualmente, a disseminação das pessoas jurídicas atingiu um grau sem precedentes, já no direito público, já no direito privado”, afirmou LIMONGI FRANÇA,²² que assim sintetizou em linhas gerais o esforço da doutrina no sentido de lhe definir a natureza jurídica, tendo em vista que as orientações se diversificam e a sua multiplicação é tal que demandaria um sem número de páginas, sendo importante no caso resumir as posições básicas em que se colocam os expositores da matéria:

²⁰ Idem, p. 57.

²¹ D. 1. 1, 1. 2.

²² LIMONGI FRANÇA, R. “*Pessoa jurídica – II*”, in Enciclopédia Saraiva do Direito. Saraiva, São Paulo, 1977, vol. 58, p. 296.

Essas posições são fundamentalmente quatro: 1^a) a dos *individualistas*; 2^a) a dos *organicistas*; 3^a) a dos *ecléticos*; e 4^a) a dos *realistas*.

A dos individualistas ressentem-se da influência do atomismo apregoado pelo liberalismo econômico-político, cujas maiores expressões incidiram em princípios e meados do século XIX. Deve-se ressaltar, em meio à orientação individualista, a chamada teoria da *ficção* (SAVIGNY, VAREILLES-SOMMIERES) e a da *equiparação* (WINDSCHEID).

Para os ficcionistas, a pessoa jurídica a rigor não existe. Figura no palco das relações jurídicas em virtude de uma pura criação do espírito, oriunda de conveniências de caráter prático, sem cujo atendimento o sistema jurídico não poderia funcionar.

Também para a teoria da equiparação só a pessoa natural tem existência efetiva, ao passo que as pessoas coletivas não são mais que meros patrimônios *equiparados*, pelo ordenamento, à pessoa individual.

Já os organicistas (GIERKE) caem no extremo oposto. Afirmando a plena e real existência da pessoa jurídica como *corpo social*, a ela atribuem vontade própria e integral autonomia.

Em meio aos ecléticos, avultam os partidários da chamada *teoria da realidade técnica* (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO), para os quais, do ponto de vista físico, só a pessoa individual é realidade. Não obstante, no sistema das relações jurídicas, para os defensores desta teoria, não há como negar a personalidade dos entes coletivos; o que, entretanto, segundo eles, é devido a uma *concessão* do direito positivo.

Como se vê, é impressionante o esforço da chamada ciência jurídica moderna em busca de alguma “explicação” acerca de um fenômeno que, infelizmente, não tem sido investigado com o mesmo interesse sob outro ângulo – o da pessoa jurídica como instrumento de fraude. Na realidade, é à sombra das pessoas jurídicas que muitas vezes se acobertam práticas abusivas por parte de poderosos grupos econômicos multinacionais, sem o menor escrúpulo, acarretando graves injustiças sociais a milhões de pessoas.

É preciso entender que, independentemente de explicações supostamente científicas, o fenômeno da pessoa jurídica é mais facilmente compreensível à luz da sua evolução histórica.

5. A PESSOA JURÍDICA DO PONTO DE VISTA HISTÓRICO

Já tivemos a oportunidade de tocar neste tema, quando abordamos alguns aspectos histórico-críticos da sucessão testamentária.²³

Realmente, um dos aspectos mais interessantes da evolução histórica da sucessão testamentária é o seu papel na evolução histórica da pessoa jurídica.

O fenômeno social cristão, que irrompeu com todo vigor após o fortalecimento dado pelo imperador CONSTANTINO através do Edito de Milão (ano 313), descortinou uma fenomenologia jurídica nova, tão peculiar que dificilmente se dei-

²³ SURGIK, Aloísio. Ob. cit., p. 87 e ss.

xou cobrir pelos velhos textos jurisprudenciais, apesar dos inúmeros retoques que estes sofreram já às primeiras versões pós-clássicas.

A multiplicação quase ao infinito dos negócios piedosos *sub pretexto religionis*, conforme expressão legal do imperador MARCIANO em sua novela 5, fez logicamente multiplicarem-se também os bens patrimoniais em mãos eclesiásticas, o que teve como imediata conseqüência a necessidade de buscar um marco protetor e uma trincheira defensiva, para evitar o gravíssimo perigo da desagregação e pulverização de alguns patrimônios que, às vezes, nem sequer eram propriedade direta da Igreja.²⁴

Por sua vez, a doutrina patrística exerceu indubitavelmente grande influência no pensamento religioso e político da época, a ponto de JOSÉ LUIS MURGA assim se expressar: “La doctrina patrística jugó sin duda, un papel rector en la dirección del pensamiento religioso y político de esta época y nada tiene de extraño que en los escritos de los más brillantes pensadores cristianos encontremos las ideas madres con las que se alimentarán no sólo la cultura y el derecho, sino el diario vivir de los hombres, de aquellos testadores y donantes cuyos epitafios conservamos y cuyas vidas ejemplares llegan a nosotros en historias eclesiásticas y en laudaciones fúnebres escritas, las más de las veces, para edificación de la sociedad cristiana de aquel tiempo”.²⁵

Por tudo isso, a partir da segunda metade do século IV, o próprio crescimento social e econômico da vida fez com que os patrimônios deixados por piedosos e inquietos testadores já não tivessem que ir necessariamente à Igreja de modo direto.

Explica o citado autor: “La piedad de los fieles se ha vuelto cada día más compleja, y el capricho, la vanidad, la emulación o la moda provocan múltiples formas de asignación a los capitales privados por medio de cláusulas modales o fideicomisos universales que convierten, muchas veces, a los titulares jurídicos, gravados con el piadoso encargo del difunto o del donante, en unos puros *nudi ministri* de distribución de limosnas”.²⁶

Nem sempre, entretanto, podia o ordenamento jurídico da época oferecer aos testadores um veículo apropriado a seus desejos, nem o direito romano clássico se adaptava com facilidade a todo este tipo de liberalidades.

Surgiu então uma série de figuras que procuraram garantir certa perpetuidade às obras assistenciais e, assim, graças a elas, os próprios estabelecimentos dedicados a tão humanitária tarefa, foram tornando-se autônomos e com capacidade de adquirir e litigar.

Sabe-se que os chamados *collegia*, legalmente autorizados, tinham capacidade para ser legatários, mas não podiam, por direito comum, ser instituídos herdeiros.²⁷

²⁴ MURGA, José Luis. *La venta de las “res divini iuris” en el derecho romano tardío*. Universidad de Santiago de Compostela, 1971, p. 8.

²⁵ *Idem, ibidem.*

²⁶ *Idem, ibidem.*

²⁷ D. 20, 34, 5 (PAULUS): “*Cum senatus temporibus diui Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur. Cui autem non licet, si legatur, non ualebit, nisi singulis legatur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum*”.

Durante toda a época clássica, os próprios municípios estiveram privados de suceder hereditariamente por testamento, salvo quanto aos bens dos seus libertos.²⁸

A personalidade dos mosteiros, depois de uma longa época extralegal, acabou sendo reconhecida por vez primeira, ainda que de modo indireto, através da norma teodosiana do ano 434, segundo a qual os mosteiros podiam herdar.²⁹

Mais obscuro, porém, foi o nascimento das causas pias (*piae causae*). Estas, na palavra de JOSÉ LUIS MURGA,³⁰ aparecidas na penumbra do privilégio eclesiástico, entraram no ordenamento jurídico em um momento de deliquescência geral da normatividade, talvez no curto intervalo de tempo entre as três constituições do imperador LEÃO I, ou seja, de janeiro a junho de 472.

Se foi sempre interessante estender a sombra protetora da Igreja a todo um patrimônio mais ou menos difuso, no intuito de evitar que se dilapidassem ou que corresse o risco de desagregação tais bens, que a piedade privada havia destinado à caridade ou ao culto, com muito maior razão no século IV, quando ainda não se encontrava bem formada a personalidade das entidades paraeclesiásticas, uma vez que os mosteiros, por exemplo, não passavam de puros *coetus*, isto é, uma espécie de agrupamentos muito imprecisos, e as bizantinas *piae causae*, inicialmente, eram reduzidas à humilde situação de massas de bens, tão-somente acompanhadas de algumas cláusulas modais pouco seguras e nada concretas.

A lógica jurídica seguida pelos juristas e legisladores da época agrupava tais bens e patrimônios como autênticos acessórios de uma coisa principal – a Igreja de Constantinopla. Desta forma, como que por um passe de mágica e, de certo modo, usando a antiga regra *accessorium sequitur principale*, cobria com a santidade daquela (principal) os outros bens piedosos, mediante uma *accessio* toda peculiar. O fenômeno, ainda que caracteristicamente pós-clássico, típico destes séculos, não deixava de ter seus precedentes em épocas anteriores e sempre cumprindo uma função parecida.

Esta vinculação corporativa dos bens unidos por seu comum destino econômico e que, graças a isto, desfrutavam da mesma proteção jurídica, constituiu um tipo de coesão que chegou a fazer as vezes, provisoriamente, de uma personalidade jurídica em estágio de formação.³¹

Com a multiplicação das doações e testamentos difundidos amplamente sob o impulso da devoção religiosa em favor de entidades vinculadas à Igreja, ocorreu neste período um fenômeno curioso: enquanto o contexto histórico-social favorecia por todos os meios tais liberalidades, mesmo porque o prestígio da Igreja era enorme e a decadência imperial cada vez mais acentuada, já que não conseguia prestar os mais elementares serviços sociais à coletividade, e, sabendo-se, por outro lado, que os imperadores estavam convictos de que, salvando a unidade religiosa, estariam sal-

²⁸ ULPIANUS: “*Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere uniuersi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant: senatusconsulto tamen concessum est ut a libertis suis heredes institui possint*”.

²⁹ C. Th. 5, 3, 1.

³⁰ Ob. cit., p. 31.

³¹ MURGA, José Luis. Ob. cit., p. 33.

vando também a unidade do Império, a prática constante dos testamentos passou a exercer uma palpável influência na evolução da pessoa jurídica.

6. AS PERSONAE FICTAE NO DIREITO CANÔNICO

Neste passo, é importante considerar que, no tocante à pessoa jurídica, a canónica aportou elementos decisivos para a sua configuração, ao criar a expressão *persona ficta*.³² O ponto de partida foi estabelecido por SINIBALDO FLISCO, que tratou de abrandar a desditosa situação das cidades que se rebelavam contra o Papa ou o imperador na Idade Média. A responsabilidade da cidade implicava sanções para cada um dos cidadãos, incluídos os inocentes. Portanto, tornava-se indispensável encontrar uma argumentação jurídica, afirmam PALOMA AGUILAR ROS e RAMÓN HERRERA BRAVO, que explicam: “El planteamiento consistía en no poder negar la diferencia que existía entre la persona-hombre, con alma y cuerpo, y las corporaciones. ¿Cómo puede pecar una ‘universitas’ que no es más que un ‘nomen intellectualis’ y ‘res incorporalis’? Si además son ‘nomina iuris’, ¿cómo pueden incurrir en excomunión?”³³

Desta forma, para acabar com uma prática injusta, estabeleceu-se a diferença entre a realidade física e anímica do homem, e a funcional das corporações, penetrando na dogmática jurídica a nova expressão *persona ficta*.

O resultado prático que se consolidou com S. FLISCO (consagrado Papa com o nome de INOCÊNCIO IV) foi que o Concílio de Lyon proibiu a excomunhão dos *collegia* e *uniuersitates*. “Esto produce un efecto inmediato cual es que frente a los términos: ‘corpus’, ‘universitates’, ‘collegia’ y ‘civitates’, el término persona apenas se emplea; a partir de los ‘Comentaria’ de Flisco el término ‘persona ficta’ entra y arraiga en el acervo terminológico del Derecho – explicam os referidos autores,³⁴ que acrescentam: “Además, la resonancia de antiguas discusiones sobre la naturaleza de la Santísima Trinidad, en buena parte centradas en torno al significado del término persona, extendió más este término y se fue imponiendo la distinción entre ‘vera persona’ del hombre y las ‘personae fictae’ que constituyen los ‘corpora’ y las ‘universitates’.

Como se pode ver, é pela encruzilhada religiosa da trajetória histórica que muitos fenômenos jurídicos tomaram seu rumo e chegaram até os nossos dias, não obstante a tendência moderna, menosprezando a História, estar ainda a insistir absurdamente na busca de explicações por caminhos pretensamente científicos.

No caso, a expressão *persona ficta* é fundamental para a consolidação da idéia de pessoa jurídica. É que, para o Direito Canónico resultava fácil a idéia de abstração e espiritualização ao ver nas *uniuersitates personarum* associações de indivíduos que

³² Cf. GROSSI, P.: “Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel Diritto canonico”, em ASD II, 1958, p. 1-103; MURGA, J.: “La continuidad postmortem de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva”, em AHDE XXXVIII, 1968, p. 481-551; PANIZO, J.: *Persona y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo Flechi*. Pamplona, 1975; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *La persona jurídica*. Madrid, 1981; CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid, 1984 (citados por PALOMA AGUILAR ROS y RAMÓN HERRERA BRAVO. *Derecho romano y derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*. Granada, 1994, p. 38).

³³ Idem, p. 39.

³⁴ Idem, ibidem.

integravam uma unidade ideal e que, juridicamente, constituíam outra pessoa. Todas estas idéias foram entrando no Direito Comum e, através da jurisprudência, consolidaram-se no campo das sociedades mercantis³⁵ e, por conseguinte, na estrutura do próprio Estado.

7. A PESSOA JURÍCA E O ESTADO PERANTE O DIREITO ROMANO

Com relação ao Direito Romano, não obstante a facilidade em admitir amplamente a participação dos cidadãos nas mais variadas formas de sociedades, com as mais diversas finalidades (econômicas, recreativas, etc.), era inadmissível conceber a transferência da responsabilidade de uma pessoa física para uma personalidade fictícia, não se concebendo personalidade jurídica a um grupo, quando muito, uma pessoa podia representar um grupo, como era o caso, por exemplo, do *paterfamilias* relativamente ao grupo familiar.³⁶

Estas considerações são fundamentais para entendermos o *Estado* como fenómeno anacrônico perante a realidade romana.

De fato, qualquer esforço que tenha por objetivo identificar, por exemplo, a República romana com a atual figura do Estado, não passa de mera fantasia, sendo, portanto, igualmente anacrônica e inadequada a própria expressão *Estado romano*, o que não significa, obviamente, que o Direito Romano tenha sido deficiente ou ineficiente na reparação dos danos ocasionados por alguém no seio da sociedade romana. Basta dizer que a atual tendência à objetivação da responsabilidade, até mesmo da responsabilidade médica, sob a argumentação de que o fundamento da responsabilidade não é a culpa, em sua consideração mais subjetiva, nem mesmo o risco, mas o dano injusto, na verdade, é um retorno, hoje, à solução que já havia sido dada em Roma pela *lex Aquilia de damno*.³⁷

É interessante considerar a “personalidade jurídica” em suas relações com o poder a partir da Pandectística. Diz ORESTANO: “Il problema pandettistico della ‘personalità giuridica’ si venne così a spostare sempre più dal piano privatistico a quello pubblicistico e ciò non solo per le ‘persone giuridiche’, ma per stesse persone fisiche”.³⁸ Explicando que, no início do século XVII, FOREST havia confrontado órgão por órgão os corpos naturais e os corpos políticos; que HOBBS havia identificado no Estado um corpo, uma alma, assim como nervos, etc.; e que em MONTESQUIEU e ROUSSEAU se encontram tendências antropomórficas, arremata ORESTANO: “Ma è soprattutto da quando nel secolo XIX si introdusse l’espressione ‘persona giuridica’ come elemento simmetrico a ‘persona fisica’, che si cominciò

³⁵ Idem, p. 40.

³⁶ “Desde el punto de vista jurídico, el *paterfamilias* era el jefe; los sacrificios ceremoniales que debía realizar conferían fuerza a sus decisiones. Pero este poder, en principio omnímoto del *pater* no debe ser entendido como un poder brutal o ejercido fuera de los límites de la razón. La vida romana de los primeros tiempos se presenta fuertemente marcada por los *mores* y por ello pura y severa en alto grado... era también el *paterfamilias* quien se ocupaba de los cuidados médicos de esposa, hijos y esclavos. Hasta finales de la República nos encontramos en consecuencia con una Medicina doméstica o familiar a cargo del *paterfamilias*” (NUÑES PAZ, Maria Isabel. *La responsabilidad de los médicos en derecho romano*. Gijón, 1996, p. 19).

³⁷ Idem, p. 12.

³⁸ ORESTANO, Riccardo. Ob. cit., p. 37.

ad attribuire a questi paragoni un contenuto sempre più concreto, tanto da far smarrire il loro originário valore metafórico”.³⁹ Naturalmente, esclarece, nestas construções, havia também razões de ordem ideológica: “come ad esempio quelle che portarono a sostituire alla devozione verso la persona del sovrano la devozione verso la ‘persona’ della nazione, in cui i cittadini si uniscono come membri di un tutto...”⁴⁰

No sociedade romana antiga, entretanto, mesmo considerando os *Quirites* e *cives* em relação ao *populus Romanus*, em nenhuma hipótese, esclarece ainda ORESTANO, “si affaccia il moderno concetto di ‘appartenenza’ del cittadino allo Stato, considerato come un’entità astratta e distaccata dai singoli su cui esercita la sua sovranità”.⁴¹

Importante para entender a concepção romana da relação entre *populus Romanus*, *cives Romani* e as coisas, observa CATALANO, é a precisão de GAIO: “*Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim iniversitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt*”.⁴² O povo é concebido concretamente como coletividade de homens (*universitas*) da qual, vez por outra, se podem considerar os aspectos de unidade (p. ex., na afirmação do princípio de maioria: “...*refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem*”);⁴³ e na referência aos municípios: “*Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint*”,⁴⁴ ou os de pluralidade (p. ex., no *ius Quiritium* como direito de cidadania, ou melhor, como posição jurídica do Quirite, da qual são aspectos *potestas* e *libertas*).⁴⁵ Tal concepção explica as características das relações entre cada um dos *homines* com as coisas, fazendo CATALANO afirmar que é juridicamente absurdo considerar o povo como “pessoa jurídica”. Por outro lado, ele afirma categoricamente: “Applicare le odierne nozioni di ‘diritto pubblco’ e ‘diritto privato’ alle complesse realtà storiche di *collegia, universitates, corpora, civitates* è assolutamente inadeguato”.⁴⁶

8. O ESTADO E A SOCIEDADE MODERNA

“Quando uma oligarquia ascende ao poder, ela se impõe por aquilo que oferece”, diz CHANTEBOUT. “Então ela organiza a sociedade conforme seu projeto. Para isso ela transforma o direito, traduzindo em termos jurídicos as relações entre os indivíduos, segundo o projeto que concebeu”.⁴⁷

A confusão que se faz ainda hoje entre o Estado e a sociedade, a ponto de muitos pensadores não conceberem a sociedade sem a centralização estatal, equivale a

³⁹ Idem, p.39.

⁴⁰ Idem, p. 41.

⁴¹ Idem, p. 205. Cfr. TABOSA, Agerson. *Direito romano. Imprensa universitária*, Fortaleza, 1999, p. 135.

⁴² Gai, 2, 11.

⁴³ Cfr. ULPIANO, D. 50,17,160, 1.

⁴⁴ SCEVOLA, D. 50, 1, 19.

⁴⁵ Cfr. CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone – studi su origine e attualità del sistema romano*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, p.185; e *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1964 pp. 64 ss.

⁴⁶ *Diritto e persone*, cit., p. 187.

⁴⁷ CHANTEBOUT, Bernard. *Do Estado – uma tentativa de desmistificação*. Traduzido de De L’Etat por José Antonio Corrêa, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1977, p. 20.

desconhecer que o homem, muito antes de sentir o peso do Estado, viveu em sociedade no decurso de milhares de anos e que “os períodos gloriosos da humanidade foram aqueles em que as liberdades não tinham sido ainda esmagadas pelo Estado”,⁴⁸ cuja origem é relativamente recente.

Efetivamente, embora haja algumas divergências entre os estudiosos, o máximo que se pode recuar historicamente para encontrar a origem do que se costuma chamar *Estado moderno*, ou, simplesmente, *Estado*, é o século XIII.

GARCÍA-PELAYO, argumenta que FREDERICO II de Suábia (1194-1250) é uma das figuras mais impressionantes da História (segundo BURCKHARD, “o primeiro homem moderno que subiu a um trono”; conforme KANTOROWICZ, o “fundador da primeira monarquia absoluta do ocidente”; na opinião de FREYER, a antecipação profética e inaudita do Estado da época moderna”). Diferindo de outros reinos de sua época, cuja estrutura constitucional foi obra de várias gerações, o reino siciliano apresentou características tais, que se pode considerar como a forma política de seu tempo que mais decididamente penetrou na modernidade e, dentro dela, no tipo de Estado absolutista, desse Estado soberano, ilimitado, racional, burocrático e legalista, que HOBBS não hesitou qualificar de “deus mortal que assegura, abaixo do Deus imortal, nossa paz e nossa defesa”.⁴⁹

No entendimento de NELSON SALDANHA, para quem o Estado surgiu na Europa ao começo dos tempos ditos modernos, o que se tem com o *Estado moderno* é um poder maior de concentração de poder, ao menos na fase inicial; tem-se em certos casos uma centralização muito marcante, bem como uma ordem mais racionalizada. “A fase inicial do Estado moderno correspondeu ao absolutismo monárquico, ligado em geral ao mercantilismo; veio depois, com as revoluções burguesas, o Estado liberal, segundo estágio do Estado moderno, caracterizado pelo constitucionalismo. Posteriormente, e sob variantes, apareceriam as formas ‘sociais’ do Estado”.⁵⁰

Do ponto de vista jurídico, nem conceitualmente, nem historicamente, cabe identificar direito e Estado. São ordens que se interimplicam, mas se distinguem. MAX WEBER registrou, sob o enfoque sociológico, que o Estado “possui o monopólio do uso legítimo da violência”, e com efeito, a legitimidade é um pressuposto da ação estatal enquanto tal – observa SALDANHA:⁵¹ “A chamada ‘personalidade do Estado’ constitui ela mesma um dado jurídico, avalizado pela validade do chamado *ordenamento*, que explica este dado e unifica as ações estatais”.

Considerando o fato de que as funções religiosas e as funções públicas foram quase sempre estreitamente confundidas entre os povos antigos, é fácil entender por que a Igreja, portadora do ideal de paz e detendo, para impô-lo, os meios de pressão (penitência, excomunhão, interdição...) tornou-se preponderante. “Ela concentrou

⁴⁸ KROPOTKIN, Piotr, *O Estado e seu papel histórico*, Trad. Alfredo Guerra. Editora Imaginária, São Paulo, 2000, p. 9.

⁴⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. “Frederico II de Suábia e o nascimento do Estado moderno”, em *Revista brasileira de estudos políticos*, 15, Rio de Janeiro, 1961, p. 9.

⁵⁰ SALDANHA, Nelson. “O Estado”, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, 1979, vol. 33, p. 438.

⁵¹ Idem, p. 441.

nas Cruzadas uma válvula de escape para os instintos guerreiros da classe feudal, e impôs ao mundo cristão um projeto de organização social fundado sobre as manifestações de fervor religioso (edificação de catedrais, expansão das abadias, multiplicação das peregrinações...) e sobre o desenvolvimento da vida intelectual (criação das grandes universidades medievais...).⁵²

Beneficiando-se da crise dos feudos, do papado e do velho império (o “Sacro império Romano-Germânico”), surgiu o Estado como organização absorvente, isto é, sob forma de monarquia absoluta, que centralizou o mando em relação aos poderes e senhorios locais e concentrou o poder em relação às funções administrativas.

“Depois das revoluções liberais (Inglaterra 1688, França 1787) o Estado moderno passou da fase absoluta para uma fase liberal, marcada por valores que a burguesia e seus intelectuais preconizavam. Aqui surge o chamado ‘constitucionalismo’, que deu ao Estado seu cunho de Estado de direito ou Estado constitucional”.⁵³

Na Idade Média, “a cidade era a união dos bairros, das paróquias e das *guildas*, que realizava as suas assembleias plenárias no grande *fórum*, que detinha o seu enorme sino para tocar o rebate, os juízes eleitos e o seu estandarte em volta do qual se reuniam as milícias das *guildas* e dos bairros”, explica KROPOTKIN.⁵⁴ Em suma, “a humanidade jamais conheceu, nem antes nem depois, um período de bem-estar relativo tão bem assegurado a todos como o período das cidades da Idade Média. A miséria, a incerteza e o trabalho excessivo de que atualmente nos queixamos eram totalmente desconhecidos daqueles povos”,⁵⁵ conclui. No entanto, costuma-se ensinar nas escolas que o Estado nos fez a graça, a mercê, de constituir, sobre as ruínas da sociedade feudal, as uniões nacionais que, antes dele, eram impossíveis, em consequência das rivalidades que havia entre as cidades *selvagens*.⁵⁶ Mais tarde, como se isso ainda não fosse o bastante, em 24 de agosto de 1794, foi aplicado o grande golpe: “o Estado confiscou todas as terras comunais, convertendo-as em fundos de garantia da dívida pública, isto é, retirou-as da hasta pública e colocou-as nas mãos dos seus partidários – os termidorianos!”⁵⁷

O que sucedeu na França, segundo o citado autor,⁵⁸ sucedeu igualmente na Bélgica, na Inglaterra, na Alemanha, na Áustria – em todas as partes da Europa, exceto nos países eslavos. E, de uma maneira ou de outra, a apropriação individual das terras, antes comunais, foi quase totalmente levada a efeito nos anos cinquenta do século XIX. Das suas terras, os camponeses guardam apenas alguns pedaços.

Vemos assim, conclui KROPOTKIN,⁵⁹ que, “desde que o Estado começou a se constituir no século XVI, principiou por destruir todos os laços de união que exis-

⁵² CHANTGEBOUT, Bernard. Ob. cit., pp. 17 e 51.

⁵³ SALDANHA, Nelson. “Estado moderno”, em Enciclopédia Saraiva do Direito. Ob. cit., p. 562.

⁵⁴ KROPOTKIN, Piotr. Ob. cit., p. 36.

⁵⁵ Idem, p. 39.

⁵⁶ Idem, p. 60.

⁵⁷ Idem, p. 68.

⁵⁸ Idem, p. 69.

⁵⁹ Idem, p. 71.

tiam entre os cidadãos, quer das cidades, quer das aldeias”. Explica-se assim por que o Código Jacobino da Convenção, conhecido pelo nome de *Código Napoleônico*, não reconheceu o direito romano.⁶⁰

9. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO OU DOS CONTRIBUINTES?

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Na busca de soluções para todos os aspectos que a responsabilidade civil alcança, a doutrina tem encontrado dificuldade até mesmo em encontrar uma definição de responsabilidade civil.

Eis como se expressa AGUIAR DIAS: “O dissídio que lavra na doutrina, com relação ao problema da responsabilidade civil, alcança todos os seus aspectos. E começa, naturalmente, pela sua definição, a cujo propósito se manifestam divergências tão profundas – a acusar a luta, fecunda em conseqüências, entre a concepção tradicional da culpa e a doutrina moderna do risco – que MAZEAUD & MAZEAUD, não obstante sua colocação entre os maiores pesquisadores da matéria, não hesitam em confessar a tentação de enfrentar o tema sem o definir”.⁶¹ Acatando o conceito de JOSSERAND, que considera responsável também aquele que em definitivo suporta um dano, tomando, portanto, a responsabilidade civil no seu sentido mais amplo, a ponto de abranger na qualificação de responsável o próprio causador do dano a si mesmo, DIAS considera, entretanto, de maior importância encarar o problema sob o ângulo que ele denomina de “surto perturbador tomado pela disciplina, sob o nome de responsabilidade civil”.

Realmente, o tema vem ganhando proporções cada vez mais amplas, chegando mais recentemente aos chamados “danos punitivos”, levando alguns autores a enfrentar a questão do ângulo da responsabilidade penal objetiva e a “socialização” da responsabilidade penal.

Assim, em alentado estudo, TOLSADA aponta muitos fatores que, segundo ele, demonstram as invasões recíprocas que se estão produzindo entre as duas ordens de responsabilidade, civil e penal. Um deles é o dos chamados “danos punitivos”, muito em voga na prática americana, que se configuram, p. ex., nos casos em que o demandado agiu deliberadamente, revestindo-se sua conduta dos caracteres de autêntico ultraje. Casos típicos em que se aplicam danos punitivos por parte dos jurados nos Estados Unidos, são os de lesões causadas violentamente, sedução, procedimentos judiciais fraudulentos, atentados contra o direito à intimidade, etc. Na maioria dos casos, declara-se o propósito de tais decisões, que é para que o causador do dano não volte mais a incorrer em semelhantes condutas, ao mesmo tempo em que se dissuade a terceiros de fazer o mesmo.⁶²

Se o seguro de responsabilidade civil se converteu, lamentavelmente, em um autêntico fator de atribuição (sobre quê patrimônio vai recair a responsabilidade depende cada vez mais de qual dos titulares desses patrimônios teve a cautela de

⁶⁰ Idem, p. 72.

⁶¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. 1, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 14.

⁶² TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Responsabilidad civil contratual y extracontratual*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1998, p. 40.

subscrever uma apólice de seguro), não parece que isso vá acontecer no terreno penal. A conversão das análises jurídicas em prevenção de riscos financeiros não é, desde logo, um fenômeno que ameace os tradicionais pilares da imputação penal. Enquanto isso, tem havido entendimento de que “a função principal da responsabilidade civil é a de reduzir a soma dos custos dos acidentes e dos custos de evita-los”.⁶³

A irrupção que nos últimos anos se produziu da análise econômica no Direito de danos é, de fato, espetacular. Como disse CORDECH, “de um ponto de vista presidiado pela obsessão de indenizar (...) passou-se a uma perspectiva que trata de buscar aquele conjunto de regras (...) que conduzam a minimizar o custo social dos acidentes. Da justiça em abstrato, que ninguém sabe o que quer dizer, à utilidade, em concreto, que pelo menos é possível medir”. A justiça de cada caso adquire assim um papel secundário diante da clareza que permite saber quem deve subscrever uma apólice e quais as cláusulas que devem figurar nela. Nesta ordem de raciocínio, não é demais dizer que a fronteira com o Direito penal há de continuar sendo traçada com clareza.⁶⁴

Transposta toda esta argumentação para o terreno da responsabilidade civil do Estado, inevitavelmente vêm à tona muitas indagações e aspectos críticos, que confirmam cada vez mais a admirável sabedoria romana em tratar esta matéria no âmbito do interesse genuinamente popular.

De algumas décadas para cá, a doutrina brasileira vem se debatendo com um dilema, no mínimo, instigante. Veja-se a situação debatida por CRETELLA JÚNIOR: “Indenizando o administrado, tudo se passa como se a administração, que é a síntese patrimonial de todos os contribuintes, repartisse equitativamente pelos demais membros da coletividade, o *quantum* da indenização, levantando-o antecipadamente do orçamento, que é constituído, inclusive no que se refere às entradas públicas, pelos tributos pagos pelos membros da coletividade”.⁶⁵

Há tempo já que a mais alta Corte de Justiça do Brasil - o Supremo Tribunal Federal - consagrou o princípio da responsabilidade objetiva do Estado. “Culpa objetiva”, “conceito civilístico de culpa”, “responsabilidade objetiva”, “risco integral” são expressões correntemente empregadas pelo Supremo Tribunal Federal para caracterizar, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a situação do Estado, quando um agente público credenciado causa prejuízo ao particular.

Assim, já foi decidido que “o nosso direito se libertou do critério da culpa subjetiva para esposar o da culpa objetiva, no qual se cogita apenas da causalidade do ato praticado pela administração pública”.⁶⁶

“A tendência não só doutrinária, como jurisprudencial, é situar o problema da responsabilidade civil do Estado no campo do direito público, fora do conceito civilístico da culpa”.⁶⁷

⁶³ Cfr. CALABRESI. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (trad. De Joaquín Bisbal). Barcelona, 1984, cit. por TOLSADA, Mariano Yzquierdo. Ob. cit., p. 43.

⁶⁴ Cfr. CORDECH, Salvador. *La enseñanza del Derecho en España*. Madrid, 1987, p. 58, citado por TOLSADA, Mariano Yzquierdo. Ob. cit., p. 43.

⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. “*Responsabilidade civil do Estado*”, em Enciclopédia Saraiva do Direito. Saraiva, São Paulo, 1981, vol. 65, p.391.

⁶⁶ STF, RDA, 40, 337.

⁶⁷ STF, RDA, 10, 141.

Em acórdão mais recente, da lavra do Ministro CARLOS VELLOSO, ficou assentado o seguinte:

“A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido de licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais (...).⁶⁸

Tal princípio – o da responsabilidade objetiva – já se achava insculpido no artigo 107 da anterior Constituição Federal brasileira. Hoje, está revigorado no artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Estabelecida a questão nestes termos, significa que, em havendo dano, haverá indenização, distribuindo-se esta por todos numa expressão econômica de solidariedade de todos os agrupados.

Tudo parece muito simples e claro. CRETELLAL JÚNIOR argumenta: “Não é justo que o ônus ou encargo seja suportado por um só, pela vítima sobre a qual incidiu a consequência do fato nocivo, cuja causa remota é o Estado. O responsável pela reparação do dano é o Estado que, na realidade, nada mais é que a síntese patrimonial das contribuições de todos os membros da coletividade”.⁶⁹ Todavia, a questão que formulamos é a seguinte: até que ponto os contribuintes corretos devem responder pelos corruptos, por conta do erário público, se considerarmos que as *personae fictae* foram criadas precisamente para que os inocentes não pagassem pelos pecadores? Como se situa aí a *bona fides*?

Mais recentemente, diante da abundante legislação infraconstitucional no Brasil, sobretudo com o advento do Código de Defesa do Consumidor,⁷⁰ a doutrina brasileira, estimulada pela produção estrangeira, vem ampliando a discussão, no sentido de estender a responsabilidade civil do Estado também ao campo da proteção dos usuários de serviço público, assim como no tocante às consequências da atitude omissiva do Estado no âmbito do direito público.⁷¹

O tema reveste-se indubitavelmente de relevante importância, levando-se em conta o papel do Estado na sociedade contemporânea, principalmente nos países

⁶⁸ STF, RDA, 190, 194-200.

⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. “Responsabilidade civil do Estado”. Ob. cit., p. 392.

⁷⁰ Lei nº 8.078/90.

⁷¹ A propósito, v. MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público*. ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 1996, 85 páginas; CASTRO, Cláudio Henrique de. “A proteção dos usuários de serviço público e a reforma administrativa”, em Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Nº 127, jul/set., Curitiba, 1998, p. 55 ss.

periféricos. “De fato, hoje em dia apenas um sujeito tem condições para pensar estrategicamente: um grupo reduzido de empresas multinacionais dominantes. Mais do que os Estados hegemônicos, é este grupo que amarra os países periféricos e semi-periféricos à urgência dos ajustamentos estruturais (...). Mais do que os Estados hegemônicos, é este grupo que amarra uma parte do mundo à compulsão do consumo imediatista e outra ao imediatismo da luta pela sobrevivência”.⁷²

Por um lado, a globalização da economia concentrou enorme força em poderosíssimos grupos econômicos, que não se sentem devedores de lealdade ou responsabilidade para com nenhum país, região ou localidade do sistema mundial. Lealdade e responsabilidade que só assumem perante acionistas e, mesmo assim, dentro de certos limites. Por outro lado, as políticas estatais que compõem o sistema interestatal estão cada vez mais dominadas por lógicas, cálculos e compromissos de curto prazo. Aliás, a própria globalização da economia minou a eficácia dos dispositivos institucionais que lhe poderiam fazer oposição. “É que a erosão do poder dos Estados nacionais não foi compensada pelo aumento de poder de qualquer instância transnacional com capacidade, vocação e cultura institucionais viradas para a resolução solidária dos problemas globais”.⁷³

Por estas e outras razões, admitindo-se que o Estado contemporâneo deva realmente assumir a responsabilidade civil objetiva pelos danos causados a terceiros em decorrência de ação ou omissão administrativa de seus agentes, inclusive nas questões relativas ao meio ambiente, há que se questionar, todavia, o desequilíbrio social ocasionado pelo deslocamento do centro de gravidade de tal responsabilidade, que hoje se estabelece fundamentalmente nos grandes grupos econômicos, os quais dominam os próprios Estados.

Nestas circunstâncias, não obstante fortalecer-se cada vez mais o dogma da privatização, até mesmo a pretexto de prevenção de acidentes mediante subscrição de apólices de seguros com o setor privado, resta, de qualquer forma, ainda que seja em ação regressiva contra o Estado, a lamentável certeza de que, no final das contas, o contribuinte honesto é quem acaba por pagar uma conta que não deve.

10. CONCLUSÃO

De tudo que expusemos, podemos sintetizar, a título de conclusão, o seguinte:

1. O tema ora exposto reveste-se hoje da mais alta importância, dadas as circunstâncias do papel do Estado em face da globalização da economia.
2. A distinção entre o direito público e o direito privado, aparentemente de origem romana, deve passar por profunda revisão crítica, tendo em vista as interpolações do texto atribuído a ULPIANO e a absoluta impossibilidade, no direito romano, de se associar ao direito público a idéia de Estado.
3. Não existiu em Roma o Estado como pessoa jurídica, sendo, portanto absolutamente anacrônica e inadequada a expressão *Estado romano*.

⁷² SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. Cortez Editora, S. Paulo, 6ª Edição, 1999, p. 320.

⁷³ *Idem*, p. 299, 300.

4. Qualquer discussão acerca do papel do Estado na sociedade contemporânea deve passar necessariamente pela pesquisa em torno da evolução histórica da pessoa jurídica.
5. É inadmissível entender que, entre os romanos, tivesse existido uma pessoa jurídica separada da pessoa física. Isso porque, longe de se imaginar que eles fossem incapazes de abstrair, o que na verdade eles não admitiam era exonerar a pessoa física, diluindo sua responsabilidade numa entidade abstrata como é a pessoa jurídica.
6. A pessoa jurídica, longe de se poder explicar cientificamente, apesar das teorias já criadas na tentativa de lhes determinar a natureza jurídica, é mais facilmente compreensível como fenômeno histórico.
7. A pessoa jurídica, enquanto separada da pessoa física, tem sua origem estreitamente ligada às entidades religiosas do baixo império romano.
8. Assim, as *personae fictae*, como ponto de partida para a constituição definitiva da pessoa jurídica e, conseqüentemente, do Estado, tiveram origem no direito canônico, não no direito romano.
9. Lamentavelmente, ao estudar a pessoa jurídica, a chamada ciência jurídica moderna, mais preocupada em explicar sua natureza jurídica, nem sempre tem demonstrado o mesmo empenho em investigar a pessoa jurídica como instrumento de fraude.
10. O Estado, tão decantado hoje como conquista dos tempos modernos, deve render-se à sabedoria romana, submetendo-se a rigorosa análise crítica quanto ao seu papel em relação à responsabilidade civil, tendo em vista a inaceitável submissão a poderosos grupos econômicos, que vêm acarretando graves conseqüências na subversão do Direito e, portanto, na violação da Justiça.