

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AURÉLIO ADELINO BERNARDO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LESÃO
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Curitiba

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

AURÉLIO ADELINO BERNARDO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LESÃO AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Curitiba

2014

AURÉLIO ADELINO BERNARDO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LESÃO AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Titular José Antônio Peres Gediel

Curitiba

2014

Bernardo, Aurélio Adelino

Responsabilidade civil do Estado por lesão aos direitos fundamentais/ Aurélio Adelino Bernardo. – Curitiba, 2014. 187 f.

Orientador: Prof. Dr. Titular José Antônio Peres Gediel
Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

1. Direitos fundamentais. 2. Estado Democrático de Direito.
3. Responsabilidade Civil do Estado.

CDU- XXX.XX/XX

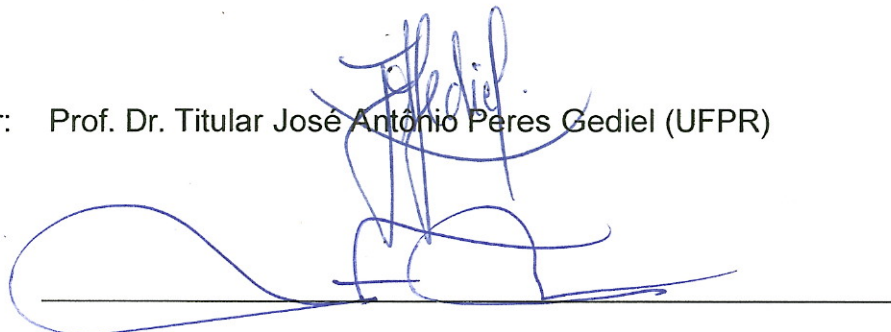
TERMO DE APROVAÇÃO

AURÉLIO ADELINO BERNARDO

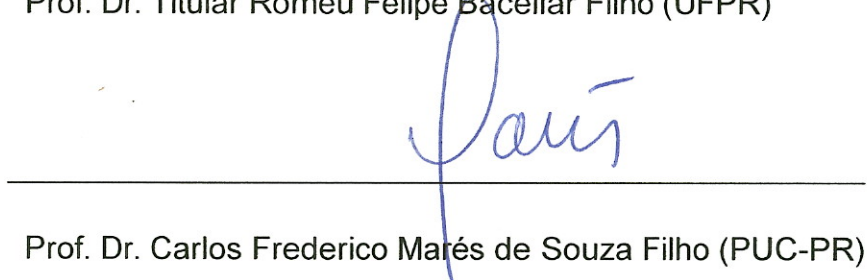
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LESÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Titular José Antônio Peres Gediel (UFPR)



Prof. Dr. Titular Romeu Felipe Bacellar Filho (UFPR)



Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho (PUC-PR)

Curitiba, 26 de Fevereiro de 2014

Aos meus pais Adelino de Jesus Bernardo e Nely Aurélio Maxaieie, por todo amor, pelo sacrifício feito para garantir a minha formação acadêmica, por quem sou e por tudo o que alcancei.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida, proteção e bênção.

Ao professor José Antônio Peres Gediel, pela orientação, apoio, incentivos, confiança, acolhida e principalmente pela amizade.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, pelos ensinamentos e pela colaboração recebida durante o curso.

À Marlene, pela força e encorajamento.

Aos amigos e colegas Dennis e Flor, pela amizade, companheirismo e pela colaboração recebida durante o curso.

Aos amigos e compatriotas André Mindoso e Acácio Zimbico, pelo incentivo, amizade e companheirismo.

RESUMO

A presente dissertação subordinada ao tema "Responsabilidade civil do Estado por lesão aos direitos fundamentais", tem como escopo demonstrar que no contexto do Estado de direito democrático, caracterizado pela submissão do Estado ao direito, uma estrutura orgânica baseada no princípio da separação de poderes, bem como pela promoção e a garantia dos direitos fundamentais, a responsabilidade civil do Estado desempenha importância premente na materialização dos Direitos fundamentais, visto que é uma garantia dos cidadãos ante a conduta e risco inerente à atividade estatal lesiva à aqueles direitos existenciais. Do axioma da irresponsabilidade do Estado Absoluto, atualmente, o princípio da responsabilidade do Estado é aceite na grande maioria dos Estados contemporâneos e os seus pressupostos evoluíram por forma a abarcar as diversas situações fáticas geradoras de dano pelos poderes Executivos, Legislativo e Judicial, com o fito de oferecer maior proteção ao cidadão. Dai que somos defensores, de similar evolução no direito moçambicano, que se encontra ainda emperrado na responsabilização parcial do Estado, calcada em elementos subjetivos, bem como na "soberania" de alguns poderes do Estado. Assim, no direito moçambicano o Estado tem sempre direito de regresso sobre o seu agente porque a responsabilidade incide apenas sobre os danos causados por atos ilegais, enquanto que no direito brasileiro cuja responsabilidade Estatal é objetiva, este goza de direito de regresso apenas em caso de dolo ou culpa do agente. É recorrente na prática dos tribunais moçambicanos e brasileiros a utilização de critérios subjetivos, como as condições económicas da vítima e do ofensor, bem como o grau de culpabilidade do ofensor, para aquilatar o valor da indenização do dano moral, o que abre espaço para flagrantes injustiças. A centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à princípio fundante da ordem jurídica e do Estado torna-o fonte dos direitos fundamentais, que de acordo com o momento histórico os atualiza. Este fato impõe uma releitura do dano e dos critérios de quantificação do valor da indenização com ele consentânea, devendo os critérios supracitados ser abandonados, imperando para efeitos de reparação a extensão do dano, pois independentemente da situação socioeconómica, todos somos iguais em dignidade.

Palavras-Chave: Estado Democrático de Direito. Responsabilidade do Estado. dignidade da pessoa humana. Direitos Fundamentais. Reparação.

RESUMEN

La presente investigación, enmarcada dentro del tema *“La responsabilidad civil del Estado por daños causados a los derechos fundamentales”*, tiene como objetivo demostrar que, en el contexto del Estado democrático de derecho, caracterizado por la sumisión del Estado al derecho, una estructura orgánica basada en el principio de separación de poderes, así como la promoción y garantía de los derechos fundamentales, la responsabilidad civil del Estado desempeña importancia perenne en la materialización de los derechos fundamentales, ya que es una garantía para los ciudadanos frente a la conducta y el riesgo inherente a la actividad del Estado que lesione aquellos derechos existentes. Del Axioma de la irresponsabilidad del Estado absoluto, en la actualidad, el principio de la responsabilidad del Estado es aceptado en la mayoría de los estados contemporáneos y sus presupuestos han evolucionado para abarcar las distintas situaciones de hecho que generan daños por el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, con el objetivo de ofrecer una mayor protección a los ciudadanos. Por lo tanto somos partidarios de una evolución similar en la legislación mozambiqueña, la cual aún está atascada en la responsabilidad parcial del Estado, con base en elementos subjetivo, y en la *“soberanía”* de algunos poderes del Estado. Así, en el derecho de Mozambique, el Estado siempre tiene el derecho de retorno contra su agente, porque la responsabilidad se centra sólo en los daños causados por actos ilegales, mientras que en la legislación brasileña, cuya responsabilidad del Estado es objetiva, este goza de un derecho al retorno sólo en casos de dolo o culpa del agente. Es práctica frecuente en los tribunales brasileños y de Mozambique, el uso de criterios subjetivos, tales como las condiciones económicas de la víctima y del delincuente, o el grado de culpabilidad del ofensor, para evaluar el monto de la indemnización por daño moral, lo que deja espacio para flagrantes injusticias. La centralidad del principio de la dignidad de la persona humana, elevado a la categoría de a principio fundamental del sistema legal y del Estado, se convierte en la fuente de los derechos fundamentales, que de acuerdo a los cambios históricos son actualizados. Este hecho impone una relectura de los daños y de los criterios para cuantificar el monto de la indemnización con este producido, debiendo, los criterios mencionados ser abandonados, imperando para efectos de la reparación, la extensión del daño, porque independientemente de la situación socioeconómica, todos somos iguales en dignidad.

Palabras Claves: Estado Democrático de Derecho. Responsabilidad del Estado. La dignidad humana. Derechos Fundamentales. Reparación.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

al. – alínea

art. – artigo

arts. – artigos

Cf. ou Cfr. – confira, conferir ou confronte.

Des. – Desembargador

Des^a. Desembargadora

Ex. – exemplo

Id. – idem

Inc. – inciso

Min. - Ministro

n. ou nº - número

Rel. – Relator

Rel.^a – Relatora

T. – Turma

SIGLAS

AG – Agravo de Instrumento

AgRgARESP – Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial

CCB – Código Civil Brasileiro

CCM – Código Civil Moçambicano

CFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

CRM/2004 – Constituição da República de Moçambique de 2004

ONU – Organização das Nações Unidas

PRM – Polícia da República de Moçambique

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	9
1. A Responsabilidade civil extracontratual do Estado.....	9
2. As teorias que marcaram as fases históricas da responsabilidade civil do Estado	12
2.1. <i>Teoria da irresponsabilidade</i>	12
2.2. <i>Teorias civilistas</i>	16
2.3. <i>Teorias publicísticas</i>	20
3. Responsabilidade civil do Estado: uma questão de direito privado ou direito público	26
4. As causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado aplicadas à lesão aos direitos fundamentais	30
4.1. <i>Culpa do Lesado</i>	31
4.2. <i>Força Maior e Caso Fortuito</i>	34
CAPÍTULO II – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	36
1. Delimitação terminológica: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.....	36
2. A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....	42
3. Conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana.....	48
4. Estado democrático de direito, direitos fundamentais e responsabilidade do Estado.....	52

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE LESÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRESSUPOSTOS DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA	65
1. A conduta lesiva do Estado ensejadora de responsabilidade	65
1.1. Atividade administrativa lesiva aos Direitos fundamentais	65
1.1.1. Conduta comissiva lesiva aos Direitos Fundamentais	67
1.1.2. Conduta omissiva lesiva aos Direitos Fundamentais	70
1.1.3. O Risco e a lesão aos Direitos Fundamentais	74
1.2. Atividade jurisdicional lesiva aos direitos fundamentais.....	76
1.3. Atividade legislativa lesiva aos direitos fundamentais	86
2. O Dano	89
2.1. O conceito e características do dano patrimonial e do dano moral indenizável.....	90
2.2. O Dano Moral e a Dignidade da pessoa humana	96
3. O Nexu causal.....	100
4. A responsabilidade civil objetiva do Estado e a permanência da culpa no direito moçambicano.....	107
CAPÍTULO IV - A REPARAÇÃO DOS DANOS À PESSOA HUMANA: DOCTRINA E A PRÁTICA DOS TRIBUNAIS MOÇAMBICANOS E BRASILEIROS.....	113
1. A Organização do Poder Judiciário em Moçambique.....	113
2. A reparação dos danos morais	115
2.1. A Natureza jurídica da Reparação e o problema da quantificação dos danos à pessoa humana	117
3. A concretização da reparação.....	137
4. Teoria da ponderação de princípios: conflitos de direitos fundamentais.....	142
5. Direito de regresso contra o agente causador do dano	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	153

BIBLIOGRAFIA.....	157
ANEXO.....	169

INTRODUÇÃO

A passagem do Estado liberal para o Estado social, a crise deste e o crescente aumento dos direitos e garantias individuais, criaram condições para a gênese do Estado Democrático de Direito, que se orienta, entre outros princípios, pela dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma organização administrativa, baseada na separação de poderes, no princípio da legalidade e reconhecimento de direitos e liberdades individuais, e surge como mecanismo de limitação do poder soberano na relação entre o Estado e o cidadão, resguardando as garantias, direitos e liberdades fundamentais contra a tirania ou a ação despótica do poder político. Assim, progressivamente, com o advento do Estado Democrático de Direito caiu por terra o princípio da irresponsabilidade do Estado, que se estribava na ideia de soberania da concepção de Estado Absoluto despótico.

A responsabilidade do Estado é corolário da sujeição de todas as pessoas públicas e privadas à ordem jurídica, ou seja, o Estado tal como as demais pessoas jurídicas é um sujeito de direitos e deveres. Assim, diante de um dano injusto causado pelos seus agentes recai sobre este a obrigação de repará-los. É nesse contexto, que a maioria das Constituições dos Estados contemporâneos consagram o princípio da responsabilidade do Estado, estatuidando a possibilidade de se demandar o Estado, exigindo a indenização por danos decorrentes de atos (ações ou omissões) dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, sejam eles atos administrativos (atos jurídicos) ou atos materiais como, por exemplo, o uso de armas de fogo.

Após a segunda guerra Mundial, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, reconhecendo e atribuindo proteção internacional a dignidade da pessoa humana. Inspirados na declaração, grande parte dos Estados consagrou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e um núcleo de direitos e garantias a ele inerente na sua lei fundamental, passando-se da

visão universal abstrata dos Direitos Humanos para a positivação concreta nos ordenamentos jurídicos Estatais.

Neste prisma, subjaz ao reconhecimento tanto no plano nacional, como na ordem internacional de que todo ser humano tem direitos, fruto da dignidade patente na humanidade, e que a sua violação ou negação pelo poder público acarreta a responsabilização do Estado, quer no âmbito do direito interno, bem como na esfera internacional. Como bem referiu Norberto Bobbio, hodiernamente, o problema dos direitos fundamentais da pessoa humana já não é o de reconhecer ou fundamentá-los, mas sim de *protegê-los*, garantindo a sua efetiva implementação¹.

Contemporaneamente, tem se verificado um aumento de violações dos direitos e liberdades fundamentais perpetradas por agentes do Estado, e como consequência algumas ações de responsabilização civil do Estado por tais violações ofensivas à dignidade da pessoa humana, porém poucos estudos existem sobre o tema em referência em Moçambique, por isso, dedicaremos a análise dos seus desdobramentos.

Ao enfrentar o tema em epígrafe, ressaltam problemas recorrentes que digladiam a doutrina, e que inevitavelmente na nossa abordagem tomaremos partido, como é o caso do problema liminar da terminologia a adotar, se responsabilidade civil da administração pública ou do Estado. Seguidamente, cumpre indagar sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil estatal, ou seja, se é de direito privado ou público.

Estando em pauta, no presente trabalho, a responsabilidade do Estado por lesão aos direitos fundamentais, é mister analisar, previamente, qual o conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, importa saber em que condições se pode ensejar Responsabilidade do Estado, bem como qual a natureza da indenização dos danos morais, e quais os critérios usados pelos tribunais moçambicanos e brasileiros para a fixação do *quantum* indenizatório. Importa, ainda, analisar se o cidadão lesado, em seus

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992, pág. 24.

direitos fundamentais, poderá demandar diretamente o agente causador do dano ou só apenas ao Estado.

O regime do Estado Democrático de Direito assenta-se, em tese, na tríplice reciprocamente interdependente, dos valores da liberdade que implica respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, do poder ou da autoridade que tendo como fundamento a vontade do povo deve decidir em prol do interesse coletivo e, por último, a responsabilidade em que o uso abusivo do poder, bem como da liberdade implica responsabilização pelos eventuais danos causados².

Em Moçambique, onde a ideia de democracia é muito recente, tendo sido implementada há dezenove anos, estes valores ainda não se encontram consolidados, verificando-se vários exemplos de restrição da liberdade e de abuso de poder, atuações lesivas aos direitos fundamentais, bem como a crença de irresponsabilidade dos órgãos do poder público e seus agentes. Aliado a estes fatores, acresce a fraca consciência jurídica dos cidadãos e a fraca mentalidade de que os titulares do poder público são servidores, e como tal estes e as instituições públicas são responsáveis e devem ser responsabilizados.

Assim, para melhor compreensão e contextualização do tema, tomaremos como referência o direito vigente na República de Moçambique e na República Federativa do Brasil, e algumas decisões de tribunais de ambos os países, embora não se pretenda fazer um estudo de direito comparado, no sentido clássico da expressão, e sem descurar de outros ordenamentos jurídicos cuja referência se mostre pertinente à abordagem do tema.

A análise da jurisprudência moçambicana estará centrada na decisão do processo nº 214/2010-1ª do Tribunal Administrativo de Moçambique, que por sua importância e ineditismo vem como anexo.

² QUADROS, Fausto de. *Introdução*. ``in`` QUADROS, Fausto de (Cord.). *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995, pág. 9.

Neste contexto, a análise do tema da presente dissertação, particularmente, enseja dar um singelo contributo ao desenvolvimento do direito moçambicano, que apesar da consagração constitucional da responsabilidade civil do Estado, estudos sobre a matéria são praticamente inexistentes, e salvo raríssimas exceções, a responsabilização do Estado por danos decorrentes de lesão aos direitos fundamentais é ainda uma utopia, a ser concretizada. De uma forma geral, a presente dissertação visa dar uma pequena contribuição para a análise deste remédio constitucional, contra as condutas dos agentes públicos, lesivas aos direitos elementares da pessoa humana, a Responsabilidade Civil do Estado.

Cumprе ressaltar, que enquanto no Brasil a responsabilidade do Estado é objetiva (§ 6º, do art. 37 da CFB/88), em Moçambique ainda é baseada no pressuposto de existência de culpa do agente do Estado (nº do art. 52 da CRM/2004).

Como mecanismo conducente à concretização da presente dissertação, intitulada *``Responsabilidade Civil do Estado por lesão aos Direitos Fundamentais``*, adotaremos no plano metodológico, a revisão bibliográfica, bem como o estudo da jurisprudência pertinente.

O trabalho encontra-se estruturado em quatro capítulos, em que no primeiro será dedicado à análise da responsabilidade civil do Estado em geral, abordando as teorias que marcaram a sua evolução, passando pelo debate sobre o ramo a que pertence o instituto da responsabilidade civil do Estado, bem como a análise das causas de exclusão da Responsabilidade.

No segundo capítulo, dedicar-nos-emos a relação entre Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e responsabilidade do Estado, destacando o valor do princípio da dignidade da pessoa humana dentro da estrutura dos Estados Democráticos de Direito.

No terceiro capítulo, iremos dedicar a análise da responsabilidade civil do Estado por lesão aos direitos fundamentais, debruçando sobre os pressupostos da pretensão ressarcitória e a responsabilidade do Estado por atos judiciais e

legislativos, e, no quarto e último capítulo, iremos nos ater a Reparação dos danos à pessoa humana, dando especial enfoque a prática dos Tribunais moçambicanos e brasileiros, nos quesitos da índole do ressarcimento dos danos morais, bem como sobre os critérios de quantificação dos danos, e sobre o direito de regresso contra o agente causador do dano.

Por fim, apresentaremos as ilações finais tiradas do tema em pesquisa, que apontam para uma evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado por forma a abranger as diversas situações fáticas geradoras de danos, bem como a necessidade de uma releitura dos critérios de avaliação dos danos morais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1. A Responsabilidade civil extracontratual do Estado

O Estado tal como as demais pessoas jurídicas é sujeito de direito e deveres. Assim, sempre que seus agentes violam bens juridicamente tutelados, quer no âmbito do poder executivo, quer do legislativo ou do judiciário, a este emerge a obrigação de reparar os prejuízos causados. A abordagem do tema da presente dissertação se desenvolve a partir da centralidade dos direitos fundamentais e da tutela desses direitos que deve ser preservada por todos, sem exceção.

A doutrina digladiava-se quanto à denominação a ser dada ao tema, alguns autores preferem chama-la de *“Responsabilidade Civil da Administração Pública”*, porque entendem que a maior parte dos casos lesivos à esfera dos particulares, resultam de atos da Administração Pública e não do Estado como um ente político³. A respeito da atuação da Administração pública, Juary C. Silva refere que *“embora sua atividade seja realmente a mais suscetível de causar danos, não é ela a única a ensejar essa responsabilização”*⁴, na medida em que os atos judiciais e legislativo também podem ser danosos.

Nessa esteira, outros autores preferem empregar a expressão tradicional *“Responsabilidade Civil do Estado”* por entender que a administração pública carece de personalidade jurídica, não tem direitos e obrigações na ordem civil, sendo apenas o Estado, como pessoa jurídica que tem capacidade para

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 530.

⁴ SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos Judiciais e Legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo: Saraiva, 1985, pág 74.

responder civilmente pelos danos causados pelas partes que o compõe (Executivo, Legislativo e Judiciário) com o fito de exercer suas atribuições⁵.

Pelo alcance do tema no presente trabalho, examinaremos a ``*Responsabilidade civil do Estado*´´, pois como refere em nota de rodapé o Professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO ``o rótulo `responsabilidade do Estado´ abrange toda espécie de responsabilidade: relativa a atividade administrativa, judicial ou legislativa⁶´´. Por outro lado, nos ateremos à modalidade de responsabilidade civil extracontratual, gerada tanto por fatos lícitos e ilícitos, bem como pelo risco que lesam bens juridicamente tutelados.

Com efeito, entende-se por Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado a obrigação que lhe recai de reparar os danos causados na esfera jurídica de terceiros, decorrentes de atos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos perpetrados por seus agentes, nessa qualidade⁷.

Importa aqui, traçar fronteiras entre a *Responsabilidade Civil do Estado* e o *sacrifício de Direito*, por serem figuras afins, mas que não se devem confundir, na medida em que, no sacrifício do direito a ordem jurídica confere poderes aos órgãos do Poder público para sacrificar determinados interesses privados, fazendo incidir sobre este a obrigação de indenizar o titular. Renato ALESSI, afirma que só se esta em face da figura de responsabilidade do Estado, propriamente dita, quando um agente do estado viola um direito alheio, visto que quando não existe violação, mas sim um sacrifício do direito previsto e autorizado pelo direito, não se cai ao cobro da figura de responsabilidade do Estado⁸. Na mesma esteira, o Professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO assinala que

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: ATLAS S. A, 2003, Pág. 522.

⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pág. 194

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 523.

⁸ ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1955, p. 155

Não há que falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém⁹.

Ora, Bandeira de Mello elucida que o sacrifício de direito, por sua vez, não se pode confundir com a responsabilidade civil do Estado por fatos lícitos, pois neste caso o poder conferido ao Estado não tem como escopo último a lesão a um direito alheio, mas esta decorre de forma indireta, e como corolário do exercício legítimo do poder outorgado¹⁰, ou seja, é atribuído ao Estado um poder para exercer determinados atos que não visam sacrificar ou debilitar determinado bem juridicamente tutelado, podendo, no entanto, provocar danos como mero resultado ou consequência da ação legítima cuja obrigação de indenizar¹¹ recai sobre o Estado.

É de salientar que a responsabilidade civil do Estado por fatos lícitos nem sempre foi admitida pela doutrina e pelos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados, pois na sua gênese, a responsabilidade civil do Estado apenas se centrava em fatos ilícitos, como demonstraremos na análise da construção histórica desse instituto.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 994

¹⁰ *Idem*, pág. 995.

¹¹ A doutrina italiana faz a distinção terminológica entre *indenização* e *ressarcimento*, reservando aquela para os casos de sacrifício de direito e esta para os casos de responsabilidade propriamente dita, distinção essa não acolhida pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello. *Ob. cit.* pág. 995, e que nos subscrevemos a sua posição. Mais adiante, quando abordarmos a questão do dano precisaremos a distinção entre indenização e ressarcimento.

2. As teorias que marcaram as fases históricas da responsabilidade civil do Estado

2.1. Teoria da irresponsabilidade

As transformações do Estado, desde o modelo de Estado absoluto, passando pelo Estado liberal do Direito ao Estado social e a lenta construção do Estado Democrático de Direito, deixaram marcas no tratamento da responsabilidade do Estado. Essa questão de índole política se reflete nas teorias da responsabilidade civil do Estado.

Hodiernamente, é comumente aceite pela doutrina e pela jurisprudência da grande maioria dos Estados modernos a teoria da Responsabilidade Civil do Estado por atos praticados pelos seus agentes, porém nem sempre foi assim.

Historicamente, o Estado não podia ser responsabilizado por danos causados aos cidadãos, por atos dos seus agentes ou órgãos. Esta teoria da irresponsabilidade do Estado estava alicerçada na ideia de soberania e de uma concepção absolutista do Estado, segundo a qual o Estado dispõe de poderes e de autoridade incontestável perante o súbito, que sendo o garante do direito não poderia errar. Esta concepção de um Estado despótico e absolutista colocava os monarcas e agentes acima da lei, não podendo ser responsabilizados por qualquer que fosse o dano causado, com fundamento em princípios, como o que se usava na Inglaterra, de que o Rei não podia errar - *The King can do no wrong*¹². Sobre essa visão ilusória se cultuava a inimputabilidade do poder público.

Vários foram os autores que na segunda metade do século XIX, se desdobravam em argumentos diversos, defendendo a ideia da irresponsabilidade do Estado, dentre os partidários desta corrente, destacaram-

¹² Cfr. CRETELA JUNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, págs. 60-61.

se Richelmann, Bluntschli, Gabba, Mantellini e Saredo, como bem descreve Amaro Cavalcanti¹³.

Com efeito, Cavalcanti apresenta os pontos comuns em que se estribavam os defensores da doutrina em epígrafe, sendo primeiro, o fato de considerarem que o Estado carece de um dos requisitos básicos de imputabilidade, o da existência efetiva de vontade, não podendo assim, ser chamado a responder por atos lesivos de direitos alheios. Esta visão resultava da noção errônea de que o Estado sendo uma ficção legal, era incapaz de ter vontade própria¹⁴.

Por outro lado, afirmavam que agindo o Estado por meio de representantes legais (os funcionários), não cabe dentro dos poderes da representação, o de cometer atos ilícitos, e por isso os danos que possam advir da prática de tais atos devem ser exclusivamente imputáveis aos funcionários excluindo-se qualquer responsabilidade do Estado. Aduziam, também, o fato de não existir no Direito Romano, disposição expressa que admitisse a responsabilidade por atos lesivos de seus representantes¹⁵.

Como se pode depreender, a teoria da Irresponsabilidade absoluta do Estado assenta-se em dois postulados, na soberania do Estado, que dentro da ideia de Estado Absoluto, não se aventava qualquer tipo de responsabilidade do Estado, e na representação, na medida em que, se entendia que não cabe dentro dela os poderes de praticar atos ilegais, imputando-se tais atos exclusivamente aos próprios funcionários, bem como pela visão de que sendo o Estado o criador e exercendo a tutela do Direito não podia atentar contra a ordem jurídica.

Nesta fase histórica, a irresponsabilidade era um axioma cuja legitimidade não podia ser posta em causa, e a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio público era considerada

¹³ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, Tomo I págs. 147-160.

¹⁴ *Idem*, págs. 159

¹⁵ *Idem*, págs. 159-160.

como um perigoso entrave à liberdade dos serviços, e os administrados só podiam apelar a uma ação ressarcitória contra o agente causador do dano¹⁶.

Os argumentos apresentados pelos principais defensores da teoria da irresponsabilidade foram ultrapassados pela doutrina, e hodiernamente tal teoria se apresenta arcaica, não se compaginando com os princípios que norteiam os Estados contemporâneos, pois sendo este sujeito de direitos também recai sobre si um núcleo de obrigações, tal como podemos demonstrar recorrendo à autoridade de CAVALCANTI ao asseverar que

A Teoria da irresponsabilidade do Estado, *incondicional, absoluta*, pelos atos dos seus representantes, embora lesivos dos direitos de outrem, não pode ser a regra do Estado, notadamente do Estado moderno, dados os princípios sociológicos e jurídicos, sobre os quais assenta a sua construção. Por mais elevado que seja o conceito que se queira formar da soberania do Estado, “*summum imperium, summa potestas*”, semelhante conceito não pode ir até ao ponto de excluir a ideia de justiça; porque o Estado é antes de tudo, a pessoa de direito por excelência¹⁷.

De fato, a teoria da irresponsabilidade do Estado só podia vincar antes da ideia de subordinação do Estado ao Direito, como bem afirma Juarey C. Silva “*antes de surgir o conceito de Estado liberal e submisso ao direito, seria prematura a ideia de responsabilizar o poder público por atos dos seus agentes, ainda que flagrantemente ilegais*”¹⁸, o que, evidentemente, não se admite no cenário jurídico atual.

A Inglaterra e os Estados Unidos da América que secularizavam no seu direito interno a doutrina da irresponsabilidade do Estado, abandonaram-na,

¹⁶ DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Dalloz, 1926 V/1 e 2 apud CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 21.

¹⁷ CAVALCANTI, Amaro. *Ob. cit.* pág. 163.

¹⁸ SILVA, Juarey C. *ob. cit.* pág. 74

respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946¹⁹.

Com efeito, a teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado não teve guarida no Ordenamento Jurídico de Moçambique, uma república que nasceu à 25 de Junho de 1975 com a proclamação da Independência e entrada em vigor da primeira constituição do país.

Apesar da Constituição de 1975 ser omissa quanto a possibilidade de se responsabilizar civilmente o Estado, visto que no momento histórico, a maior preocupação do legislador constituinte era o da construção de um Estado novo, livre de toda a forma de opressão, bem como na consolidação da independência nacional, o Código Civil de 1966 aprovado pelo Decreto-Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966 pelo Governo de Portugal e estendido à Moçambique (na altura Colônia de Portugal) pela Portaria nº 22869, recebido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1975, cuja vigência permanece até os dias de hoje, já disciplinava a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por seus agentes, representantes ou órgãos no exercício de atividades de gestão privada, ou seja, apenas regulava a responsabilidade civil do Estado por atos de gestão privada, deixando uma lacuna na regulação dos atos de *ius imperi*, como detalhadamente analisaremos no próximo ponto.

No Direito Brasileiro, por sua vez, a teoria da irresponsabilidade absoluta jamais logrou ser consagrada ou mereceu acolhida pela jurisprudência²⁰. Já a Constituição Republicana de 1891, dispunha no seu artigo 82º sobre a responsabilidade dos funcionários, resultantes de abusos ou omissões no exercício das suas funções, e o Código Civil de 1916 veio confirmar e disciplinar de forma mais clara a questão da responsabilidade do Estado. O direito brasileiro apesar de profundamente marcado de romanismo, ``temperou-

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* pág. 531.

²⁰ BARBOSA, Rui. *A culpa civil das Administrações públicas*. Pág. 60 ``In'' *Obras Completas, 1948*. V.25, t. 5 *apud* Cretella Junior. *Ob. cit.* pág. 186 afirma que ``pelo dano causado ao direitos dos particulares, não hesitou jamais a justiça brasileira em responsabilizar municipalidades, províncias e Estados, o Governo império, o da República... ``

*se continuamente com os elementos liberais que contribuíram na formação do pensamento nacional, que, assim, sempre se opôs a tais manifestações de privilégios regalista*²¹”. A assunção da responsabilidade do Estado foi gradual, sendo inicialmente parcial e subjetiva, como a seguir demonstraremos.

2.2. Teorias civilistas

Os civilistas destacaram-se nessa fase, opondo-se à irresponsabilidade absoluta do Estado, porém sem com isso pregarem a responsabilidade civil total do Estado, visto que na base desta teoria estava a categorização de dois domínios distintos patentes na pessoa coletiva Estado, ou seja, o domínio público e o domínio privado. Com efeito, é inegável o papel preponderante que desempenharam, estando na origem da aceitação do princípio da responsabilidade civil do Estado.

Os partidários dessa teoria distinguiam as formas de atuação da administração defendendo que só se podia responsabilizar civilmente o Estado por danos causados por atos de gestão privado, estribando-se em princípios do direito privado de responsabilidade de terceiro (comitente, representante ou mandante, etc)²². Com efeito, vislumbra-se desta teoria que na prática de atos de gestão, o Estado age em igualdade com os particulares, podendo assim, chamar-se a colação o princípio da responsabilidade civil nas mesmas condições que um ente privado, desde que havendo culpa do funcionário ou agente estatal.

Outrossim, rechaçavam a responsabilidade do poder público por danos causados na prática de atos de império, pois nesses casos o Estado estaria a agir no exercício da sua soberania, como poder supremo, por isso os atos não

²¹ *Idem*

²² Cfr. CAHALI, Yussef Said. *Ob. cit.* pág. 23.

seriam passíveis de qualquer julgamento, e nem de gerar obrigação de reparar, mesmo quando causassem danos aos súditos.

Cretella Junior ressalta o fato de que apesar da apregoada divisão dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão ter feito carreira na história do direito francês, enormes são as dificuldades que a doutrina e a prática encontram para delimitar com precisão o campo daqueles dois tipos²³. Por outro lado, para Amaro Cavalcanti *“partir simplesmente da distinção dos atos para afirmar a responsabilidade do Estado pelos atos de gestão e sua irresponsabilidade pelos de império, deixa evidentemente muito a desejar, como sistema de justiça distributiva”*²⁴, mormente porque todos os atos são atos do Estado e este quer numa, ou noutra forma de atuação é sempre o Estado, não podendo na prática de atos de império violar impunemente os direitos dos particulares, sem com isso se submeter ao crivo jurisdicional.

Para CAHALI, essa teoria *“conquanto tenha tido mérito de representar uma fenda no princípio da irresponsabilidade, acabou sendo descartada em razão da insuficiência de seus enunciados”*²⁵, bem como, pela dificuldade prática em distinguir, usando critérios objetivos os atos de gestão dos de império, visto que várias vezes estes atos apresentam-se intimamente ligados.

A fase em epígrafe era de fundo individualista, assente na responsabilidade subjetiva em que a obrigação de indenizar era em razão de danos causados por um procedimento ilícito comissivo ou omissivo, culposo ou doloso. Quer dizer, era necessário identificar a culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado, ficando esta teoria muito aquém de dar uma solução cabal ao problema da responsabilidade civil do Estado, mormente nos casos de *faute de service* (Culpa de serviço ou *“falha de serviço”*) quando os serviços públicos não funcionam, ou funcionam mal ou funcionam atrasados, o

²³ CRETELLA JUNIOR, José. *Ob. cit.* pág. 68.

²⁴ CAVALCANTI, Amaro. *Ob. cit.* pág. 14.

²⁵ CAHALI, Yussef Said. *Ob. cit.* pág. 23.

que representou um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva²⁶.

Em Moçambique, a teoria civilística teve acolhimento no ordenamento jurídico, visto que o Código Civil de 1966, ainda vigente, remete a responsabilidade civil do Estado e de outras pessoas coletivas públicas ao regime de responsabilidade do comitente pelos danos causados pelos seus comissários, reconhecendo apenas a obrigação de indemnizar nos danos causados no exercício de atividades de gestão privada²⁷.

A Constituição da República de Moçambique de 1990²⁸ veio disciplinar no artigo 97º a responsabilidade do Estado, estatuidando que *“O Estado é responsável pelos danos causados por atos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei”*, abrangendo assim os atos de império, porém deixado de fora os atos legais ou decorrentes do risco da atividade administrativa, ou seja, o legislador constituinte estabelece ainda como requisito para a responsabilização do Estado a culpa individual do agente. A redação deste artigo foi mantida na atual Constituição de Moçambique, aprovada em 2004.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* 1002-1003.

²⁷ A redação dada nos artigos 500 e 501 do Código Civil Moçambicano tem a seguinte redação:

Artigo 500º (Responsabilidade do comitente)

1. *Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar.*
2. *A responsabilidade do comitente só existe se o fato danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contras as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada.*
3. *O comitente que satisfazer a indemnização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, exceto se houver também culpa da sua parte; neste caso será aplicável o disposto no nº 2 do artigo 497º.*

Artigo 501 (Responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas)

O Estado e demais pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitente respondem pelos danos causados pelos comissários.

²⁸ Depois da Independência de Moçambique em 1975, a Constituição de Moçambique estabelecia um regime monopartidário, de orientação marxista-leninista, daí que em 1976 eclodiu uma guerra civil que durou 16 anos, para a introdução de uma democracia multipartidária, o que culminou com a aprovação da Constituição de 1990, e posterior assinatura do Acordo geral de Paz em 1992 e a realização em 1994 das primeiras eleições multipartidárias em Moçambique.

Um dos pressupostos para deflagrar a responsabilidade do Estado pelos atos de gestão privada, impostos pelo Código Civil moçambicano, é o de recair sobre o funcionário ou agente a obrigação de indemnizar, o que tem levantado dúvidas relativamente à questão de saber se o funcionário ou agente responde regressivamente em casos em que os danos tenham sido causados sem culpa. No que concerne a este aspeto, MENEZES LEITÃO entende que para se ensejar a responsabilidade do Estado exige-se um comportamento culposo do funcionário ou agente, pois o legislador ao estatuir que afasta-se o direito de regresso do Estado quando este tiver também culpa, parece pressupor a culpa do agente, ou seja, não é necessário uma demonstração efetiva de culpa do comissário, bastando apenas uma culpa presumida²⁹.

Por outro lado, o autor em referência entende ser duvidoso o exercício do direito de regresso em casos de danos causados pelo risco, pois a responsabilidade caberia ao Estado visto que usufrui dos benefícios de tal atividade³⁰. Ora, as Constituições da República de Moçambique de 1990 e de 2004, vem colocar fim a estas questões, estatuidando apenas uma responsabilidade calcada na culpa do agente, ou seja, em atos ilegais.

No direito Brasileiro, a teoria civilística também venceu. O Código Civil de 1916, que era remarcado pelo contexto individualista, dispunha no artigo 15 que as *“As pessoas jurídicas de Direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando o dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”*, fazendo assim emergir a responsabilidade das pessoas coletivas de Direito Público em caso de culpa ou dolo dos seus agentes, este artigo foi reproduzido no artigo 43 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Neste prisma, Clovis Bevilacqua entende que a exigência de que o ato causador seja um ato ilícito do representante do poder público, *“pressupunha*

²⁹ *Idem, pág. 365*

³⁰ *Idem, pág. 365.*

que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei, ou por violação do direito³¹”. A doutrina de responsabilidade subjetiva, que pressupunha a existência de dolo ou culpa do agente para emergir a responsabilidade do Estado foi afastada com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1946 e, contemporaneamente, a Constituição Federal de 1988 seguiu a mesma orientação.

As teorias civilísticas foram sendo ultrapassadas pela grande maioria dos Estados, com o alargamento da responsabilidade do Estado para o domínio do Direito público, restando assim, a teoria da responsabilidade sem culpa como a única compatível com a natureza das pessoas coletivas de direito público, dada a sua posição e os privilégios administrativos de que o particular é desprovido³².

2.3. Teorias publicísticas

Nesta fase, a partir da segunda metade do século dezanove, na Europa, a Responsabilidade do Estado emerge no campo do Direito público incutido de alguns princípios a ele inerente. José Dias de AGUIAR, entende que constitui uma “fase de Direito público, onde se afirma a predominância do direito social, a que deu impulso e sistematização o notável trabalho da jurisprudência do Conselho de Estado Francês³³”. A teoria civilista do direito comum foi ultrapassada pela doutrina, com a noção francesa de *faute du service* (falha do serviço), que Paul Duez sistematizou em três modalidades, nomeadamente, quando este não funciona (*culpa in ommittendo*), quando funciona mal (*culpa in*

³¹ BELAVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956 pág. 173

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* pág.

³³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, página 773

committendo) ou funciona atrasado³⁴. Esta visão permitiu haver uma despersonalização da culpa do agente, tornando-a anônima, considerando-se assim culpa da máquina administrativa ou genericamente acidente de serviço. A despersonalização da culpa representou uma evolução significativa no instituto da Responsabilidade do Estado, pois, como sustenta Weida Zancaner BRUNINI que na doutrina anterior

(...) a necessidade de ocorrência de culpa bem como de individualização ao agente culpado, tornava frágil o direito do lesado, sendo que muitas vezes a ação deste era virtualmente impossível, pois uma vez não dispondo de meios para localizar o agente culpado, tinha a sua pretensão denegada pelos tribunais, não recebendo portanto guarida, em muitos casos, a justa pretensão ressarcitória do lesado, que se via privado de remédio legal que sanasse suas perdas³⁵.

Depreende-se que, a teoria da *faute du service*, ante a anterior visão, veio alargar o âmbito de proteção do cidadão, exigindo-se apenas a culpa anônima do serviço. Nesta esteira, Aguiar Dias assinala que

a teoria da falta do serviço público, elaborada na França, pelo Conselho de Estado, como concepção autônoma, se caracteriza, segundo insigne Paul Duez, pelos seguintes pontos essenciais: 1. A responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária; 2. A falta do serviço não depende da falta do agente. É suficiente estabelecer a má condição do serviço, o funcionamento defeituoso a que se possa atribuir o dano³⁶.

³⁴ DUEZ, Paul. *La responsabilité de la Puissance Publique*. Paris: Dalloz, 1927, p. 15 apud, Bandeira de Mello, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. p 1005

³⁵ BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pág. 24.

³⁶ DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.* pág. 789

Recorrendo aos ensinamentos do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, importa salientar que a *faute du service* ``não é de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva...é responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo)...³⁷`, elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

O referido autor aponta algumas das prováveis razões para o equívoco que se tem propalado na doutrina em considerar a *faute du service* como modalidade de responsabilidade objetiva, sendo primeiro, a tradução defeituosa da palavra *faute* que em francês é tida como culpa, erro ou falha e não *falta* (ou *ausência*), como é inadequadamente traduzida pela doutrina Brasileira. O outro fator prende-se com o fato de existir presunção de culpa em casos de responsabilidade por *faute du service*, uma vez que é difícil demonstrar que os serviços atuaram abaixo dos padrões exigidos, ou com negligência, imprudência ou imperícia, quer dizer, culposamente³⁸.

Assim, a presunção da culpa não elide a índole subjetiva da responsabilidade, pois se a administração pública demonstrar que agiu com diligência, pericia e prudência estará isenta de responsabilidade, o que não seria aplicável nos casos de responsabilidade objetiva³⁹.

No entanto, a ideia da responsabilidade do Estado, depois de admitida no século dezanove, expandiu-se, evoluindo de uma responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, alicerçada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento da pessoa coletiva de direito público e o evento danoso⁴⁰. Foi ampliada a proteção concedida ao cidadão, passando a obrigação das pessoas coletivas de direito público indemnizar, a brotar em razão de procedimento lícito ou ilícito, ou ainda do risco, desde que produza danos na esfera jurídica dos administrados, bastando para tal uma mera relação causal entre o comportamento da administração

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1003

³⁸ *Idem*, pág. 1004

³⁹ *idem*

⁴⁰ *Idem*, pág. 1002

pública e o evento danoso, ou seja, a responsabilidade passou a ser a título objetivo na modalidade de *risco administrativo*.

Assim, a teoria do risco administrativo não exige a culpa do serviço, ou falha de serviço, nem a culpa do funcionário, bastando à verificação do nexo causal entre o evento danoso e o resultado lesivo⁴¹. Basta que a vítima demonstre a ocorrência de um dano injusto na sua esfera jurídica em decorrência da ação ou omissão do Poder Público. O fundamento desta teoria é o risco ou solidariedade social e o princípio da igualdade em que deve se repartir por todos os gravames injustos, imposto a apenas um cidadão ou grupo de indivíduos. Contudo, esta teoria permite a atenuação da responsabilidade, desde que o poder público demonstre a concorrência de culpa do lesado⁴².

A responsabilidade civil objetiva da administração foi sendo alargada, surgindo uma nova modalidade a *teoria do risco integral* que não admite qualquer investigação acerca de elementos subjetivos sobre a conduta da vítima ou do agente, ou das circunstâncias em que se verificou o dano. Assim, Meirelles ensina que

a teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina de risco administrativo, abandonada na prática por conduzir a abuso e à iniquidade social. Por essa forma a administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima⁴³.

O Professor Romeu Felipe Bacellar Filho classifica a teoria do risco integral como ilimitada e a do risco administrativo, como de responsabilização

⁴¹ Neste sentido Meirelles, Heley Lopes. *Ob. cit.* p. 532, refere que “na teoria da culpa administrativa exige-se a falta de serviço; na teoria da culpa administrativa exige-se, apenas, o fato de serviço. Naquela a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da administração”.

⁴² *Idem*, pág. 532

⁴³ *Idem*, pág. 533

mitigada, pois a responsabilidade civil do Estado é mitigada quando presentes elementos subjetivos, como seja, a culpa do lesado⁴⁴.

O Direito moçambicano, não adotou a doutrina do risco administrativo, nem a do risco integral, permanecendo ainda emperrada nos pressupostos das teorias civilísticas, visto que é ainda necessária a investigação dos elementos subjetivos da conduta do agente, ou seja, apenas em caso de dolo ou culpa do agente é que emerge a obrigação de indenizar, pois a atual Constituição da República de 2004, estabelece no nº 2 do artigo 58º que *“O Estado é responsável pelos danos causados por atos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei”*.

Ora, importa referir que o termo agente aqui empregue, tal como no direito brasileiro, é em sentido amplo, abrangendo tanto a funcionários públicos no sentido técnico da palavra e demais servidores do Estado. Todavia, a afirmação expressa que a conduta ensejadora de responsabilidade civil do Estado deve ser ilícita, deixa o administrado numa posição precária, pois os danos causados por fatos lícitos, bem como pelo risco da atividade administrativa não cabem reparação, como afirma Menegale *“a Responsabilidade do funcionário público é o substractum da reponsabilidade do Estado; onde, de fato, não houver responsabilidade direta do funcionário, não pode haver responsabilidade indireta do Estado”*⁴⁵, deixando um grande espaço para injustiças. Essa situação não se compagina com a fase atual do instituto em análise, bem como com os ditames do Estado Democrático do Direito.

No ordenamento jurídico Brasileiro, a doutrina e a jurisprudência preponderante, defendem a responsabilidade objetiva do Estado como regra, desde a aprovação da Constituição de 1946 (art. 194), e posteriormente a Carta de 1969 (art. 105), dita Emenda 1 à *“Constituição”* de 1967 (art. 105),

⁴⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 193.

⁴⁵ MENEGALE. J. Guimarães. *Direito Administrativo e ciência da administração*. 3ª ed. 1957, pág 109.

cujos artigos, correspondem ao atual art. 37, § 6º, no qual se estatui *in verbis*: "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 e culpa". É de salutar a retirada, pelo legislador constituinte brasileiro, do requisito contido no artigo 15 do Código Civil de 1916, segundo o qual a ação a responsabilidade incidiria se o funcionário estivesse "*procedendo de modo contrario ao Direito ou faltando ao dever prescrito por lei*", na medida em que afastou a ideia de que o estado só seria chamado a responder em caso de culpa do agente. Outrossim, o legislador alargou o âmbito da responsabilidade civil do Estado as pessoas coletivas de direito privado prestadoras de serviço público.

A Doutrina é mais ou menos unanime quanto a modalidade de responsabilidade objetiva do Estado vigente no sistema brasileiro. José de Aguiar Dias entende que a modalidade do risco administrativo é a consagrada no Direito Brasileiro, tal como no inicio do século passado já advogava o Amaro Cavacanti⁴⁶. No mesmo sentido entende Celso António Bandeira de Mello que considera que, na esteira das constituições anteriores, a constituição de 1988 orientou-se pela doutrina do Direito público e manteve a responsabilidade civil objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, não tendo acolhido a teoria do risco integral⁴⁷. Também neste sentido entendem os Professores, Romeu Bacellar Filho⁴⁸, Hely Lopes Meirelles⁴⁹, dentre outros.

Se o debate da mais autorizada doutrina brasileira sobre a modalidade de responsabilidade civil do Estado adotada pelo legislador constituinte é pacífico, o mesmo já não se pode dizer relativamente à natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado, que abordaremos no ponto a seguir.

⁴⁶ DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.* pág 800 e segs.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 998

⁴⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo. ob. cit.* pág. 195.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* pág. 535.

3. Responsabilidade civil do Estado: uma questão de direito privado ou direito público

A grande maioria dos Estados contemporâneos consagra em seus ordenamentos jurídicos o princípio da responsabilidade do Estado, porém a doutrina digladiava-se quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado, estando ainda longe de ser um debate assentado, visto que ainda nos dias em que correm tem alimentado grandes controvérsias entre doutos doutrinários, uns defendendo a regulação da matéria da responsabilidade civil do Estado, de maneira exclusiva pelo direito civil, e com maior acuidade, outros defendendo a aplicação exclusiva do Direito Público, ou ainda defendendo a regulação por ambos os ramos de Direito.

Como facilmente se pode depreender da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, ela teve a sua origem no âmbito do Direito Privado, e seu cunho publicístico tem gênese estribada no caso *arresto Blanco*, em que o Tribunal de conflito francês, em Fevereiro de 1873, reconheceu a responsabilidade do Estado, baseada em princípios do Direito Público⁵⁰. Pese embora esta evolução da responsabilidade do Estado, algumas ordens jurídicas, como são os casos da moçambicana e da brasileira, permanecem numa posição dúbia, regulando a matéria tanto no código civil e nas Constituições, o que tem alimentado largos debates. Assim, no entendimento do Professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO

A responsabilidade no exercício da função administrativa decorre diretamente do texto constitucional(...) ainda que o novo código civil normatize a respeito, a matéria não é própria do Direito Civil (o conteúdo prevalece sobre a forma, a codificação na Lei Civil não lhe confere substância civil) e, mais, a aplicação do Código Civil depende de um juízo em conformidade e adequação com a constituição(...)⁵¹

⁵⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *Ob. cit.* 93-94.

⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil. Ob. cit.* pág. 198

O professor Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO assinala que *“um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica...”*⁵²; quer dizer, as pessoas coletivas estão subordinadas a todo arcabouço legislativo. No entanto sem se posicionar, categoricamente, no debate em epigrafe, o referido autor entende que a responsabilidade do Estado é mais extensa que a aplicada aos particulares, visto que é regida por princípios próprios, possuindo assim fisionomia própria, que se compaginam com a singularidade da posição jurídica do Estado⁵³.

Com efeito, José de Aguiar DIAS defende a regulação exclusiva do instituto da Responsabilidade civil do Estado pelo Direito público, particularmente, o direito administrativo, assim de forma categórica afirma que *“a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é problema do direito administrativo”*⁵⁴. O referido autor sustenta a sua posição no fato daquele ramo de direito apresentar regras especiais relativas à responsabilidade, bem como fundamentos e justificativas não admitidas no direito civil. Outrossim, o autor considera o tema melhor situado na constituição, que no código civil, em virtude deste se destinar, especificamente, a regular as relações de direito privado⁵⁵. Sem embargo, as fronteiras entre o Direito privado e o Direito Público são permeáveis, não sendo tão rígidas, mantendo por isso, alguns pontos de contato.

Nesta esteira, no entendimento do Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, a matéria da responsabilidade civil do Estado integra o direito administrativo, porém admite a aplicação subsidiária do Direito Privado⁵⁶. É de convir esta incidência do Direito Privado, ainda que de forma subsidiária no

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 996

⁵³ *Idem*, págs. 996-997

⁵⁴ DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.* pág. 772.

⁵⁵ *Idem*, pág. 773

⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil. Ob. cit.* pág. 195.

instituto da responsabilidade civil do Estado, pois a ordem jurídica é uma só, e como corolário do Estado Democrático de Direito, o Estado deve estar sujeito a Constituição, as leis e aos princípios gerais do Direito.

Outrossim, a natureza da Responsabilidade Civil do Estado é em si eclética, como já no início do século passado nos ensinava o Professor Amaro Cavalcanti que as relações ligadas a responsabilidade civil do Estado são, *“públicas, enquanto se referem ao Estado ou ao funcionário; privadas, enquanto se referem ao valor de danos e lesões de direitos, pertencentes a indivíduos privados”*⁵⁷.

No mesmo diapasão, porém, muito incisivo foi Juarey C. Silva ao asseverar que a responsabilidade civil do Estado entrosa-se *“com todos os segmentos do Direito onde couber o problema do dano, como antecedente, e o do ressarcimento, como consequente (...)”*⁵⁸. Todavia, Silva realça *“que cada ramo estudará a responsabilidade civil de acordo com o seu método e enfoque característico, sem estar vinculado a formulação tradicional”*⁵⁹. Yussef Said CAHALI defende a natureza eclética da responsabilidade do Estado, como se pode constatar ao afirmar que

Fieis ao primado do direito civil como direito *comum* da tradição romanística, e convictos de que a divisão do direito visa mais precipuamente a finalidades metodológicas e didáticas, somos daqueles que – em posição reconhecidamente não ortodoxa - continuam entendendo que o instituto da responsabilidade civil do Estado ainda conserva os vínculos de filiação natural às suas origens civilísticas; tolera-se, é certo – e em matéria de concessões o direito civil foi sempre pródigo -, a pretensão dos publicistas em simplesmente adotá-lo; mas condenamos a voracidade dos administrativistas que pretendem transforma-lo em filho ingênuo do Direito Público, desconhecendo ou olvidando que os princípios fundamentais que hoje

⁵⁷ CAVALCANTI, Amaro. *Ob. cit.* pág. 366.

⁵⁸ SILVA, Juarey C. *ob. cit.* pág. 31.

⁵⁹ *Idem*

remarcam o instituto foram elaborados pelo direito privado comum da responsabilidade civil, a partir do século passado⁶⁰.

Subjaz do pensamento de Cahali que a responsabilidade civil do Estado, conserva em certa medida, os traços da sua origem civilísticas, não devendo ser considerado como um instituto nato do Direito Público. igualmente, o referido autor assevera que o conceito da responsabilidade civil do estado é unitário, sendo hodiernamente visto em função da pessoa que sofreu o dano, do que do sujeito causador do dano⁶¹.

Por outro lado, afirma que as concepções subjetivas foram sendo ultrapassadas, dando lugar as concepções solidarias, inspiradas no risco criado, risco-proveito, da atividade perigosa, do dano injusto, da socialização do dano o que abriu caminho para a responsabilidade objetiva em todos os setores do direito⁶².

Nesse passo Leguina Villa, entende que é incorreto falar de certa especialidade, quando a responsabilidade recai sobre o Estado, pois no seu entendimento o que tem variado é a função dada ao instituto ao longo do tempo pelo direito, em virtude da mudança de contexto social. Defende, por isso, a inserção do instituto da responsabilidade civil na Teoria Geral do Direito porque o seu fundamento, finalidades e princípios que lhe informam transcende os diversos ramos de direito⁶³.

Quanto a nós, somos partidários da ideia de que a divisão do direito em público e privado, tem escopos didáticos e metodológicos, sendo por isso o direito uno. O direito constitucional tem fortificado cada vez mais esta ideia de unicidade, verificando-se com maior acuidade a constitucionalização de institutos próprios de direito privado, com o fito de conferir-lhes dignidade constitucional.

⁶⁰ CAHALI, Yussef Said. *Ob. cit.* pág. 27.

⁶¹ *Idem*, pág. 28

⁶² *Idem*

⁶³ VILLA, Leguina. *La responsabilidad civil de la Administración Pública*. Madrid: Tecnos, 1970 pág. 117 apud CAHALI, Yussuf Said. *Ob. cit.* pág. 28

No entanto a grande maioria dos institutos, como a família, a propriedade, não perdem a sua índole privada. Já a responsabilidade civil do Estado, teve a sua gênese no direito privado, porém foi evoluindo e alargando o seu âmbito, seus fundamentos e princípios que o regem, transformando-se num instituto que vai repassando tanto as esferas do Direito Privado, como as do Direito Público. Contemporaneamente, ganhou um maior e distinto pendor publicístico. Todavia, são princípios e normas de direito privado que definem o valor e apuração dos danos sofridos pelos particulares, e princípios e normas do direito público que em razão da posição do Estado oferecem uma proteção ampla ao particular.

4. As causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado aplicadas à lesão aos direitos fundamentais

Como questão prévia a análise das causas que exoneram o Estado da obrigação de indenizar, importa referir que com a aceitação por parte da doutrina e a consagração expressa da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em grande parte dos ordenamentos contemporâneos, é de importância prática e doutrinal residual falar de *causas de exclusão da ilicitude*, exceto em ordenamentos como o moçambicano que consagram a responsabilidade subjetiva.

O comportamento ilícito é aquele que é contrário ao direito (comportamento objetivamente ilícito) e que pode ser imputável ao agente através de um juízo de valor que só é possível se a conduta resultar de ato humano, livre e consciente⁶⁴.

⁶⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1995, págs. 63-65.

As causas da exclusão da ilicitude quando verificadas descaracterizam o caráter ilícito da conduta estatal, tronando-a lícita⁶⁵, enquanto que sob o auspício da responsabilidade objetiva, estes elementos são irrelevantes, visto que o Estado responde por danos decorrentes de atos lícitos, bem como por danos propiciados pelo risco, bastando apenas à verificação do nexo causal entre o dano e a conduta lesiva. Todavia, elementos subjetivos interessam ao instituto da responsabilidade do Estado nos casos da ação regressiva contra o agente causador do dano, bem como quando ocorra culpa do lesado.

Nesta senda, abordaremos as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado, analisando a sua aplicação nos casos de danos decorrentes de lesão aos direitos fundamentais.

A doutrina é quase unânime em elencar como causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a força maior e o caso fortuito e a culpa do lesado⁶⁶.

Alguns autores consideram o Estado de necessidade como uma causa excludente da responsabilidade, porém, entendemos nós que nos casos de responsabilidade objetiva⁶⁷ não deve pertencer a este grupo, pois trata-se de uma circunstância que apenas afasta a ilicitude da conduta, permanecendo a obrigação de indenizar os danos causados por tal conduta, por força do princípio da igualdade, e da solidariedade social.

4.1. Culpa do Lesado

Nem sempre o resultado danoso se verifica em virtude de fatores exclusivos imputáveis a conduta do agente do Estado. Em determinadas situações o

⁶⁵ SAAD, Renan. *O ato ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado: Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, pág. 30.

⁶⁶ Dos autores que elencam tais causas excludentes e atenuantes podemos citar a título de exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Ob. cit.* págs. 1023-1025, José Cretella Junior. *Ob. cit.* págs. 138-148, Romeu Felipe Bacellar Filho. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. *Ob. cit.* pág. 241, dentre outros.

⁶⁷ Em Moçambique, como temos visto a referir, o regime é de responsabilidade subjetiva, podendo nessa caso particular se recorrer ao Estado de necessidade como causa de Exclusão da Responsabilidade.

evento lesivo ocorre em virtude de culpa exclusiva da vítima, ou fruto de um concurso de culpa do poder público e da vítima. Brunini afirma que *“a culpa da vítima não só pode ser excludente, como também pode ser atenuante da responsabilidade da administração”*⁶⁸, contudo, nem todos os autores consideram a culpa exclusiva da vítima como causa de exclusão da responsabilidade, como adiante demonstraremos.

No primeiro caso, o comportamento da vítima é que de forma exclusiva dá azo a ocorrência do dano em sua esfera jurídica, enquanto que no segundo caso, existem concausas, sendo que o comportamento da vítima influi apenas em determinada medida para a ocorrência do dano, e a conduta do poder público em outra medida.

Ora, sendo o evento lesivo imputável exclusivamente à vítima, não existira nexos causal entre a conduta do estado e o dano, daí que não se poderá falar de causa excludente de responsabilidade, porque o evento danoso é imputável única e exclusivamente ao lesado. Neste contexto, para que possamos considerar determinado fator excludente de responsabilidade implica, *prima facie*, a verificação de todos os pressupostos de responsabilização, para posteriormente descaracterizar a conduta em consequência de fatos ou circunstâncias excludente.

Esta visão encontra sustentação na lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello que considera um equívoco invocar a culpa do lesado para elidir a responsabilidade estatal, pois ela não é, em si mesma, causa excludente, pois nestes casos o causador do dano será a suposta vítima e não o Estado, inexistindo por isso o *nexo causal* que ensejaria responsabilidade que poderia ser afastada⁶⁹.

Alias, Brunini reconhece que o eixo em torno do qual gravita a questão é o *nexo causal*⁷⁰, por isso, para se invocar determinada circunstância como

⁶⁸ BRUNINI, Weida Zancaner. *Ob. cit.* pág. 69.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1024.

⁷⁰ BRUNINI, Weida Zancaner. *Ob. cit.* pág. 71

excludente, torna-se necessário que se preencha todos os requisitos de responsabilização do Estado, para depois rechaça-la com base na excludente de responsabilidade.

Assim, a culpa da vítima pode ser invocada como atenuante da responsabilidade do Estado (eximindo parcialmente a responsabilidade), quando a vítima, por ação ou omissão, dolosamente ou por negligência, concorre com a conduta lesiva do poder público para a ocorrência do dano, o que acarretará repartição proporcional do ônus sofrido⁷¹. No mesmo sentido, entende o professor Romeu Felipe Bacellar Filho que assevera que nos casos em que o lesado tenha contribuído para a produção do evento lesivo, a relação causal não se forma por inteiro, daí isentar-se parcialmente o Estado, respondendo na proporção de sua ação ou omissão⁷².

Tratando-se de imputação objetiva do Estado, apenas examina-se a proporção da culpa do lesado, e não do poder público, que responde independentemente de culpa. Cabe ao poder público demonstrar em que medida o particular contribuiu para ocorrência do dano, visto que para se aferir a responsabilidade do Estado basta à existência de nexos entre a conduta do Estado e o dano.

Com efeito, o grau de culpabilidade do lesado será analisado segundo os critérios comuns estatuídos no âmbito do direito privado, que geralmente tem sido o de um homem médio⁷³. Os efeitos atenuantes do concurso de culpas (do lesado e do poder público) estendem-se aos danos resultantes de lesão aos direitos fundamentais, onde apesar de afetar valores supremos como a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade estatal será parcial.

⁷¹ SAAD, Renan. *Ob. cit.* pág. 41

⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. *Ob. cit.* pág. 242-243.

⁷³ Voltaremos a falar da Culpa e do grau de culpabilidade no próximo capítulo da presente dissertação.

4.2. Força Maior e Caso Fortuito

Contrastando com a ampla aceitação como causas excludentes ou atenuantes da obrigação de indenizar, a doutrina diverge quanto à noção e as diferenças entre força maior e o caso fortuito, sendo que alguns sedimentos os consideram similares e outros diferentes⁷⁴.

Para o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, a distinção entre caso fortuito e Força maior não oferece grandes dificuldades, no primeiro o elemento essencial é a imprevisibilidade. No segundo, o que caracteriza é a irresistibilidade. O evento, em muitos casos, embora se possa prever, é inevitável por sua força⁷⁵. José Cretella Junior acrescenta que o caso fortuito interioriza-se, é algo interno, enquanto que a força maior implica uma causa conhecida e externa, contudo irresistível⁷⁶.

No entanto, SAAD entende que do ponto de vista prático é irrelevante proceder à distinção entre força maior e caso fortuito, dado que ambos os fenômenos têm a mesma força exoneratória da obrigação de indenizar⁷⁷. Todavia, no âmbito da responsabilidade baseada no risco é mister a distinção e resulta efeitos práticos importantes, visto que consoante seja força maior ou caso fortuito pode eximir-se total ou parcialmente a responsabilidade do Estado.

O caso fortuito, como acima referimos, é marcado pelo seu caráter imprevisível, é ligado à atividade estatal, podendo em alguns casos configurar-se o nexa causal, como assevera Celso Antonio Bandeira de Mello ao afirmar que *“o caso fortuito não é ultimamente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexa entre o comportamento*

⁷⁴Sobre as divergências doutrinárias a respeito dos institutos de Força Maior e caso fortuito, confira-se CRETELA JUNIOR, José. *Ob. cit.* pág. 104-105.

⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil. Ob. cit.* pág. 242.

⁷⁶ CRETELA JUNIOR, José. *Ob. cit.* pág. 105.

⁷⁷ SAAD, Renan. *Ob. cit.* pág. 41.

*defeituoso do Estado e o dano produzido*⁷⁸, podendo ter apenas efeitos de atenuante em casos em que se comprove em parte tal comportamento defeituoso.

Por outro lado, no caso de força maior o autor em referência, entende ser acertada a invocação como causa de exclusão da responsabilidade do Estado, dada irresistibilidade e inevitabilidade do acontecimento natural e cujos esforços para impedi-los seriam vão⁷⁹. Neste diapasão, a força maior é uma causa excludente da responsabilidade civil do Estado, dado o seu caráter irresistível que torna todo e qualquer esforço para evitar o dano inútil.

Cumprе ressaltar que a Força maior é aplicável para eximir o Estado da obrigação de indenizar, mesmo em casos de danos decorrentes de lesão aos direitos fundamentais, pois ainda que seja à dignidade da pessoa humana em questão, não se pode exigir do Estado responsabilidade, porque o evento danoso foi irresistível e inevitável.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1025.

⁷⁹ *Idem*

CAPÍTULO II – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

1. Delimitação terminológica: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais

Antes de analisar a relação entre Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e responsabilidade do Estado, importa estabelecer a delimitação terminológica entre as expressões em epígrafe, pois vários são os termos que tem sido usado em diferentes textos legais, bem como por parte da doutrina para designar os chamados “direitos humanos” ou realidades muito próximas, tornando-o num conceito ambíguo.

Destes termos destacam-se as expressões “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos subjetivos”, “direitos individuais” e “direitos humanos fundamentais”, sendo a Constituição da República de Moçambique e a da República Federal do Brasil um exemplo arquetípico deste quadro⁸⁰.

No entanto, iremos nos ater as expressões “direitos do homem”, “Direitos fundamentais” e “Direitos Humanos” por serem as mais utilizados e que mais digladiam a doutrina especializada. Contudo, iremos estabelecer, ainda que de forma sucinta, as distinções entre os direitos humanos e alguma das expressões aqui destacadas, e que marcam em parte o evoluir da proteção desses direitos inerentes à pessoa humana.

⁸⁰ A título de exemplo a Constituição Federal de 1988, no artigo 4º, Inc. II usa a expressão “Direitos Humanos”, e no artigo 5, Inciso LXXI emprega a expressão “Direitos e liberdades constitucionais” e no § 1º do mesmo artigo, aplica a expressão Direitos e garantias fundamentais e o artigo 60, § 4º emprega a expressão “Direitos e Garantias Individuais”. A Constituição da República de Moçambique na alínea e) do artigo 11 emprega o termo Direitos Humanos, no artigo 42 utiliza a expressão Direitos fundamentais, etc.

Peréz de LUÑO assinala que para uma melhor aproximação conceitual dos direitos humanos, *prima facie*, devemos considerar os limites dentro dos quais esta expressão pode ter significado preciso, e por outro lado, estabelecer suas relações com figuras afins, dentro do uso linguístico da teoria e da prática⁸¹.

Assim, com base nos ensinamentos de LUÑO, podemos referir que “os direitos subjetivos diferem dos direitos humanos pelo fato daqueles poderem desaparecer por via da transferência ou prescrição enquanto que as liberdades que derivam dos direitos humanos em princípio são inalienáveis⁸²”.

O autor em referência considera os direitos públicos subjetivos, como sendo uma categoria histórica ligada ao funcionamento do Estado Liberal, em que constituíam esferas de atividades privadas contraposta a atividade pública ou como liberdades limitadoras do poder. No contexto do Estado Social de Direito passaram a ser considerados, como momentos de exercício de poder que não se contrapõem, mas sim coexistem, o que levou a substituição dessa noção por direitos fundamentais, vistos como limitação que a soberania popular impõe aos órgãos que dependem dela⁸³. Isto é, o conceito de direitos públicos subjetivos foram superados pela dinâmica econômica e social.

Os direitos individuais são as liberdades civis e os direitos civis, ou seja, inclui apenas os direitos denominados da primeira geração ou dimensão, como o direito a vida, à igualdade e à propriedade⁸⁴. A expressão liberdades públicas é alvo de crítica por não englobar os direitos econômicos e sociais⁸⁵.

⁸¹ LUÑO, António E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: TECNOS, 1995, pág. 29.

⁸² *Idem*, pág. 32.

⁸³ *Idem*

⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 24

⁸⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. TOMO. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p.50-53

Com efeito, SARLET considera as expressões acima aludidas como *“sendo termos genéricos, anacrônicos e em parte, divorciadas da situação hodierna de evolução dos direitos fundamentais no âmbito do Estado (democrático e social) de Direito até mesmo em nível do Direito Internacional⁸⁶”*.

Outrossim, é mister estabelecer a relação entre a expressão direitos do homem ou direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais, até por forma a justificar o uso da expressão “direitos fundamentais” no tema da presente dissertação e no capítulo ora em análise. Ambos apresentam um denominador comum, que se prende com o fato de serem direitos inerentes a natureza humana. Assim, a natureza desses direitos não pode ser usada como elemento de diferenciação uma vez que todos são “direitos humanos”.

Com efeito, dada à primeira constatação, a positivação ou níveis de positivação, tem sido comumente usado pela doutrina como critério de diferenciação.

Os *iusnaturalistas* consideram que os Direitos Humanos têm a sua gênese na afirmação dos ideais do direito natural, sendo aquele um prolongamento deste. No entanto, hodiernamente os direitos humanos apresentam um rol de direitos mais amplos que os direitos naturais, fruto da sua evolução histórica, o que torna a equiparação dos Direitos Naturais com os direitos humanos pouco correta. Todavia, os direitos naturais tiveram bastante influência na concepção do homem e na construção histórica dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, visto que estes resultam do reconhecimento das comunidades estatais daqueles direitos, tendo assim uma dimensão pré-estatal⁸⁷.

Neste prisma, os direitos do homem correspondem a “pré-história” dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, sendo Direitos naturais ainda

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pág. 28.

⁸⁷ *Idem*, pág. 30.

não positivados quer nas esferas dos ordenamentos jurídicos estatais, quer no ordenamento jurídico internacional⁸⁸.

No que tange a expressão “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, elas tem muitas vezes sido utilizadas de forma indistinta, porém existe um grande debate doutrinário em volta da distinção dada a essas expressões. COMPARATO considera que os direitos fundamentais são os “*direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de legislar, tanto o plano interno, como no plano internacional, ou seja, são direitos humanos positivados nas constituições ou tratados internacionais*”⁸⁹.

Depreende-se, que para o referido autor o que caracteriza os direitos fundamentais é a simples positivação, ou reconhecimento normativo, podendo esta normatização ocorrer tanto no âmbito interno como no internacional. Com efeito, parece-nos que o critério de distinção apresenta ainda ambiguidade, visto que apenas realça o caráter formal ou material dos direitos humanos, tanto os direitos humanos e os direitos fundamentais podem ser formais quando reconhecidos nos textos legais, e matérias quando não aparecem de forma expressa nos textos legais, desde que sejam relativos à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Jorge MIRANDA refere que “*as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, quando assentes na constituição formal resultam em Direitos Fundamentais em Sentido Formal ou na Constituição material donde resultam Direitos Fundamentais em sentido material*”⁹⁰.

Ora, o jurista hispânico Perez de LUÑO realça a tendência do uso da expressão direito fundamental para designar os direitos humanos positivados a nível interno e a expressão Direitos humanos como sendo usada no plano

⁸⁸ *Idem*

⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001, pág. 56

⁹⁰ MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* pág. 7.

internacional⁹¹. No mesmo sentido entende SARLET, ao referir de forma peremptória que ``os direitos humanos são os positivados na esfera internacional e os Direitos fundamentais direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado⁹²''.

Nesta distinção ressalta o fato dos Direitos fundamentais encontrarem-se circunscrito aos limites espaciais e temporais do direito positivo de um determinado Estado, servindo como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, BARROS nega a dicotomia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, advogando que o instituto é uno, e apenas ocorre uma abreviação, visto que no entender do referido autor, não se pode por os Direitos Humanos numa situação deontológica com contornos amplos, imprecisa e insegura, aparecendo sem tutela ou concreção reforçada, enquanto aos direitos fundamentais é atribuída uma índole ontológica em com concreção normativa e reforçada nas Constituições de cada Estado⁹³.

Para este jurista a expressão mais acertada é a de *Direitos Humanos e Fundamentais*, visto que apontam a unidade e indissociabilidade entre os direitos humanos e direitos fundamentais, porém concorda que os Direitos são ora mais, ora menos fundamentais ou operacionais⁹⁴. Entendemos nós, que não existe relação de exclusão ou de separação entre os direitos humanos e fundamentais, mas sim uma corelação entre ambos, pois todos direitos fundamentais são direitos humanos. Esta dicotomia surge precisamente, da necessidade de operacionalizar os direitos humanos para melhor proteger a pessoa humana.

⁹¹ LUÑO, António E. Pérez. *Ob. cit.* pág. 31

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.* pág. 30.

⁹³ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pág. 39

⁹⁴ *Idem*, pág. 47.

É neste sentido que o uso das expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais surge, no âmbito dessa tentativa de dar maior concretização e proteção da dignidade da pessoa humana, não implicando uma exclusão ou separação entre ambos. Neste diapasão, Jürgen HABERMAS esclarece que *“os países fundadores também estavam claros que os direitos humanos(...), teriam de ser ‘esclarecidos’ democraticamente, especificados e implementados no espaço de uma comunidade política⁹⁵”*.

Ademais, podemos sustentar a nossa posição com base na proposta de definição dos Direitos Humanos dada por Pérez de LUÑO, segundo o qual considera

Os Direitos Humanos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, os quais devem ser reconhecidos positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional⁹⁶.

Como facilmente se pode depreender, da definição acima enunciada, os direitos humanos devem ser positivados não só na esfera internacional como também concretizados na ordem nacional, ou seja, no ordenamento jurídico estatal, onde são cunhados de direitos fundamentais, conservando ainda a sua índole de direitos intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, ou seja, de direitos humanos.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: Unesp, 2012, pág. 18.

⁹⁶ LUÑO, António E. Pérez. *Ob. cit.* pág. 48.

2. A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

O princípio da Dignidade da pessoa humana surge intrinsecamente ligado à noção de Estado de Direito Democrático, mormente, após as duas grandes Guerras Mundiais em que se viveu um dilema axiológico, depois da experiência dos regimes totalitaristas na Europa, em que as normas do Direito internacional⁹⁷, bem como das diferentes Constituições, mostraram-se insuficientes para garantir proteção cabal aos valores e direitos existenciais da pessoa humana e uma vida pacífica do homem no mundo. Assim, surgiu a necessidade de criação de um conjunto de normas e garantias internacionais institucionalizadas, para assegurar ao homem uma vida baseada na dignidade e na liberdade.

Em face das atrocidades cometidas durante aquele período histórico, a comunidade de Estados passou a perceber que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional, transcendendo o âmbito reservado do Estado ou de competência exclusiva deste⁹⁸. Neste diapasão, Jürgen Habermas assinala que só no pós-guerra

o conceito filosófico de dignidade humana, que entrou em cena já na antiguidade e adquiriu em Kant sua acepção válida atualmente, tenha

⁹⁷ As normas do Direito Internacional se encontravam ancoradas e limitadas a temas tradicionais, como a representação diplomática, imunidade de jurisdição, determinação de território, bem como no regramento das soluções de controvérsias. Tinham o seu foco nos Estados enquanto sujeitos do Direito Internacional, dando ínfima atenção ao cidadão individualmente considerado, que deixou de ser pertença de um ou outro Estado, para ser cidadão internacional, isto é, do mundo, e com sua dignidade merecedora de proteção internacional até contra as violações perpetradas pelo Estado de sua nacionalidade.

⁹⁸ PIOVESSAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, pág. 31.

sido introduzido nos textos do direito das gentes e nas diferentes Constituições nacionais desde então em vigor⁹⁹.

A afirmação da dignidade da pessoa humana como valor a ser tutelado pelos Estados resulta da necessidade de se adotar uma nova visão, como sustenta Flávia Piovesan, que se *“a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos por meio da negação do valor da pessoa como fonte do direito(...) O pós-guerra deveria significar sua reconstrução¹⁰⁰”*.

É nesta esteira que houve a inclusão do valor fundamental da dignidade da pessoa humana no preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada à 10 de Dezembro de 1948, perfilha o mesmo ideal, abrindo o seu preâmbulo reconhecendo que a *“dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e alienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”*, e proclama a *“fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”*. Começa o artigo 1º estabelecendo o princípio de que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”*.

No entanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, constitui uma plataforma comum de atuação, como explica o Professor Cançado TRINDADE em sua obra sobre a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, ao referir que a Declaração *“constitui o ímpeto decisivo no processo da generalização da proteção dos direitos humanos(...) permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência de direitos humanos a níveis globais e regionais¹⁰¹”*.

Ora, a Declaração tem o inegável mérito de abrir uma nova página no Direito Internacional, criando condições para o surgimento de um amplo *corpus*

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Ob. cit.* pág. 9

¹⁰⁰ PIOVESSAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006

¹⁰¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 1

de regras, de origens diversas e com diferentes âmbitos de aplicação, bem como destinatários e beneficiários diferentes, com o fito comum de salvaguardar a dignidade da pessoa humana. É neste prisma que tal princípio teve a sua consagração em outros instrumentos internacionais e regionais como são os casos do Pato Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, da Declaração dos Direitos do Homem dos Estados Asiáticos e na carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, criando assim um verdadeiro ramo especializado do Direito Internacional, o *Direito internacional dos Direitos humanos*¹⁰².

Dai que Thomas Buergental, conclui que o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra cujo desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e á crença de que algumas destas violações poderiam ter sido prevenidas se existisse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos¹⁰³.

Neste contexto, a proteção internacional da dignidade da pessoa humana tinha o escopo de evitar futuras repetições dos horrores dos regimes totalitários, e proteger o cidadão contra as ações que firam a sua liberdade e dignidade, mesmo as perpetrada pelo Estado a que pertence, superando os velhos obstáculo de não-intervenção em assuntos domésticos, na medida em que o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos superou gradualmente as barreiras tradicionais, entendendo que a

¹⁰² O Direito Internacional dos Direitos humanos constitui um conjunto de regras e princípios internacionalmente consagrados, objetivando garantir a liberdade humana e a dignidade da pessoa humana. Para RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos sistemas de apuração de violação dos Direitos Humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25, o mencionado ramo constitui “(...) o conjunto de direitos e faculdade que garantem a dignidade da pessoa humana e beneficiam-se de garantias internacionais institucionalizadas”. Assim, o direito Internacional contemporâneo humanizou-se, na medida em que se reconhece e proclama-se que os seres humanos têm direitos na ordem internacional, e que a sua violação, tanto por ato comissivo ou por ato omissivo, enseja responsabilidade dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas.

¹⁰³ BUERGENTHAL, Thomas. *Internacional Human Rights*. Minnesota: West Publishing, 1988 *pág.* 17.

proteção dos direitos básicos da pessoa humana jamais poderia esgotar-se na atuação do Estado, ou na pretensão competência nacional exclusiva¹⁰⁴.

Esta proteção da dignidade da pessoa humana vem, por um lado limitar o poder dos Estados, que muitas vezes em nome da lei cometiam graves violações aos Direitos fundamentais, e por outro lado, vem traçar um ideal comum a ser perseguido por toda comunidade de Estados por forma a manter a paz internacional, como bem demonstra RAMOS ao referir que

Em mundo de polaridades indefinidas, a proteção internacional dos direitos humanos é ingrediente essencial de governabilidade mundial, servindo de parâmetro comum para todos os governos da comunidade internacional. A proteção dos direitos humanos torna-se fator chave para a convivência dos povos na comunidade internacional. Essa convivência é possível de ser alcançada graças à afirmação dos direitos humanos como agenda comum mundial, levando os Estados a estabelecerem projetos comuns, superando as animosidades geradas pelas crises políticas e econômicas¹⁰⁵.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana e o núcleo de direitos a ela inerente, surge como o novo guia e luz para a orientação da comunidade internacional, e que todos os Estados devem promover e proteger, transformando-se, como afirma PIOVESAN num *“paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”*¹⁰⁶ e constituindo um valor a ser garantido por todos os Estados, remarcando o constitucionalismo moderno, e como corolário as diversas ordens jurídicas dos Estados contemporâneo. É como se projetasse uma vertente do constitucionalismo global, a fim de proteger direitos fundamentais e de limitar o poder do Estado¹⁰⁷.

Nesta senda, em meados do século dezenove teve início uma verdadeira revolução constitucional. A generalidade dos Estados ocidentais,

¹⁰⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Ob. cit.* pág. 3

¹⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional Por violações de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 31.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.* *Ob. cit.* pág. 9

¹⁰⁷ *Idem*, pág. 11

mormente, os que estiveram sob o jugo dos regimes ditatoriais, bem como na Europa de leste do período pós-comunista, consagraram nas suas Constituições o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo o elevado a valor central e a base de sustentação de um núcleo de direitos da pessoa humana e de um conjunto de mecanismos processuais de tutela¹⁰⁸.

Assim, a Constituição italiana, aprovada à 22 de Dezembro de 1947, consagrou no artigo 3º que *“todos os cidadãos tem a mesma dignidade social”*. Mais incisiva foi lei fundamental alemã aprovada em 1949, inicia o seu artigo 1º afirmando que *“a Dignidade da Pessoa Humana é inviolável...”*. O mesmo caminho foi seguido pela Constituição grega de 1975 que estatui o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em Portugal, o legislador constituinte estatui a dignidade da pessoa humana, no artigo 1º da Constituição de 1976, e a eleva a fundamento e pilar do Estado. No mesmo sentido se manifestou o legislador constituinte espanhol ao consagrar, no nº 1, do artigo 10 da Constituição de 1978, que a par de outros princípios a dignidade da pessoa humana é fundamento da ordem política e da paz social.

Esta contagiante dinâmica manifestou-se nas constituições de alguns países da América Latina, onde Brasil não foi exceção. Deste modo, a Constituição Federal do Brasil de 1988, no seu artigo 1º, Inciso III, estabelece que a Dignidade da pessoa Humana, constitui um dos fundamentos do Estado Federal, atribuindo-a valor de norma jurídica constitucional de extrema importância, visto que tal princípio torna-se guia de toda uma comunidade estatal, desde o poder político ao simples cidadão que deve respeitar a dignidade patente no outro.

Em Moçambique, apesar da Constituição de 2004 estabelecer na alínea e), do artigo 11º que a defesa e promoção dos direitos humanos e da igualdade perante a lei constitui um dos objetivos fundamentais do Estado, e dedicar um número considerável de artigos aos direitos fundamentais, apenas faz menção

¹⁰⁸ BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela dos Direitos Fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, Administrativa e Internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, pág. 98.

expressa a dignidade da pessoa humana no nº 6, do artigo 48º, como princípio orientador do exercício do direito de liberdade de expressão e direito de informação¹⁰⁹.

Com efeito, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como valor e a base do Estado é pertinente, pois é fonte de conteúdo dos direitos fundamentais, como nos ensina Habermas ao assinalar que *“à luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas outras dimensões do sentido da dignidade humana”*¹¹⁰. Neste sentido, Catarina Santos Botelho afirma que

o valor da dignidade da pessoa humana é perspectivado como a fonte da qual brotam os restantes direitos fundamentais, que obtiveram consagração constitucional devido à sua indissolúvel conexão com a pessoa humana, como ser único e irrepetível, dotado de dignidade¹¹¹.

De fato, hodiernamente a dignidade da pessoa humana constitui princípio orientador das constituições estatais e dos diversos ordenamentos jurídicos, bem como fundamento dos Estados modernos.

Ora, urge realçar que o respeito à dignidade da pessoa humana, não se restringe ao seu reconhecimento pelo direito, pois sendo intrinsecamente ligada a pessoa humana ela é anterior ao Direito¹¹². Este princípio fundamental das ordens jurídicas democráticas assume perene importância na consolidação e fundamentação dos Direitos fundamentais.

Analisando o interior do discurso jurídico, Habermas afirma que

a dignidade humana é um sismógrafo que mostra o que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática – a saber, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem se dar

¹⁰⁹ O nº 6, artigo 48º, com epígrafe Liberdade de Expressão e Informação refere *in verbis*: *“O exercício dos direitos e liberdades referidos neste artigo é regulado por lei com base nos imperativos do respeito pela Constituição e pela **dignidade da pessoa humana**”*.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Ob. cit.* pág. 14.

¹¹¹ BOTELHO, Catarina Santos. *Ob. cit.* pág. 99.

¹¹² *Idem*, pág. 101

para poderem se respeitar reciprocamente como membros de uma associação voluntária de livres e iguais¹¹³.

Contudo, o reconhecimento da dignidade como princípio ou até mesmo como regra jus fundamental não reduz a sua dimensão de valor fundamental, mas visa atribuir maior eficácia e efetividade¹¹⁴, ao núcleo de direito que lhe são inerentes, isto é, aos direitos fundamentais.

Face ao acima exposto, importa realçar que a Dignidade da pessoa humana assume crescente importância nos Estados Democráticos de Direito, dado o seu carácter fundamentador dos direitos fundamentais e de pilar do Estado. No entanto, indaga-se sobre o seu conteúdo e significado.

3. Conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana

A palavra dignidade tem a sua raiz epistemológica do latim *dignus*, que significa aquele que merece estima e honra, aquele que é importante; sendo a sua utilização correspondente sempre as pessoas, mas ao longo da antiguidade foi referida a espécie humana como um todo, sem que tenha havido sua personificação¹¹⁵.

São Tomás de Aquino pensou a dignidade sob dois prismas diferentes, a dignidade como algo inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto individuo, passando desta forma a residir na alma de cada

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. *Ob. cit.* pág. 17

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.* pág. 86

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 77

ser humano¹¹⁶. No entanto, Kant vê no respeito pelo outro a limitação da nossa auto-estima pela dignidade da humanidade presente na outra pessoa¹¹⁷.

Como se pode depreender, em Kant a dignidade é uma qualidade intrínseca e patente em toda a humanidade, visto que, esta qualidade intrínseca do homem, por pertencer a todos os homens e não a alguns, se transforma numa qualidade de toda coletividade humana. É neste prisma, que nas relações intersubjetivas o dever de respeito ao outro é um corolário dessa qualidade, ou seja, da dignidade da pessoa humana.

A doutrina kantiana realça o valor do homem, fruto da sua dignidade, que não o permite ser um meio para o alcance de fins externos a ele, mas apenas pode ser um fim em si mesmo, em virtude da sua dignidade, ele jamais pode ser usado como um instrumento, pois tem um valor intrínseco, a dignidade, fato com que o torna sem preço, como se pode vislumbrar da máxima de Kant *“o Homem é um fim em si mesmo e não um meio, e não se pode degradar qualquer outro ser humano, reduzindo a um mero meio para os meus fins”*¹¹⁸.

Outrossim, a dignidade é intimamente ligada à condição humana, por isso é uma características de todos os homens, porém ela não exclui a pluralidade, típica dos homens, como refere Hannah ARENDT

a pluralidade humana, como condição básica da ação e do discurso tem o duplo aspecto de igualdade e diferença, na medida em que se os Homens não fossem iguais, seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras¹¹⁹.

¹¹⁶ MORAES, Mária Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: *substrato axiológico e conteúdo normativo* “in” SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2006, pág 115

¹¹⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos Costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003, pág. 292

¹¹⁸ *Idem*, pág. 293.

¹¹⁹ ARENDT, Hannan. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2008, pág. 188

Somos todos humanos, e como tal iguais em dignidade, porém com diferenças, típicas da pluralidade da condição humana, o que dificulta a definição do significado e conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Assim, o conteúdo da Dignidade da Pessoa Humana é de tal forma complexo, que Sarlet, partindo do pressuposto que a dignidade, está ligado à condição humana, e guardando íntima e complexa relação com as imprevisíveis e incalculáveis manifestações da personalidade humana, conclui que as dificuldades de definir o seu conteúdo tronam-se acrescidas¹²⁰.

Ademais, aliado as diversas manifestações da personalidade humana de cada indivíduo, encontram-se as diversas manifestações dos grupos, ou seja, cada grupo adota diversas manifestações culturais, práticas e valores que aguçam o caráter aberto da dignidade, tornando assim, ainda mais complexa à tarefa de analisar ou definir o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Neste prisma, tendo em atenção estas manifestações de grupo e de personalidade, SARLET refere que:

A dignidade da pessoa humana não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria aberta, não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas¹²¹.

O conceito e conteúdo da dignidade da pessoa humana, esta em permanente processo de construção e desenvolvimento, fruto dos diversos valores e práticas que a cada época, e de acordo com o lugar vão ganhando importância e características diferentes. Por estas razões, uma parte da doutrina entende que a dignidade da pessoa humana, não pode ser vista

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível* “in” SARLET, Ingo Wolfgang(org.), *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª Ed., 2009, pág 15

¹²¹ *Idem.* pág. 24.

exclusivamente como algo inerente a condição humana, na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade no seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa humana se complementam no seu todo e interagem mutuamente¹²².

Assim, como anteriormente citamos Habermas, cada momento específico da história impõe novos desafios, e de acordo com eles são atualizadas outras dimensões do sentido da dignidade humana¹²³. Mesmo entendimento é perfilhado por BOBBIO ao afirmar que *“o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização, não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”*¹²⁴.

Com efeito, na tentativa de definir o conteúdo e a natureza da dignidade SARLET propõe conceituar a dignidade como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano como venha lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹²⁵.

Da noção proposta por Sarlet, destaca-se o fato da dignidade ser uma qualidade reconhecida aos seres humanos, e dela derivar um núcleo de direitos e deveres essenciais para a existência do homem, ou seja, um núcleo de direitos fundamentais.

¹²² *Idem*, pág. 28

¹²³ HABERMAS, Jürgen. *Ob. cit.* p. 14.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. *Ob. cit.* pág. 19.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.* *Ob. cit.* pág. 37

Para COMPARATO

A dignidade de cada homem consiste em ser, essencialmente, uma pessoa, isto é, um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo. O pleonasma da expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é assim justificado, porque se trata de exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual ou social, inerentes a cada homem¹²⁶.

Face ao acima exposto, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a todos os homens, um princípio aberto que deve ser definido de acordo com o tempo lugar e o contexto sociocultural. Todavia, com a constitucionalização deste valor, a dignidade da pessoa humana, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual do campo do direito natural metapositivo, cujo fundamento ora se buscava na razão divina, ora na razão humana, para se tornar numa norma jurídica autônoma de grande teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais¹²⁷ e do Estado Democrático do Direito.

4. Estado democrático de direito, direitos fundamentais e responsabilidade do Estado.

A criação de uma forma capaz de compatibilizar a soberania do Estado e os Direitos dos particulares foi sempre um dos principais problemas da teoria jurídica-política. O Estado de Direito se apresenta como uma fórmula conciliadora destas exigências, que *prima facie* se manifestavam

¹²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. São Paulo, 1997, pág. 28, disponível em <http://www.iea.usp.br/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>, acessado em 21 de Junho de 2013.

¹²⁷ Bonavides, Paulo. *Prefácio* in STARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Ob. cit.* pág. 19

antagônicas¹²⁸, na medida em que, de um lado se opunha o poder despótico soberano do Estado e doutro lado a liberdade e os direitos dos cidadãos.

É neste quadro que importa destacar que, a necessidade de frear o poder político despótico, garantindo os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos está na gênese do Estado de Direito. Neste sentido, Pietro COSTA salienta que o Estado de Direito surge como um mecanismo de limitação do poder através do direito, com o desiderato de fortalecer a posição dos indivíduos, tendo como pilares o *poder político* (a soberania, o Estado), o *direito* (o direito objetivo, as normas) e os indivíduos¹²⁹.

Como se pode depreender, o problema da limitação do poder pelo direito esteve umbilicalmente ligado à garantia das liberdades individuais fundamentais, na medida em que a construção do Estado de Direito, num primeiro momento tinha como escopo criar uma área de não intervenção do Estado na esfera do indivíduo, e num segundo momento vai agregar-se a obrigação positiva do Estado prestar uma classe de direitos que garantam a justiça social.

Para melhor elucidar esta correlação entre Estado de Direito e os Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, com a Responsabilidade do Estado demonstraremos, como na construção histórica deste conceito tal correlação vem sendo mantida, uma vez que o conceito de Estado Democrático de Direito deve ser analisado num contexto temporal e circunstancial, pois a cada momento histórico apresenta as suas exigências de justiça, os seus padrões de juridicidade, como bem assevera Gomes CANOTILHO ao referir que `` *a historia do Estado de Direito não deve ser compreendida como <<a historia de um conceito>>, mas como uma história enquadrada na <<história geral das ideias e das instituições>>*¹³⁰ ``.

¹²⁸ Cfr. LUÑO, António E. Pérez. *Ob. cit.* pág. 212.

¹²⁹ COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: Uma Introdução histórica*, pág. 96 ``in`` COSTA, Pietro. DANILO, Zolo (organizadores). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 96

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, pág. 353

Neste prisma, apesar do conceito e da formulação do Estado Democrático de Direito ser contemporâneo, o problema que opõe a liberdade ao totalitarismo, o direito ao poder despótico, desenfreado, transbordante não o é. Já na Grécia antiga colocava-se o problema da dicotomia Governo – lei¹³¹. Aristóteles na sua obra clássica *Política* ao abordar as formas de governo, refere-se à questão da centralidade e da soberania da lei. Criticando o poder absoluto do monarca, defende o “império da lei” em contraposição ao império de um homem, na medida em que o domínio da lei (Inteligência sem paixão) equipara-se ao governo de Deus e da Razão e o domínio do homem a uma fera¹³².

Na mesma esteira, porém, com diversidade metódica e filosófica, Platão defendia a importância da lei nas três formas de governo (monarquia, aristocracia, democracia), entendendo não ser possível encontrar um governo que possua a arte de governar, e que possa ser capaz de fazer justiça sem a lei, ou seja, os soberanos deviam governar segundo as leis¹³³.

Por outro lado, o medievo também é marcado por algumas concepções que precederam a noção de Estado de Direito, não de uma dicotomia entre poder político e Lei, mas sim uma situação diversa, que Gomes Canotilho chama de “*liberdade no direito, ou seja, a liberdade que advém de um determinado estatuto e que havia de conduzir à ideia de liberdade natural do homem*”¹³⁴. Nesta época a liberdade provinha de determinado *status quo*, que o atribuía direitos e privilégios, não sendo, neste contexto inerentes a condição humana ou ao indivíduo enquanto tal. Com efeito, Jorge Reis NOVAIS, assinala que “*tendo em conta a existência de uma jurisdição que tutelava os privilégios de*

¹³¹ COSTA, Pietro. *Ob. cit.* pág. 99.

¹³² ARISTÓTELES. *A Política*. 4ª ed. São Paulo: ATENA. 1955, págs. 134-135

¹³³ PLATÃO, *Político*, 301-2 (Platone, *Opere*, Laterza, Bari, 196, vol. I, pp. 502-3) apud COSTA, Pietro. *Ob. cit.*, pág. 100.

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.* pág. 354

*todos contra todos, com mais propriedade que de Estado de Direito se poderá falar, relativamente a Idade Média de Estado de Justiça*¹³⁵''.

Como podemos depreender em face do acima exposto, estas manifestações representam a pré-história¹³⁶ do conceito Estado de Direito, ou seja, momentos que embora ainda não existisse a expressão lexical, se verificam traços em que encontra no moderno Estado de Direito a sua materialização ou afirmação¹³⁷.

No Estado absoluto a vontade arbitrária e transbordante do rei é suprema, o que vai reduzindo as possibilidades de defesa dos indivíduos contra os excessos de poder incontrolável do rei, sendo por esta razão o oposto da construção a que se funda o Estado de Direito. Diante deste quadro, a Burguesia reagiu ao poder despótico do monarca, com o fito de introduzir uma limitação jurídica ao Estado de Policia, bem como da racionalização integral da vida da sociedade e do Estado, em prol da liberdade individual para garantir o desenvolvimento dos seus empreendimentos econômicos e a obtenção do lucro, bem como da igualdade com a aristocracia. Reação, que está na origem do Estado Liberal de Direito¹³⁸.

Com o advento do Estado liberal, que iniciou com as revoluções americana e francesa no final do século dezoito, tendo conhecido o seu apogeu durante o século dezenove e declina na primeira metade do século vinte, cujas principais características políticas são a adoção do constitucionalismo como técnica de limitação do poder político, o reconhecimento da existência de direitos do

¹³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 35

¹³⁶ Só bem mais tarde é que surge a expressão ``Estado de Direito'', como bem refere Pietro COSTA.*ob. cit.* p. 117, que foi ``exatamente na Alemanha que, no decorrer do século XIX, a expressão ``Estado de Direito'' sai da ``pré-história'' e entra oficialmente na história...'', ou seja, surge a designação como tal. As duas principais versões do ``Rechtsstaat'' na Alemanha da primeira metade do século XIX foram defendidas por Friedrich Julius Stahl e a Robert van Mohl.

¹³⁷ COSTA, Pietro. *Ob. cit.* pág. 98

¹³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* pág. 40-45.

homem anteriores e superiores ao Estado do qual o Estado deve respeitar, a proclamação da igualdade jurídica de todos os homens, independentemente de qualquer outro fator, o império da lei, ou seja, a subordinação do Estado a lei, o sistema de governo representativo e do parlamentarismo, pratica do liberalismo econômico, incremento das garantias individuais face ao Estado, a ideia do Estado de Direito surge estribada, na ideia de legalidade da atividade estatal, e ideia de realização de justiça, configurando-se assim, mais do que um conceito filosófico ou jurídico, como um conceito político, um conceito de luta política da burguesia¹³⁹, cujo escopo era o de assegurar contra o Estado centralizador um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança, da propriedade, e das exigências de previsibilidade necessárias ao desenvolvimento do sistema capitalista¹⁴⁰.

Posteriormente a noção de Estado de Direito foi sendo compreendida e interpretada em termos filosóficos, com pressupostos da construção Kantiana, de um Estado ético, o qual deve submeter os seus atos a lei (produto da vontade geral) e respeitar a liberdade ética do indivíduo¹⁴¹. O constitucionalista luso Gomes Canotilho, salienta que

O Estado de direito Kantiano concebe-se a prior como um <<Estado de Razão>>: ele é uma exigência universal da razão porque assegura a coexistência livre através do direito; este, por sua vez, entende-se como normatividade racional, dado que a <<razão constitui o único fundamento da legislação positiva>>¹⁴².

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.* pág. 355-356.

¹⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* pág. 73.

¹⁴¹ LUÑO, António E. Perez. *Ob. cit.* pág. 222

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.* pág. 356

Esse Estado era regido pela vontade geral, ou seja, limitado pela razão, ou simplesmente, como o constitucionalista luso sintetiza, ``um Estado de Direito Material¹⁴³´´.

No entanto, esta formulação do Estado de Direito material assentavam-se em pilares basilares, como o império da lei, ou seja, a administração deve estar submetida à lei por forma que as suas ações possam ser previsíveis, a separação de poderes, e os direitos e liberdades fundamentais.

NOVAIS, apoiado na incontornável lição Schmittiana de Estado Burguês de Direito, considera os direitos fundamentais como o verdadeiro fim da limitação jurídica do Estado, visto que o Estado é obrigado a promover e respeitá-los, reconhecendo a sua anterioridade e seu caráter supremo dele, elevando-os a categoria de limites indisponíveis¹⁴⁴.

Neste contexto, as liberdades individuais fundamentais constituíam um limite negativo a ação do Estado. No que concerne à divisão de poderes como elemento do Estado de Direito liberal, visa permitir uma racional organização do Estado, segundo a proposta tripartida de Montesquieu, que tem como papel a garantia dos direitos fundamentais e o controle dos poderes, bem como a responsabilização dos órgãos do Estado.

A noção de Estado de Direito Liberal sofreu forte influência do positivismo jurídico formal, mormente na teoria germânica de *Rechtsstaat*, tendo deixado de ser compreendida como um Estado limitado pela razão, para ser entendido como Estado limitado pelo Direito positivo¹⁴⁵, ou seja, o Estado de Direito Material foi dando lugar ao Estado de Direito Formal.

Este processo de formalização tem o seu início na primeira metade do século XIX na Filosofia de Direito de Friedrich Julius Stahl, futor da ideia de que o Estado de Direito é apenas um Estado que age na forma do Direito, um

¹⁴³ *Idem*

¹⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* pág. 76-77

¹⁴⁵ LUÑO, António E. Pérez. *Ob. cit.* pág. 222

Estado que determina e fixa quais os limites e as linhas da sua atividade, bem como que estabelece através do direito à esfera livre do cidadão; o Estado apenas age na forma do direito, que deve ser a sua veste independentemente do conteúdo da sua ação, não representando nem o fim nem o conteúdo, mas apenas que, o direito determina a forma de exercício de poder¹⁴⁶.

Como se pode vislumbrar, STAHL defende apenas que a ação estatal se funde na legalidade, isto é, no direito, não na razão. Contrariamente, Mohl entende que a condição para que um Estado seja considerado, de Direito torna-se necessário que o direito intervenha, estribada na sua ação de persecução de um objetivo, a liberdade individual, fator de legitimidade e medida de ação do Estado¹⁴⁷.

A construção da teoria de Estado de Direito formal, de STAHL teve importantes contributos de Bähr, Gneist, Laband e Otto Mayer, tendo atingido o seu cume em Kelsen¹⁴⁸. Para Kelsen o Estado é um sistema de normas e não um ente real. É a personificação das normas jurídicas¹⁴⁹. Ora, o Estado de Direito vai significar a centralidade da lei (independentemente de qualquer juízo axiológico), remetendo, a administração à mera executora pré-determinadas pela lei considerando esta não como fonte de obrigações e de Direitos¹⁵⁰.

Kelsen introduz a questão da hierarquia das leis como uma das grandes novidades do Estado de Direito, colocando a norma constitucional como o ápice do sistema jurídico¹⁵¹. A lei perde o seu carácter absoluto e passa a ser um degrau intermédio, susceptível de controle por parte da constituição, ou seja, a sua aplicação deve estar de acordo com o grau superior do ordenamento jurídico, a constituição¹⁵². Esta nova construção teórica e visão

¹⁴⁶ STAHL, Frederich J. *Die Philosophie des Rechts, II, Rechts-und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, Erste Abteilung, Die allgemeinen Lehren und das Privatrecht* (Tübingen, 1878, 5ª ed.), Olms, Hildesheim, 1963, pp. 195-6 apud COSTA, Pietro. *Ob. cit.* pág. 122-123.

¹⁴⁷ COSTA, Pietro. *Ob. cit.* págs. 124-125.

¹⁴⁸ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* págs.106-113

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fonte., 2006, págs. 316-321.

¹⁵⁰ COSTA, Pietro. *Ob. cit.* pág. 157.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. *Ob. cit.* págs. 214-217.

¹⁵² *Idem*

do Estado permitiu superar o dilema da autolimitação do poder do Estado, como afirma Pietro Costa

A aporia que o Estado de Direito tentou inutilmente superar ao compor (com a ``teoria da autolimitação´´) o poder ``absoluto´´ do Estado com a função vinculante (e garantista) do direito... se, contudo, o Estado coincide com o ordenamento jurídico, vem a cair o termo principal da aporia: o Estado tem a ver não com o poder, mas com o direito; resolve-se, antes integralmente no direito, é um sistema de normas e dele exprime (por via de ``personificação´´) a unidade¹⁵³.

Neste sistema de normas, a constituição assume o papel de válvula de fechamento da noção de Estado de Direito, remetendo as leis a um momento de aplicação das normas constitucionais. A teoria kelsiana constitui a construção mais acabada do Estado de Direito liberal Formal, cuja construção deu lugar a um Estado de legalidade que comporta quaisquer fins e conteúdos, legitimando toda a ordem vigente, o que culminou com o favorecimento e estabilização de vários regimes totalitários na Europa¹⁵⁴.

No entanto, Kelsen reconheceu posteriormente a limitação da sua construção, considerando que a expressão Estado de Direito não aplicável a todos os tipos de Estado, independentemente da orientação a que se fundam, mas sim apenas a um Estado que reúna algumas peculiaridades, como se pode denotar quando KELSEN afirma que

Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo o Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica¹⁵⁵.

¹⁵³ COSTA, Pietro. *Ob.cit.* pág. 155

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* pág. 125

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. *Ob. cit.* pág. 346.

Todavia, Herman Heller acusa Kelsen de tentar criar uma teoria de Estado sem Estado¹⁵⁶, ele tenta construir uma ``teoria de soberania capaz de dar conta, ao mesmo tempo, das regras e da autoridade que as institui e as torna efetivas, sem cair no erro de tornar jurídicamente ``invisível`` o momento do poder e da obediência¹⁵⁷`, centrando a soberania no povo.

Neste diapasão, Heller em sua teoria vai pretender livrar o Estado de Direito das suas hipotéticas individualistas abrindo-a a democracia social, calcada em direitos não identificados com a liberdade e propriedade¹⁵⁸. Os pontos fulcrais da sua teoria assenta-se no pressuposto de que o normativismo de Kelsen não vai poder conter o poder se não abandonar-se a forma e ater ao conteúdo, e as instituições, aos princípios fundadores. Igualmente, o Estado de Direito deve manter uma relação privilegiada com as Direitas sócias, que consagram uma intervenção positiva do estado em relação aos sujeitos¹⁵⁹. Neste prisma, o Estado de Direito ``Social`` se vincula funcionalmente com uma classe de direitos, os direitos sociais.

Enquanto, o Estado liberal do Direito estribava-se na ordem econômica, política e jurídica, tendo a primeira o fito de assegurar a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada. A segunda visava garantir a separação de poderes e as liberdades individuais e a ordem jurídica tinha garantir a centralidade da lei. O Estado Social de Direito surge como necessidade de intervencionismo Estatal nos campos econômicos, social, pois já não se tratava apenas de colocar barreiras negativas ao poder do Estado, mas sim de garantir as liberdades individuais e fixar obrigações positivas no âmbito dos direitos sociais e econômicos para garantir a justiça social, visto que a livre concorrência propiciava a existência de grandes desigualdades sociais¹⁶⁰.

¹⁵⁶ HELLER, Herman. *La crisi dela doutrina dello stato*, 1926, em HELLER, H. *La sovranità ed altri scritti sulla dotrina Del diritto e dello stato*, organizado por PASQUINHO, P., GIUFFRÈ, MILANO, 1987, págs. 31 ss. Cfr também HELLER. H. *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988, págs. 97 ss apud COSTA, Pietro. *Ob. cit.* pág. 168.

¹⁵⁷ *Idem*

¹⁵⁸ COSTA, Pietro. *Ob. cit.* pág. 171.

¹⁵⁹ *Idem*, págs. 169-171.

¹⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* pág. 206-210

Neste contexto, LUÑO refere que “o individualismo, assim como o apoliticismo e a neutralidade do Estado liberal de Direito, não podia satisfazer a exigência de liberdade e igualdade reais dos setores sociais economicamente mais deprimidos¹⁶¹”. As primeiras manifestações do Estado social de Direito foram a constituição Mexicana de 1917 e a constituição de Weimar.

O jurista hispânico salienta que o Estado Social de Direito apresenta como elementos essenciais, o fato de ser criado e regulado por uma constituição, e a afirmação e a continuidade dos princípios social e democrático de Direito que aparecem como dimensão essencial e como valores indissociáveis do Estado de Direito. Caracteriza-se também pela abolição da separação entre Estado e sociedade, tendo o Estado a responsabilidade da transformação social da sociedade¹⁶².

Ademais, os Direitos Fundamentais deixam de ter, apenas, a função de elemento limitador da ação do poder soberano, para se transformar em elementos de controle da atividade positiva que deve ser orientada para a participação dos indivíduos, passando a comportar os direitos econômicos, sociais e culturais, devendo, o Estado social ser regido pelo princípio democrático, cuja estrutura deve atender as formas plurais de participação dos cidadãos em processos políticos, econômicos e sociais, mantendo a primazia do Direito¹⁶³.

Como se pode vislumbrar, a transformação do Estado em um Estado Democrático de Direito é fruto de um processo, desde o modelo liberal de Estado de Direito, do Estado de Direito social até ao Estado Democrático de Direito, cuja evolução dos direitos fundamentais fez-se no interior das instituições representativas e procurando de maneiras bastante variadas, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais¹⁶⁴. Assim, para além do princípio da legalidade, da sociabilidade o

¹⁶¹ LUÑO, António E. Pérez. *Ob. cit.* pág. 223

¹⁶² *Idem*, págs. 226-228

¹⁶³ *Idem*

¹⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* pág. 25.

Estado Democrático de Direito aparece indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana.

Subjaz do acima exposto, a interdependência entre o Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais, uma vez que a garantia dos Direitos fundamentais é condição *sine qua non* do Estado democrático de Direito ao passo que os Direitos fundamentais exigem, para a sua materialização, a estrutura e a garantia do Estado democrático de Direito.

Ganha relevo aqui a lição de Jorge NOVAES ao referir que *“a extensão exigida pela atual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e proteção em regime democrático”*¹⁶⁵, porque os direitos fundamentais como fins e valor do Estado de Direito pressupõe garantias que apenas podem ser dadas num Estado democrático. Por outro lado, os direitos fundamentais constitui dentro do quadro democrático garantia das minorias contra eventuais desvios da maioria no poder, assegurando dentre outros aspetos a liberdade de participação¹⁶⁶.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no Estado Democrático de Direito, é inspirador de toda a política Estatal, é o fundamento e o limite das ordens jurídicas. Dai que podemos, categoricamente, inferir que os direitos fundamentais constituem a *“gema”* da noção de Estado Democrático de Direito.

É neste quadro que NOVAIS sintetiza dizendo

O Estado social e democrático de Direito – enquanto conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista a garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autônomo desenvolvimento da personalidade individual – acolher e integrar juridicamente as transformações econômicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance,

¹⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* pág. 207

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Ob. cit.* pág. 61

constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas¹⁶⁷.

No que tange a responsabilidade do Estado, importa referir que ela, também, aparece indissociavelmente ligada a noção do Estado Democrático de Direito, sendo corolário do princípio da legalidade e da separação de poderes, como bem defende o Professor Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO ao referir que *“a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável do Estado de Direito(...) a responsabilidade é simples corolário da submissão do Poder Público ao direito”*¹⁶⁸. Em mesmo sentido, sustenta o professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO ao referir que

a própria noção de responsabilidade do Estado está intrinsecamente ligada à noção de Estado de Direito. Ao poder Público não é dado lesionar direitos alheios e, de forma ilegítima, ignorar a ocorrência da lesão ou a necessidade de reparação (...) deve o Estado indenizar suas vítimas, por imposição lógica do princípio da igualdade de todos perante a lei, cânone da Administração Pública, erigindo à categoria de mandamento constitucional¹⁶⁹.

Outrossim, a responsabilidade de Estado constitui uma das garantias dos direitos e liberdades fundamentais, visto que o Estado ao se submeter ao Direito deve respeitar e agir de acordo com o direito, podendo o Estado ser responsabilizado por danos causados por seus agentes.

Importa referir que, não existe Estado sem sujeição ao Direito, por isso para que um Estado seja Democrático de Direito, deve ter como um dos seus postulados a Responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus

¹⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.* pág. 218

¹⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 999.

¹⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público* “in” A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, Ano 2, número 9, 2002 págs. 16-17.

agentes, a par do estabelecimento e garantia efetiva de direitos e liberdades individuais fundamentais, a separação de poderes, do princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade da administração¹⁷⁰. A responsabilidade civil do Estado deve ser um instituto fundamental, de qualquer regime democrático para a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Do acima exposto, conclui-se, inequivocamente, que um Estado só se pode considerar verdadeiramente democrático de direito, se paralelamente a submissão ao império do direito, garantir os Direitos fundamentais e a possibilidade de responsabilização do Estado por violação de tal núcleo de direitos pelos seus agentes, cujos pressupostos analisaremos a seguir.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* págs. 177-178.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE LESÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRESSUPOSTOS DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA

1. A conduta lesiva do Estado ensejadora de responsabilidade

1.1. Atividade administrativa lesiva aos Direitos fundamentais

Com vista à realização dos seus fins, não raras vezes, o Estado intrometesse de forma legítima ou ilegítima na esfera jurídica dos particulares. Como pessoa jurídica, o Estado manifesta a sua vontade por meio de seus agentes cuja atuação é suscetível de causar danos aos administrados, decorrentes do risco ou da prática de atos comissivos, sejam eles matérias ou atos jurídicos, ou ainda de omissões.

Cumprе ressaltar, que a palavra “agente” aludida tanto no texto constitucional moçambicano (nº 2, do art. 58) como no brasileiro (§ 6º do art. 37) e aqui referida, deve ser entendida em sentido amplo, englobando todas as pessoas encarregues de realizar alguma atividade pública, como nos elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao referir que a mesma “...*abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam serviço*”¹⁷¹. Os atos perpetrados por estes agentes vinculam e são imputados ao ente jurídico personificado Estado, sendo, esta relação entre vontade e ação do Estado e de seus agentes, uma imputação direta do querer e agir dos agentes ao Estado no âmbito da relação orgânica, pois mesmo que uma determinada atividade tenha sido mal realizada pelo agente, entende-se que assim o Estado quis, ainda que haja querido mal¹⁷².

¹⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª Ed. São Paulo: ATLAS S. A, 2003, pág. 650

¹⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1008.

Neste diapasão, Hely Lopes MEIRELLES realça que

o essencial é que o agente da administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título para o qual o causador direto do dano esteja vinculado à administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa¹⁷³.

A lei fundamental brasileira no § 6, do art. 37, alargou sobremaneira o leque de pessoas cuja ação pode comprometer o Estado, englobando as pessoas jurídicas de direito privado que, sob delegação ou concessão, prestam serviços públicos, fazendo com que a sua conduta danosa, dê azo à responsabilidade civil subsidiária do Estado.

O alargamento da Responsabilidade objetiva do Estado aos atos das pessoas coletivas de Direito Privado demonstra de forma incontestável o quão consolidado se encontra a responsabilidade do Estado no Brasil, na medida em que o legislador constituinte alarga a proteção do cidadão, contra o dano injusto causado na persecução do bem comum por entidades privadas prestadoras de serviço público. Por outro lado, mais do que uma pretensão ressarcitória, revela o reconhecimento da responsabilidade civil como instituto crucial num regime democrático para a proteção efetiva e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Diferentemente do Direito moçambicano que limita a responsabilidade estatal, exclusivamente, aos atos ilegais praticados pelos agentes públicos.

Com efeito, podemos depreender que a atuação do agente do Estado, desde que revestido daquela qualidade, seja ela comissiva ou omissiva, ainda que extravaze os limites de sua competência impostos pelos ditames legais, violadora dos direitos e liberdades individuais, dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos sociais e econômicos enseja responsabilidade civil do Estado.

¹⁷³ MEIRELLES. Hely Lopes. *Ob. cit.* 535-536

1.1.1. Conduta comissiva lesiva aos Direitos Fundamentais

Conforme acima exposto, os Direitos fundamentais assumem hoje perene importância no Estado Democrático de Direito e a sua tutela assume índole inegável e inegociável. Apesar do referido patamar na ceara jurídica, várias são as condutas positivas praticadas pelos agentes do Estado lesivas à dignidade da pessoa humana. No âmbito da responsabilidade objetiva do Estado é irrelevante qualquer investigação de elementos subjetivos de culpa ou dolo, para o ressarcimento dos danos materiais e morais causados pelos agentes estatais.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello realça que, ante às prerrogativas que o Estado, como sociedade personificada, goza de intervir de forma unilateral na esfera jurídica dos particulares, há necessidade de ressarcir o dano injusto, causado por atos comissivos praticados em prol do bem comum, que especialmente atinge alguns, sem cogitar culpa ou infração ao direito¹⁷⁴.

No direito brasileiro, os atos comissivos ensejadores de responsabilidade tanto podem ser lícitos ou ilícitos, em virtude da cosagração da Responsabilidade Objetiva, como bem refere Renan Miguel SAAD que

a responsabilidade civil a partir do momento em que prescinde da comprovação da culpa, não terá mais como fundamento o ato ilícito. O seu fundamento será a norma jurídica, consubstanciado pelos elementos do ato, quais sejam: agente, dano e nexos de causalidade¹⁷⁵.

No entanto, a conduta comissiva do Estado pode constituir em um comportamento material de um agente do poder público, como por exemplo, a

¹⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1011

¹⁷⁵ SAAD, Renan Miguel. *Ob. cit.* pág. 54.

tortura de um detento levada a cabo por um agente penitenciário, ferindo o direito fundamental à integridade física. Por outro lado, a lesão à dignidade humana pode advir de atos jurídicos expedidos por órgãos públicos, como por exemplo, um despacho que violando os ditames do princípio da igualdade, limite a fruição de determinado espaço público, em razão de cor da pele, condição social, entre outros aspetos.

No que tange ao ordenamento jurídico moçambicano, como referimos no primeiro capítulo da presente dissertação, o mesmo ainda está ancorado em pressupostos subjetivos para a responsabilização do Estado moçambicano, visto que a atual Constituição da República de Moçambique, no nº 2, do seu artigo 58 estatui que *“O Estado é responsável pelos danos causados por atos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei”*. Nesta senda, o Estado apenas responde pelos danos causados por atos comissivos contrários ao Direito, o que evidencia a fraca evolução do instituto, ante ao olhar impávido e sereno dos cultores do direito moçambicano, e serve de bitola para aferir o quanto ainda se tem por consolidar como Estado Democrático de Direito.

Contudo, o nº 1, do artigo supracitado, faz alusão expressa as violações dos direitos fundamentais, estatuidando que *“A todos é reconhecido o direito de exigir, nos termos da lei, indemnização pelos prejuízos que forem causados pela violação dos seus direitos fundamentais”*, é de salutar este destaque dado as violações dos direitos fundamentais e a preocupação do legislador constituinte em oferecer maior proteção a tais direitos, porém, esbarra na exigência de demonstração dos elementos subjetivos na conduta lesiva do agente.

Ora, é de se superar a teoria subjetiva no Direito moçambicano, na medida em que pode levar a claras injustiças, devido às dificuldades do cidadão em demonstrar e individualizar a culpa do agente, bem como nos casos de danos resultantes do risco administrativo, ou ainda de fatos lícitos que causem prejuízos à esfera jurídica dos particulares. A respeito de prejuízos causados por atos lícitos, sem culpa do agente do Estado, José CRETELLA JÚNIOR entende que

o Estado é responsável, porque tais atividades, exercidas em benefício de todos, trazem implícito o princípio que diz: quem tem as vantagens deve suportar os riscos. Seria injusto que um só aceitasse os prejuízos que o acaso fez recair sobre ele¹⁷⁶.

Como se pode vislumbrar, o referido autor suporta a sua posição no princípio de igualdade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, pois se a vantagem é tirada pela coletividade, os encargos devem ser suportados por todos os administrados. Por outro lado, o autor se estriba na máxima latina *ubi commoda, ibi incommoda*, pois se da prática de determinado ato o estado retira vantagens cabe a ele suportar os encargos que possam advir de tal conduta.

Nesta medida, a responsabilidade civil extracontratual do Estado, segundo Joachim Wolfgang Stein *“assenta-se no respeito à pessoa humana e aos bens alheios, princípio geral do direito que tende a evoluir no curso do tempo, para abarcar cada vez mais as situações fáticas geradoras de dano”*¹⁷⁷.

Ora, a violação de direitos fundamentais implica a responsabilidade por fatos ilícitos, dado que a palavra violação em si, implica um ato contrário ao direito, por isso, a reparação dos danos causados por estes atos, caí ao cobro da responsabilidade subjetiva¹⁷⁸. Todavia, o risco administrativo também pode propiciar a lesão aos direitos fundamentais, e constituir um fator gerador de prejuízos à esfera jurídica do particular, daí o alargamento da proteção ao cidadão e a consagração da Responsabilidade Objetiva do Estado. Sobre o risco administrativo, em sede própria, aprofundaremos no presente trabalho.

¹⁷⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Ob. cit.* pág. 109

¹⁷⁷ STEIN, Joachim Wolfgang. Revista forense número 264, apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público*. “in” A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 2, Nº 9. Curitiba: Juruá, 2002, pág. 16.

¹⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* pág. 269.

A par da conduta comissiva lesiva, a omissão do Estado também pode causar prejuízos e ensejar responsabilidade civil de Estado, como adiante nos debruçaremos.

1.1.2. Conduta omissiva lesiva aos Direitos Fundamentais

A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, por si, uma série de obrigações positivas ao Estado, corolário do triunfo dos direitos sociais e econômicos que incrementou o leque de deveres que o Estado deve cumprir com o escopo de garantir uma vida digna, que passa desde o direito a saúde, ao trabalho, um meio ambiente digno, entre outros.

Não obstante a consagração constitucional, várias tem sido as violações dos direitos fundamentais por omissão dos agentes do Estado, quer seja porque os serviços públicos, ao invés de garanti-los, não funcionaram, devendo funcionar, funcionaram tardiamente.

A doutrina é unânime em reconhecer a responsabilidade do Estado por omissão, porém digladiava-se quanto à teoria de responsabilidade que incide sobre ela. Alguns autores defendem que tais danos caem ao cobro da teoria subjetiva e outros da teoria objetiva. Hely Lopes Meirelles destaca-se entre os defensores da aplicação da teoria objetiva aos danos causados por omissão do Estado, pois entende que estes se inserem no âmbito dos riscos assumidos pela administração na consecução dos seus fins, como consequência da substituição da responsabilidade individual do agente pela responsabilidade genérica do poder público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão¹⁷⁹.

Nesta senda, o autor em referência, a título de exemplo, afirma que *“incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um*

¹⁷⁹ MEREILLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* pág. 536.

*dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância*¹⁸⁰”. Como se pode depreender do exemplo em apreço, para Meirelles os danos causados ao direito fundamental, em virtude da omissão do Estado enseja a responsabilidade objetiva, bastando para tal a comprovação do nexo causal entre a omissão e o dano.

Em sentido contrário, destaca-se Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que defende a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, visto que só se pode responsabilizar o Estado por danos causados por omissão quando haja um dever legal de impedir o evento lesivo, considerando, por isso responsabilidade do Estado por comportamento ilícito¹⁸¹. Ademais, o autor supracitado esclarece que

(...) não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades da responsabilidade civil¹⁸².

Desta lição, da qual perfilhamos, subjaz a ideia de que a culpa esta umbilicalmente ligada ao comportamento omissivo, tal como refere José CRETELLA JÚNIOR

a omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou não se vigia, quando deveria agir, o *agente público omite-se*, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. *Devendo agir*, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte;

¹⁸⁰ *Idem*

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1013

¹⁸² *Idem*

imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, *culpa*, ligada à ideia de inação física ou mental¹⁸³.

Importa frisar que no âmbito dos direitos fundamentais, por imposição constitucional o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir a sua efetivação. Se não existisse essa imposição constitucional não seria possível ensejar responsabilidade do Estado por comportamento omissivo. A este respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que admitir-se a responsabilidade do Estado por omissão, nas hipóteses em que não existe um dever legal de ação, o Estado estaria erigido a segurador universal, sendo responsável por todo e qualquer dano que o cidadão viesse a sofrer, visto que, em princípio, cumpre ao estado prover a todos interesses da coletividade¹⁸⁴.

Com efeito, nos casos de conduta omissiva do Estado os danos, tanto podem ser causados por fatos da natureza ou fatos de terceiro, que podiam ser evitados ou minorados pelos agentes do poder público caso tivessem agido¹⁸⁵, porque a omissão do agente estatal é condição e não causa do dano¹⁸⁶. Neste prisma, Renan Miguel SAAD, assinala que

para se elidir a responsabilidade do Estado, por atos, omissivos, é necessário provar-se a inexistência do ilícito, ou se demonstrar a culpa da vítima, ou o advento do fortuito, provando-se, neste caso, que o evento lesivo foi irresistível, inevitável e imprevisível¹⁸⁷.

Este entendimento corrobora com a ideia, de que a responsabilidade que derivada de danos causados pela omissão do Estado é subjetiva, ou seja,

¹⁸³ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, Volume 8, 1970, pág. 210.

¹⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1014-1015

¹⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 655

¹⁸⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello. *Ob. cit.* p. 1014 esclarece que “*causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado*”.

¹⁸⁷ SAAD, Renan Miguel. *Ob. cit.* pág. 68

o comportamento omissivo deve ser antijurídico. Nesta senda, nos casos de omissão a culpa é “presumida”, na medida em que basta que o poder público prove que não houve culpa ou dolo, para se afastar a obrigação de indenização, o que não ocorreria se a responsabilidade fosse objetiva, em que basta a comprovação donexo causal entre o evento lesivo e o dano, sendo irrelevante se ocorreu por culpa ou dano¹⁸⁸. Ocorre aqui uma inversão de ônus de prova¹⁸⁹, aplicável também a *faute du service*, pois o particular dificilmente poderia ter meios e conhecimentos necessários para provar a culpa da administração¹⁹⁰.

Assim, nos casos em que a omissão do Estado gera lesão aos Direitos fundamentais como, por exemplo, a falta de prestação de socorro a um paciente que se encontra no interior de uma unidade sanitária pública, e que por tal omissão resulta na morte deste, caberá ao Estado provar que os agentes da unidade sanitária agiram dentro das imposições legais, ou seja, cumprindo todos os seus deveres.

Do acima exposto, cabe concluir que nos casos de responsabilidade por atos comissivos, os danos podem ser causados tanto por fatos lícitos e ilícitos enquanto que na responsabilidade por omissão do Estado essa vai sempre ser deflagrada por uma abstenção ilícita do poder público, ou seja, uma violação de um dever jurídico de agir. Assim, a responsabilidade por omissão do Estado lesiva aos Direitos fundamentais estriba-se na ilicitude e na culpabilidade do agente, ou seja, é uma responsabilidade subjetiva.

¹⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1015

¹⁸⁹ Por regra, quem invoca um direito tem o ônus de provar, todavia dada a natureza do Estado e a sua complexa máquina, a tutela efetiva do direito do cidadão só será possível mediante a inversão dessa regra, bastando que o lesado demonstre o nexocausal.

¹⁹⁰ *Idem*

1.1.3. O Risco e a lesão aos Direitos Fundamentais

A atividade estatal na consecução do bem comum pode acarretar a exposição dos cidadãos ao risco de lesão dos seus direitos fundamentais, devendo tais danos ser assumidos por quem criou o risco, fazendo jus à velha máxima *ubi commoda, ibi incommoda*. Tal situação ocorre em hipóteses em que o poder público condiciona os fatores que propiciam, de forma decisiva, a ocorrência do dano¹⁹¹. Nas palavras do professor Romeu Felipe Bacellar Filho nesses casos *“se leva em conta a potencialidades de ações danosas do Estado, normais ou anormais, lícitas ou ilícitas, aliada ao fator de possível anormalidade de conduta da vítima e eventos exteriores na determinação do dano injusto”*¹⁹².

Neste prisma, a obrigação de indenizar que na responsabilidade por omissão funda-se na *falta administrativa*, nos danos causados por risco administrativo erige do *fato de serviço*¹⁹³, quer dizer, o dever de indenizar resulta do dano injusto causado na esfera jurídica dos administrados sem que seja, necessariamente, causado por atos dos agentes públicos, mas apenas propiciadas por sua conduta, daí a imputação a título de responsabilidade objetiva ou pelo risco.

A responsabilidade objetiva do Estado, prescindindo de qualquer apreciação de elementos subjetivos (culpa ou dolo), por partir da ideia de que a atividade estatal envolve o risco de causar danos¹⁹⁴. A título de exemplo, nos casos de transporte ou armazenamentos de substâncias nucleares por representar um risco aos cidadãos, o Estado vai responder por todos os danos injustos que dessa atividade possa advir a um cidadão ou grupo de cidadãos.

A este respeito, a Constituição Federativa do Brasil estatui no artigo 21º, Inciso XXXIII, c), a *“responsabilidade civil por danos nucleares independe de existência de culpa”*. Esta obrigação de indenizar resulta, como assinala

¹⁹¹ *Idem*, pág. 1018

¹⁹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo código civil*. Ob. cit. pág. 220

¹⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. pág. 532.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit. pág. 646

Meirelles, para compensar a desigualdade individual, criada pela própria administração, devendo todos os outros componentes da coletividade suportar a reparação do dano, através do erário público, cumprindo assim os cânones do princípio da igualdade¹⁹⁵. Na mesma senda, DI PIETRO é esclarecedora, ao referir que nos casos de danos propiciados por situação de risco *“a ideia de culpa é substituída pela de nexó de causalidade entre o fundamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado”*¹⁹⁶.

Como se pode depreender, a responsabilidade do Estado pelo risco funda-se no princípio da igualdade de ônus e encargos sociais, perante os danos causados a um cidadão ou grupo de cidadãos, por atividades administrativas que visa assegurar o bem comum. Assim, a título de exemplo, independentemente da culpa dos agentes estatais, todos devem arcar com os danos causados pela violação do direito a vida, resultante da explosão de um paiol de armamento de guerra, pelo risco que tal acondicionamento efetuado pelo Estado representa aos cidadãos. O Estado, nesses casos, muitas vezes não é o autor do dano, mas compõe por ato seu, situação propícia à eventualidade de um dano¹⁹⁷.

Como se pode depreender, a imputação da responsabilidade do Estado, a título objetivo, é festejada por ampliar a proteção ao cidadão, abarcando danos causados pelo risco, independentemente de culpa, o que demonstra, mais uma vez, que a responsabilidade subjetiva do Estado plasmada no Direito Moçambicano origina flagrantes injustiças¹⁹⁸, e não se compagina com o espírito do Estado Democrático de Direito cujo âmago é a garantia e proteção dos Direitos fundamentais dos cidadãos.

¹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* pág. 532

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Ob. cit.* pág. 646

¹⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ob. cit.* pág. 1019

¹⁹⁸ Veja-se, por exemplo, o caso da explosão do paiol das Forças Armadas de Defesa de Moçambique (FADM), situado no Bairro de Malhazine, na Cidade de Maputo em 28 de Março de 2008, cujas causas são desconhecidas, em que ceifou vidas humanas, deixou dezenas de feridos e provocou avultados danos materiais, ficando as vítimas reféns da boa vontade do Estado em apoiar na mitigação dos prejuízos.

1.2. Atividade jurisdicional lesiva aos direitos fundamentais

Como temos vindo a salientar, a responsabilidade do Estado é corolário da submissão do Estado ao Direito, a sua evolução assumiu diversas nuances concomitantemente com a afirmação do Estado Democrático de Direito. O poder estatal caracteriza-se pela unicidade de soberania, de jurisdição, do ordenamento jurídico e do próprio poder, porém as suas funções são divididas por órgãos diversos com funções legislativas, executivas e judiciais¹⁹⁹. Ao judiciário, que é o cerne do ponto em epígrafe, cabe solucionar litígios submetidos a sua apreciação, bem como realizar o controle do poder político. Por outro lado, constitui importante tarefa do judiciário tutelar os direitos fundamentais, quer para que não sejam violados, bem como atuando para a sua efetivação²⁰⁰. Assim, o direito de acesso à justiça constitui em si mesmo, um direito fundamental e primordial para a concretização dos restantes direitos existenciais.

A efetivação e materialização dos demais direitos fundamentais, mormente, os direitos sociais e econômicos reconhecidos e consagrados no pós-guerra, ficam em grande medida condicionados a concretização do acesso à justiça. Nesta senda, assinala Boaventura de Sousa Santos que

a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do estado de bem estar social transformou o direito de acesso efetivo à justiça no direito de carneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais²⁰¹.

¹⁹⁹ FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 153

²⁰⁰ *Idem*, pág. 155.

²⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça* ``in'' Revista crítica de ciências sociais, número 21, 1986, pág. 18.

É desta forma que o direito de acesso à justiça reveste-se, inquestionavelmente, de dignidade constitucional não só do ponto de vista formal, mas também material. A CRM/2004 consagra de forma expressa no nº 1, do artigo 62, inserido no capítulo III, dedicado as Liberdades e Garantias Individuais, que *“o Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos direito de defesa e direito a assistência jurídica e patrocínio jurídico”*; no Brasil a CFB/88 estatui o direito de acesso à justiça no inciso XXXV, do artigo 5º, inserido no título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, cristalizando o direito do cidadão ajuizar, exigindo manifestação do poder judiciário. Esta garantia constitucional a ninguém deve ser negada.

A violação pelo Estado-juiz do direito de acesso à justiça fere o sentimento de justiça almejado pelo autor de determinada ação judicial, constituindo uma denegação de justiça.

Segundo Augusto de Amaral Dergint, em sentido amplo, a denegação de justiça é toda deficiência interna do Poder judiciário, que resulte em uma falta do Estado no cumprimento do seu dever de proteção judiciária, enquanto que em sentido estrito consiste na negativa do Estado juiz em prestar tutela jurisdicional, não oferecendo devida proteção aos direitos de seus cidadãos²⁰².

Neste âmbito, a demora na prestação da tutela jurisdicional pode constituir uma denegação de justiça, dado que ao Estado incumbe prestar o serviço judiciário com certo grau de qualidade, com o fito de responder as demandas num prazo razoável, para por um lado, acautelar todos os feitos úteis da ação e por outro lado, dar uma resposta aos anseios de justiça do cidadão. Neste sentido, DERGINTE assinala que *“a finalidade do serviço judiciário, que deve funcionar sem falhas, consiste em garantir a realização do direito objetivo material, para que impõe-se ao juiz o cumprimento de determinados prazos fixados pelo direito material”*²⁰³. Assim, a denegação de justiça pode decorrer de simples falha interna do aparelho judicial, ou de culpa ou dolo do juiz.

²⁰² DERGINTE, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pág. 189.

²⁰³ *Idem*, pág. 193

O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional dentro dos prazos e limites preestabelecidos subjaz do princípio da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito a que toda a ação estatal esta adstrita, daí se exija responsabilidades do Estado²⁰⁴. José Augusto DELEGADO insurge-se contra demora na entrega da prestação jurisdicional dizendo

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juizes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação de justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou justiça, e exigir-lha reparação civil pelo dano...²⁰⁵

Estas situações de denegação de justiça por parte dos órgãos que deveriam garantir a aplicação do direito e a efetivação dos mesmos pode, como é evidente, levar o lesado a demandar o Estado nas cortes internacionais por inércia dos tribunais internos.

Um exemplo arquetípico do que acima referenciamos é o caso 12.310, sobre violação de direitos fundamentais por morosidade da justiça, intitulado SEBASTIÃO CAMARGO FILHO, morto à tiro numa violenta operação extrajudicial de desocupação da fazenda Santo Ângelo. O Estado Brasileiro foi demandado junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois para além da violação do Direito à vida e demais direitos fundamentais, violou garantias judiciais e de proteção judicial, visto que identificados os autores das violações, houve morosidade nas investigações por parte do Estado do Paraná, levando a que vários crimes cometidos prescrevessem, enquanto o processo criminal permanecia, ainda, na fase de instrução criminal, ultrapassando os períodos

²⁰⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, pág 12. refere que *“o administrado, quando solicita qualquer manifestação (...) da Administração Pública, o faz tendo em vista as leis vigentes no momento em que requer, e tem o direito de ver a sua pretensão apreciada, com base nestas leis e dentro dos prazos fixados, ou, na ausência de determinação de prazos, dentro de lapso de tempo razoável”*.

²⁰⁵ DELEGADO, José Augusto. 1983, pág. 178 apud DERGINT, Augusto do Amaral. *Ob. cit.* 197.

estabelecidos na lei. A Corte foi peremptória a considerar no seu relatório nº 25/09 que

O Estado tinha o dever de realizar de ofício uma investigação judicial efetiva destinada a identificar todos os autores das violações, bem como de julgá-los e de a eles aplicar as respectivas penalidades legais, para cujo efeito deveria promover e incentivar o processo penal até as suas últimas consequências.

Em face, destas violações a Corte Interamericana, dentre outros aspetos, recomendou que o Estado Brasileiro reparasse plenamente as famílias de Sebastião Camargo Filho, no aspecto tanto moral quanto material, pelas violações dos direitos fundamentais.

A denegação de justiça lesa a prior um direito fundamental, o de acesso à justiça, podendo causar danos ao cidadão, cujo ressarcimento cabe ao Estado, por força do princípio da igualdade e da solidariedade em que obriga que toda coletividade suporte os ônus do comportamento Estatal danoso. A denegação de justiça, não constitui a única forma que pode acarretar a lesão a direitos fundamentais.

No cumprimento do serviço judiciário, o Estado-juiz manifesta a sua vontade por meio de ato jurisdicional, que como qualquer ato jurídico pode estar inquinado de vícios, sejam eles intencionais ou não intencionais. Neste diapasão, Fachin considera que *“a falibilidade é uma condição inerente ao ser humano. Toda pessoa pode, a qualquer momento, cometer erros em suas atitudes. Não poderia ser diferente em relação ao juiz”*²⁰⁶, mesmo quando observadas todas as precauções processuais. O erro judiciário pode verificar-se em qualquer esfera do direito²⁰⁷, representa um equívoco da sentença

²⁰⁶ FACHIN, Zulmar. *Ob. cit.* pág. 191

²⁰⁷ Em nota Dergint refere que na esfera penal o erro judiciário deve ser tomado de um ponto de vista amplo, abarcando a prisão preventiva ilegal ou injusta, cujos danos patrimoniais e morais são patentes DERGINT, Augusto do Amaral. *ob. cit.* pág. 164

judicial, que pode decorrer de culpa, erro (de fato e de direito) ou mesmo ignorância do magistrado²⁰⁸.

A submissão para apreciação do tribunal coloca, muitas das vezes, diversos direitos fundamentais em cheque, dentre outros, a liberdade no direito penal, a propriedade, direitos de personalidade no direito civil, que podem ser atingidos pelo equívoco do Estado-juiz, causando inúmeros danos materiais e morais. Edmir Netto de Araujo elenca as situações que frequentemente se verifica em matéria de erro no ato jurisdicional, como é o caso do dolo do juiz, a culpa do juiz, nas modalidades de negligência ou imprudência, decisão contrária à prova dos autos, indução a erro, através de elementos juntados ou não aos autos, erro na análise das provas, na aplicação do direito cabível, ou até erro profissional, bem como o aparecimento de fatos ou elementos que venham contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos, e que influíram decisivamente na prolação da sentença²⁰⁹.

O ideal seria que o Estado, em geral, nunca errasse na sua atuação, e em especial o Estado-juiz na tomada de decisão, mas se cair no erro, pior será o particular arcar com os efeitos do erro, sem possibilidade de correção e reparação. O meio estatuído para fazer face, a estas situações no âmbito do direito penal é a revisão criminal que têm a força de afastar o princípio da coisa julgada material, que como adverte FACHIN *“embora imprescindível para o Direito, há de ceder a outro bem jurídico mais importante”*²¹⁰. Este remédio jurídico-processual que permite a reapreciação do caso e correção das injustiças, ganha maior importância quando a dignidade da pessoa humana está em cheque. Todavia, a revisão do processo não afasta a obrigação de reparar os danos causados pelo erro, pois constitui um direito subjetivo do cidadão, como bem assevera Dergint ao afirmar que

²⁰⁸ *Idem*, pág. 164.

²⁰⁹ ARAUJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pág. 109

²¹⁰ FACHIN, Zulmar. *Ob. cit.* pág. 191

A reparação do erro judiciário consiste (...) em verdadeiro direito da vítima contra o Estado. O dever de repar não se funda, pois em um imperativo de assistência e solidariedade social. A indenização decorre não de um dever moral (quando poderia ou não ser concedida pelo Estado ``soberano'', mas sim de um dever jurídico²¹¹.

A revisão do processo permite a reintegração dos direitos violados pela decisão errônea como, por exemplo, a restituição da liberdade, a devolução dos bens apreendidos, dentre outros casos.

O equívoco do Estado-juiz ou erro judiciário, também se pode verificar em processos de índole civil, admitindo a lei processual, a revisão da coisa julgada civil inquinada de vício, estribando-se na ação rescisória (prevista no Código de Processo Civil), que é o correspondente civil da revisão criminal²¹². Outrossim, no cumprimento da função jurisdicional na esfera civil, o erro judiciário pode acarretar lesão a direitos fundamentais. DERGINT defende que *``na eventualidade de ocorrência de um dano, derivado do exercício de tal função pelo órgão judicial, o Estado (a coletividade pública), que tira proveito (talvez indireto) da jurisdição civil, deve reparar ao jurisdicionado lesado²¹³``*.

A doutrina diverge quanto à pré-condição para o ressarcimento do erro judiciário civil, ou seja, se este deve depender de prévia revisão da decisão ou se independe. FACHIN entende que *``o lesado poderá ajuizar ação de reparação do dano independentemente de ter havido ou não a rescisão da sentença danosa. Não pode ser imposta pré-condição a ser preenchida pelo lesado²¹⁴``*, enquanto que em sentido contrário entende Juarez Melo da Silva ao considerar que a reparação do erro judiciário civil é vinculada a prévia desconstituição da sentença lesiva (e comprovação do erro) mediante a ação rescisória²¹⁵. Quanto a nos, é de acolher a primeira posição, cujos argumentos apresentaremos mais adiante.

²¹¹ DERGINT, Augusto de Amaral. *Ob. cit. pág. 169.*

²¹² ARAUJO, Edmir Netto de. *Ob. cit. pág. 114*

²¹³ DERGINT, Augusto do Amaral. *Ob. cit. pág. 184.*

²¹⁴ FACHIN, Zulmar. *Ob. cit. pág. 201*

²¹⁵ SILVA, Juarey C. *ob. cit. pág. 175*

Podem ocorrer ainda, casos de dolo ou culpa do juiz na prestação jurisdicional, devendo o Estado ressarcir os danos, com base na teoria subjetiva, tendo o Estado direito de regresso sobre o juiz. Não havendo dolo ou culpa do juiz, toda a coletividade vai suportar o ônus, em nome do princípio da igualdade e da solidariedade, ou seja, impende sobre o Estado a obrigação de indenizar, sem direito de regresso²¹⁶, isso à luz do direito brasileiro, enquanto que na realidade moçambicana não cabe ação de responsabilização do Estado.

Subjaz do acima exposto que a atividade jurisdicional, como qualquer outra atividade do Estado pode causar danos aos cidadãos. No entanto, a responsabilidade do Estado por atividade jurisdicional danosa, sem embargo da reparação dos danos resultantes do erro judiciário, constituiu o último reduto da teoria da irresponsabilidade do Estado²¹⁷.

Vários foram os argumentos usados para sustentar a irresponsabilidade do Estado por atividade jurisdicional por parte da doutrina, como sejam, a soberania do poder judiciário, o fato dos juízes terem de agir com independência no exercício das suas funções, a imputabilidade da coisa julgada, bem como o argumento de que o magistrado não é funcionário público²¹⁸.

No que tange ao argumento, segundo o qual o poder jurisdicional é soberano, e como tal não se podia admitir a responsabilidade quer do Estado, bem como do juiz em particular, Edmir Neto de Araujo refere que *“a soberania é um atributo da entidade ‘Estado’, de forma una e indivisível, e não de cada um de seus poderes ou órgãos²¹⁹”*. O mesmo entendimento é perfilhado por Dergint que alerta para o princípio da unidade do poder estatal, asseverando que a soberania é do Estado como um todo, indivisível e inalienável, e não pode ser tomada de forma independente em suas funções²²⁰.

²¹⁶ FACHIN, Zulmar. *Ob. cit.* pág. 216

²¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Ob. cit.* pág. 593.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 662.

²¹⁹ Araujo, Edmir Neto. *Ob. cit.* pág. 136

²²⁰ DERGINT, Augusto de Amaral. *Ob. cit.* pág. 131.

Desconstruindo o argumento da soberania, Di Pietro ensina que ela significa a inexistência de outro poder acima, é una, aparecendo clara nas relações entre Estados, daí que tanto o Executivo, Legislativo não podem ser considerados soberanos, porque devem obediência a lei e a constituição²²¹. Ora, a soberania é um poder supremo, por isso característica do Estado em si, pelo que não pode ser usada como argumento para justificar a irresponsabilidade de um poder em particular, aceitando a de outro (poder executivo).

No que concerne à independência dos juízes, princípio fundamental para a garantia de imparcialidade e de obediência ao direito, para FACHIN *“essa independência não pode interferir na necessidade de o Estado poder ser responsabilizado pelos danos causados ao jurisdicionado”*²²². O fato de o juiz agir com independência, não legitima que o dano injusto fique sem reparação, aliás, reforça a ideia de submissão ao direito na tomada de decisão, o que implica a censura jurídica em caso de atuação danosa.

Relativamente ao argumento de que o magistrado não tem estatuto de funcionário público, o que torna os seus atos não sujeitos ao crivo do princípio da responsabilidade do Estado, importa referir que este argumento cai por terra, pois o juiz ocupa cargo público criado por lei, sendo considerado funcionário público²²³.

Ademais, a lei fundamental moçambicana e a lei fundamental brasileira ao disciplinar a responsabilidade estatal empregaram a expressão *“agente”* para precisamente englobar todas as pessoas que prestam serviços públicos, seja qual for a formula específica de vinculação a estrutura Estatal.

O argumento fulcral apresentado para sustentar a teoria da irresponsabilidade do Estado decorrente de danos causados por atos jurisdicionais é o da incontestabilidade da coisa julgada. Sustentam a incontestabilidade da coisa julgada, referindo que a decisão definitiva está

²²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 662

²²² FACHIN, Zulmar. *Ob. cit.* pág. 181

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 663

incutida de presunção de verdade legal, e admitindo os defeitos da coisa julgada poderia constituir uma ofensa ao princípio basilar da segurança jurídica²²⁴.

Edmir Netto de Araujo considera este argumento como sendo *“mais substancial que o anterior, mas igualmente não suficiente para justificar a imunidade do poder público frente ao prejuízo sofrido por seu administrado em consequência do erro jurisdicional”*²²⁵. Com efeito, no direito brasileiro a força da coisa julgada como acima referimos, cede em face de alguns instrumentos de revisão dos processos, como seja, a revisão criminal e a ação rescisória.

Ora, dado o prazo prescricional a que esta adstrita a ação rescisória (2 anos), findo o qual a decisão se torna imutável e definitiva, ou seja coisa *“soberanamente”* julgada, que solução se pode vislumbrar. Aqui reside o âmago da questão, visto que do ponto de vista legal a decisão, pese embora defeituosa e danosa torna-se inatingível. Em face dessa limitação, Araujo adverte que *“uma coisa é admitir a incontrastabilidade da coisa, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano”*²²⁶ injusto sofrido pelo cidadão. Nesta senda, Di Pietro é peremptória a afirmar que

o fato do Estado ser condenado a pagar a indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica a mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá de responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário²²⁷.

²²⁴ DERGINT, Augusto de Amaral. *Ob. Cit.* pág. 136

²²⁵ *Idem*, pág. 138

²²⁶ *Idem*

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 663.

Neste diapasão, Dergint, bem sintetiza referindo que *“na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva, e não se vinculam as mesmas partes (mas uma delas ao Estado)”*²²⁸. Caí por terra o argumento da coisa julgada, devendo por isso o Estado ressarcir os danos causados, como bem conclui Araujo que

apurada a falha determinante do erro no edifício de um procedimento judicial, se este não mais puder desabar por estar prescrita a rescisória, deve ser o prejudicado indenizado por esse erro do Estado-juiz, mesmo mantendo-se o julgamento já transitado em julgado²²⁹.

No direito Moçambicano, o artigo 218º da Constituição disciplina sobre a responsabilidade do juiz apenas em casos estritamente previstos na lei, ou seja, dolo ou culpa do juiz. Esta visão é consentânea com a índole subjetiva da responsabilidade estatal consagrada na constituição, em que individualiza a culpa ao agente causador do dano. A responsabilidade é adstrita ao juiz, todavia por via hermenêutica, entendemos nós que, comprovada a culpa ou dolo do juiz, o cidadão pode demandar o Estado, e este depois poderá exercer ação de direito de regresso contra o seu agente. Ainda assim, o cidadão encontra-se numa situação precária, em face ao poder público, na medida em que os danos causados sem culpa ou dolo do juiz, permanecerão irreparáveis, e deverão ser suportados pela vítima.

Como temos vindo a afirmar, esta situação não é consentânea com a evolução doutrinária do instituto em análise, bem como, com o espírito de um Estado Democrático de Direito.

²²⁸ DERGINT, Augusto de Amaral. *Ob. cit. pág. 144*

²²⁹ ARAUJO, Edmir Netto de. *Ob. cit. pág. 143*

1.3. Atividade legislativa lesiva aos direitos fundamentais

A doutrina dividia-se quanto à responsabilidade do Estado legislador, Hely Lopes Meirelles defende a irresponsabilidade do Estado legislador, estribando-se no fato de a lei ser um comando geral e abstrato, cujos efeitos repercutem-se por toda a coletividade, em nome da Soberania, não podendo se indenizar os danos causados à generalidade de pessoas. Igualmente, afirma que mesmo diante da possibilidade de uma lei inconstitucional que excepcionalmente atinja os particulares, a reparação dependeria de demonstração cabal de culpa do Estado, o que é irrealizável no regime democrático, visto que os agentes políticos são representantes do povo²³⁰. Estes constituem os principais argumentos, também usados pelos demais fautores da irresponsabilidade do Estado legislador²³¹.

A este leque de argumentos Cretella Júnior acrescenta a imunidade como um problema colocado na responsabilidade do Estado Legislador, visto que

se cada parlamentar é protegido pela imunidade, inerente ao cargo, a qualquer tipo de responsabilidade será também imune o ato emanado do colégio parlamentar que é síntese da manifestação de vontade de cada um de seus membros²³².

Cahali adverte que não se pode analisar nesta perspectiva *“já que não se converte a respeito do ato legislativo como emanção de um poder soberano, nem se cuida de imputar a cada um dos parlamentares eventual responsabilidade pessoal pelo enunciado normativo”*²³³. Assim, a favor da responsabilização do Estado legislador Di Pietro responde de forma paradigmática aos argumentos acima referidos, afirmando que

²³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* 538

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 268.

²³² CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de indenizar.* *Ob. cit.* 284.

²³³ CAHALI, Yussuf Said. *Ob. cit.* pág. 527

1. mesmo exercendo parcela de soberania, o legislativo tem que se submeter à constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais; 2. nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais; 3.(...) a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais²³⁴.

Juary C. SILVA entende que o princípio de submissão do Estado ao direito, abrange a qualquer das funções do Estado, não sendo restrita à função administrativa ou executiva, daí que a função legislativa não pode ser exceção, quer seja exercida pelo poder legislativo, bem como pelo poder executivo, dentro dos limites fixados por lei²³⁵.

Neste diapasão, os atos legislativos estão adstritos as formalidades disciplinadas na constituição, o chamado processo legislativo, cujo apartamento implica a inconstitucionalidade da lei por vício de forma. Outrossim, o conteúdo do ato legislativo deve se conformar aos ditames da constituição, respeitando a dignidade da pessoa humana. Assim, se a lei inconstitucional, acarretar danos aos particulares, dela pode emergir a responsabilidade do Estado, pois não é lícito ao legislador ordinário violar a ordem constitucional²³⁶. Renan Miguel Saad recorda que a lei inconstitucional não poderá coexistir em conflito com a lei hierarquicamente superior, daí que declarada à inconstitucionalidade, a responsabilidade pelos danos causados a um grupo de particulares é do poder público²³⁷.

Evidentemente, pode ocorrer que lei constitucional cause danos a um determinado grupo de particulares, como afirma Cretella Júnior ``*inúmeras vezes, o ato legislativo, ao invés de dirigir-se a todos de maneira objetiva e*

²³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 658

²³⁵ SILVA, Juarey. C. *ob. cit.* pág. 251

²³⁶ A tese da responsabilidade do estado por leis inconstitucionais é perfilhada, dentre outros, por Amaro Cavalcanti. *Ob. cit.* p. 313, Guimarães Menegale. *Ob. cit.* p. 50, Cretela Junior *Ob. cit.* p. 285 e ss, Juary C. Silva. *Ob. cit.* p. 292, Yussef Said Cahali *Ob. cit.* p. 527-531, Di Pietro, *Ob. cit.* p. 658.

²³⁷ SAAD, Renan Miguel. *Ob. cit.* pág. 80.

*impessoal, enquadra uma só pessoa ou restrito número de administrados*²³⁸. Nesta senda, Marisa Helena de Freitas entende que *“a questão da responsabilidade estatal por atos legislativos constitucionais reduz-se, portanto, ao ressarcimento pelo sacrifício imposto a um ou alguns particulares, de forma especial e desigual*²³⁹”, cabendo apenas à demonstração do dano injusto e o nexo causal.

Com o triunfo da responsabilidade objetiva, ao Estado recai a obrigação de ressarcir os danos causados aos particulares ainda que por ato lícito, quer dizer, cabe ao Estado reparar o dano injusto e não necessariamente ilegal. Nesta esteira, Cretella Júnior conclui que *“se, apesar de todos os cuidados, o ato legislativo perfeito ocasiona lesão ao direito subjetivo do particular, precisamente pela responsabilidade ímpar que cerca sua elaboração, empenhará a responsabilidade civil do Estado*²⁴⁰”.

No que concerne à omissão legislativa, a Constituição Federal Brasileira prevê remédios como a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103 § 2º) e mandado de injunção, como recurso sempre que a omissão legislativa torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI da CFB)²⁴¹.

Perfilhando o mesmo entendimento, Miguel Renan Saad acrescenta que *“contra a omissão do Estado na sua função legislativa, além do mandato de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe ação de responsabilidade civil em face do poder público*²⁴²”. O autor sustenta a sua posição no fato da omissão legislativa, que acarreta danos ao administrado, constituir uma falta impessoal de serviço²⁴³.

²³⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Pág. 290

²³⁹ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos*. São Paulo: Unesp, 2001, pág. 104

²⁴⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. pág. 295.

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* pág. 661.

²⁴² SAAD, Renan Miguel. *Ob. cit.* pág. 82.

²⁴³ Idem

A constituição de Moçambique em nada refere sobre a responsabilidade específica por atos legislativos, todavia alínea b), do nº 1 do artigo 5 da Lei 25/2009, de 28 de Setembro que aprova a Lei da Organização da Jurisdição Administrativa exclui, de forma categórica, do rol de matérias cuja competência de apreciação cabe a Jurisdição Administrativa *“as normas legislativas e responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função legislativa”*. Este dispositivo, deixa o cidadão entregue a sua própria sorte e a mercê do Poder legislativo, na medida em que não tendo a ação de responsabilização do Estado-legislador acolhida nos Tribunais Administrativos, cuja função primordial é dirimir os contenciosos opondo o Estado e os particulares, também não terá guarida nos Tribunais Judiciais que liminarmente indeferem ações de impugnação contra *“atos de ius imperii”* do Estado. Este dispositivo é uma ofensa clara ao direito de acesso à justiça consagrado na Constituição da República e constitui um entrave para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, como temos vindo a defender e bem refere Juary C. Silva *“que a ampliação da responsabilidade do Estado aos atos judiciais e legislativos repousa irrecusavelmente na ideia do Estado de Direito, ou melhor, no ideário global ínsito neste conceito”²⁴⁴*, dai acolhermos e defendermos a ideia de uma responsabilidade unitária do poder público.

2. O Dano

É doutrina assente, jurisprudência estabelecida e direito consagrado, que o dano constitui um dos pressupostos para existência da responsabilidade civil. Sem a existência de dano, não se pode equacionar o problema da

²⁴⁴ SILVA, Juarey C. *ob. cit.* 279

responsabilidade civil, uma vez que não havendo dano, conseqüentemente, não existirá o que reparar²⁴⁵.

A simples conduta seja ela ilícita ou inadequada, sem a verificação de um prejuízo ou dano não pode dar azo à responsabilidade civil, tanto na violação de outros direitos, como em casos de violação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, como de forma categórica assevera Jorge Miranda *“não se vê, porém, como possa haver responsabilidade sem prejuízo – e prejuízo subjetivado”*²⁴⁶. Dai que a atual Constituição da República de Moçambique, no nº 1, do seu artigo 58, foi incisiva ao referir que *“A todos é reconhecido o direito de exigir, nos termos da lei, indenização pelos prejuízos que forem causados pela violação dos seus direitos fundamentais”*, deixando claro a necessidade de existência de prejuízos para se chamar a colação o instituto da responsabilidade civil do Estado. Nestes termos, só se poderá demandar o Estado quando a sua conduta violadora dos direitos fundamentais tenha causado danos à vítima.

2.1. O conceito e características do dano patrimonial e do dano moral indenizável

Jorge Mosset Iturraspe considera o dano como um mal, um contravalor, que em certa medida se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual tínhamos gozo ou tirávamos proveito, que constituía nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimo ou novas incorporações²⁴⁷.

A noção acima apresentada se mostra bastante ampla, incorporando todo e qualquer dano patrimonial ou moral que ocorra dentro da esfera jurídica do particular. Todavia, não é qualquer dano que gera a obrigação do poder público indenizar, como bem adverte Cahali ao referir que, não basta a simples

²⁴⁵ DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.* pág. 969.

²⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Ob. cit.* pág. 268.

²⁴⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad Civil Del médico*. Buenos Aires: Astrea 1985. Pág 21

preterição do interesse econômico²⁴⁸ para nascer à obrigação de indenizar²⁴⁹. O dano indenizável deve apresentar determinadas características essenciais, como seja, ser certo, específico, anormal e futuro²⁵⁰. Para além das características elencadas, outros autores acrescentam que o dano deve representar à lesão a um direito da vítima²⁵¹.

Ora, ao se exigir que o dano ressarcível tenha a peculiaridade de ser certo, significa que o dano deve ser exato, quer dizer, não um simples dano hipotético, como assinala Santos

...deve haver certeza quanto à própria existência do dano, presente ou futuro, embora seu montante de indenização ainda seja passível de determinação. A incerteza não é indenizável, quando não se tem nenhuma segurança de que vá existir, em alguma medida, não passando de uma mera possibilidade de dano. Por isso, a simples ameaça ou o simples perigo de um dano, não é suficiente para a sua configuração²⁵².

Nesse passo, o dano certo resultante da lesão aos direitos fundamentais pelo poder público, pode se repercutir na esfera jurídica do particular de forma imediata ou frustrando expectativas de ganhos ulteriores, denominando-se respectivamente, dano emergente (*damnum emergens*) e lucros cessantes (*lucrum cessans*). Fernando Pessoa Jorge aponta que *“o primeiro constitui uma diminuição efetiva do patrimônio, o segundo representa o não aumento deste, ou seja, a frustração de um ganho”*²⁵³. Na mesma esteira, entende Santos, ao referir que o dano emergente é o que se verifica quando o prejuízo

²⁴⁸ Na mesma esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que não é qualquer decréscimo patrimonial ou um dano econômico que vai gerar a obrigação de indenizar, mas sim um dano em direito. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos Administrativos* “in” Revista dos Tribunais. Ano 70, vol. 552, 1981, pág. 11- 20.

²⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. *Ob. cit.* pág. 68.

²⁵⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar. Ob. cit.* pág. 128

²⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos Administrativos. Ob. cit.* pág. 17

²⁵² SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral indenizável*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2001, pág. 79

²⁵³ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ob. cit.* pág. 377

recai sobre um ganho, mola propulsora do empobrecimento, enquanto que quando a perda diz respeito a uma utilidade esperada, ao impedimento de aumento de patrimônio ou frustração de ganhos estaremos em face de lucros cessantes²⁵⁴.

Com efeito, em face do dano certo que gera a obrigação de indenizar, e o dano eventual, transcorre-se numa zona movediça, e que atualmente vem gerando calorosos debates, a ``perda de chance``.

Por outro lado, a doutrina tem vindo a defender que o dano deve ser especial, ou seja, subjetivado a vítima, ou vítimas ou um grupo de membros da coletividade, na medida em que se o dano repercutir-se a toda coletividade, será um sacrifício imposto de maneira igual a todos²⁵⁵.

No que concerne à anormalidade, o resultado danoso devem ser de tal forma relevante que ultrapasse o mero inconveniente relativo ao funcionamento dos serviços públicos, impostos por toda vida coletiva²⁵⁶. Nos casos de violação de direitos fundamentais, a anormalidade é vislumbrada na ilicitude do ato, sendo por isso passível de ressarcimento.

Igualmente, o dano indenizável deve constituir uma lesão a um direito da vítima, uma lesão jurídica. Só quem teve um direito violado, tem título jurídico para demandar indenização²⁵⁷, característica que dispensa muitos comentários nos danos relevantes a presente pesquisa.

Com efeito, Cretella Junior sintetiza referindo que ``*verifica-se no dano, sempre, o desequilíbrio sofrido pelo sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, atingida no patrimônio ou na moral, em consequência da violação da norma*

²⁵⁴ SANTOS, Antonio Jeová. *Ob. cit.* pág. 75.

²⁵⁵ Cfr. Cretella Junior, José. *O Estado e o direito de indenizar. Ob. Cit.* pág. 129, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. Ob. cit.* pág. 19.

²⁵⁶ CRETELLA JUNIOR. *O Estado e o direito de indenizar. Ob. cit.* pág. 129.

²⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. Ob. cit.* pág. 17

*jurídica por fato ou ato alheio*²⁵⁸. Subjaz da lição dada pelo autor supracitado, que a lesão aos direitos fundamentais, podem constituir gravames que se repercutem no patrimônio (Danos patrimoniais) da vítima ou podem afetar a esfera extrapatrimonial (danos morais), sendo que os primeiros atingem bens e interesses capazes de serem avaliados em dinheiro, enquanto que os interesses atingidos no segundo caso, não são suscetíveis de avaliação pecuniária²⁵⁹.

Apoiada na teoria da diferença reelaborada por Friedrich Mommsen, Maria Celina Bodin de Moraes, considera o dano patrimonial como a diferença entre o patrimônio existente e o que se teria, se não ocorresse o evento lesivo²⁶⁰. No entanto, os gravames de ordem patrimonial configura-se em casos que há um interesse econômico em pauta, qualquer bem capaz de se enquadrar no universo das riquezas materiais, avaliável tradicionalmente em dinheiro²⁶¹. O evento lesivo causa um prejuízo material, na esfera jurídica do particular, representado uma diminuição real do seu patrimônio, ou frustração de ganhos futuros.

Outrossim, a par dos danos acima referidos, podem ocorrer danos que se repercutem apenas na esfera espiritual ou moral do titular de Direito, os chamados danos morais ou extrapatrimoniais. Contemporaneamente, a doutrina e jurisprudência brasileira é unanime quanto a reparação dos danos acima aflorados, mormente com a consagração constitucional, no artigo 5, incisos V e X, do direito a reparação dos danos morais, resultante de violações de direitos de personalidade.

No ordenamento jurídico moçambicano, a aceitabilidade do ressarcimento dos danos morais também é pacífica, e esta matéria mereceu tratamento no CC que estipula, no número 1, do artigo 496, que *“na fixação da indenização deve se atender aos danos não patrimoniais que pela sua*

²⁵⁸ CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Ob. cit. pág. 128

²⁵⁹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Ob. cit. pág. 373.

²⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit. pág. 143.

²⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, págs. 14-15.

gravidade, mereçam tutela do direito”, contudo no Direito Romano nem sempre foi assim.

Historicamente, era inadmissível a reparação dos danos extra-patrimoniais, com fundamentos na imoralidade em se atribuir valor pecuniário a dor (*pretium doloris*), ou a frustração de um direito de personalidade, aliado a dificuldade de avaliação pecuniária dos danos morais, bem como o número de titulares do direito de indenização ou o universo do lesado²⁶². A regra lógica implícita nesta visão, segundo Maria Celina Bodin de Moraes era a de que aquilo que não é mensurável não se pode indenizar, pois a indenização é justamente a “medida” do dano²⁶³.

Para Moraes, o ponto de viragem na admissibilidade da reparação dos danos morais prende-se com a mudança coletiva do conceito de justiça, levando a anuência geral do dano moral, sendo hoje impensável ignorá-lo²⁶⁴. Por outro lado, o argumento de imoralidade em atribuir “um preço a dor” caiu por terra, com o advento da ideia de que a reparação do dano moral visa conferir a vítima uma compensação (benefício de ordem material que permite obter prazeres com o fito de atenuar a dor), e não propriamente uma indenização que implicaria a reposição do patrimônio ao estado anterior, ou seja, não constitui num *pretium doloris*, mas antes numa *compensatio doloris*²⁶⁵.

No entanto, Wilson Melo da SILVA conceitua os danos morais como “*lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico*”²⁶⁶. O elemento chave da noção dada por Silva é a impossibilidade de valoração econômica dos danos que se repercutem na esfera espiritual da pessoa humana. Na mesma esteira, Santos entende que o dano moral constitui uma alteração do bem-estar

²⁶² JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ob. cit. pág. 147*

²⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit. pág. 146*

²⁶⁴ *Idem*

²⁶⁵ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ob. cit. pág. 147*

²⁶⁶ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, pág. 13.

psicofísico do indivíduo, uma alteração desfavorável, a dor profunda que altera o estado anímico relacionado com a intangibilidade da pessoa humana²⁶⁷.

Analisando o pensamento e prática predominante, Moraes conclui que

a doutrina e jurisprudência dominantes, têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros²⁶⁸.

Apesar deste pensamento dominante, os danos morais não se podem determinar apenas tendo em conta a índole dos direitos violados ou lesados, dada a fronteira próxima de repercussão do evento lesivo, tanto na esfera espiritual, como na esfera patrimonial do lesado, isto é, a lesão a direitos personalíssimos pode originar para além dos danos morais, outros de natureza patrimonial, assim como a lesão de direitos patrimoniais são susceptíveis de causar danos morais. Neste contexto, Ramón Daniel Pizarro e Horacio Roitman advertem que o conceito de dano moral deve ser determinado tendo em conta o resultado, a consequência ou repercussão do evento danoso, seguindo a mesma lógica usada na definição do dano patrimonial ressarcível²⁶⁹. Não se deve ater ao bem que incide a violação, mas essencialmente a natureza do prejuízo final²⁷⁰.

Assim, as violações dos direitos fundamentais perpetradas pelo poder público podem ocasionar ônus na esfera patrimonial do cidadão, bem como na esfera espiritual, ferindo a sua dignidade. Aprofundaremos, no ponto a seguir, a relação entre o dano moral e a dignidade da pessoa humana.

²⁶⁷ SANTOS, Antônio Jeová. *Ob. cit.* pág. 100

²⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 157

²⁶⁹ PIZARRO, Ramón Daniel; ROITMAN, Horacio, *El Daño moral y la persona jurídica "in"* Revista de Derecho Privado Y Comunitario. *Daños a la Persona*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, volume 1, 1995, páginas 222

²⁷⁰ SILVA, Wilson da Silva. *Ob. cit.* pag. 14

2.2. O Dano Moral e a Dignidade da pessoa humana

A proteção jurídica da dignidade da pessoa humana é o reflexo da humanização do direito contemporâneo em face do direito anterior, ou seja, resulta do processo de ``despatrimonialização`` do direito, termo cunhado por Pietro Perlingieri²⁷¹.

No âmbito da responsabilidade civil, anteriormente, o patrimônio representava a força motriz de toda necessidade de proteção e reparação de danos injustos, como assinala ITURRASPE ``a preocupação estava centrada no patrimônio e não na pessoa²⁷²``; daí que o autor considera o enfoque humanista do direito atual uma mudança revolucionária²⁷³.

Uma das principais barreiras que a ampliação da proteção de danos à pessoa (que se limitavam a vida e a honra) enfrentou ao longo do tempo, foi a concepção de dano como lesão de um direito subjetivo, que devia estar plasmado em norma legal, e elencadas para garantir o ideal de segurança jurídica²⁷⁴. Com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de toda a ordem jurídica, o homem passa a ser visto pelo Direito na sua dimensão completa, não apenas física, mas em corpo e espírito.

A dimensão a que se refere à dignidade em si, que como no capítulo anterior demonstramos, a torna aberta e com conteúdo não definível de forma fixista, levou a Maria Celina Bodin de Moraes a considerar o princípio

²⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, pág. 33.

²⁷² ITURRASPE, Mosset. *El Daño fundado en la dimension Del hombre em su concreta realidad*. ``in`` Revista de Derecho Privado Y Comunitario. *Daños a la Persona*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, volume 1, 1995, página 11.

²⁷³ Para o referido autor, a visão anterior era restrita e empobrecida, limitada e castrada em muitas vertentes, sendo que agora é o momento da contemplação da pessoa humana no seu todo, numa vertente mais enriquecida, não apenas na visão do homem não sua dimensão ou capacidade de produzir riquezas (*idem*).

²⁷⁴ *Idem*, págs. 11-12.

constitucional da dignidade, como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, dispensando desta forma a enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos de personalidade²⁷⁵. De fato a concretização do princípio dignidade envolve uma série de situações jurídicas e fáticas existenciais, que se impõe por força da complexidade e pluralidade da personalidade humana, e por esta razão MORAES adverte

...tampouco há que se falar apenas em “direitos” (subjctivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de uma complexidade de situações jurídicas subjctivas, que podem se apresentar..., sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado²⁷⁶.

A tutela do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser vista de forma ampla, e não reducionista com hipóteses típicas e isoladas, por forma a englobar todas as situações de lesão à dignidade, cumprindo a sua função jurídica de clausula geral de tutela da pessoa humana, pois, como bem assevera Pietro PERLINGIERI “o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela de situações atípicas²⁷⁷”.

Assim sendo, a lesão à dignidade não se pode reduzir aos direitos subjctivos tipificados no ordenamento jurídico, mas devem ir mais além, ser visto na sua completude, atendendo o seu caráter de valor fundamental do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito, tal como PERLINGIERI realça

²⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* págs. 177-118.

²⁷⁶ *Idem*, pag. 118.

²⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.* pág. 155

A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isolados *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomística. A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série de situações jurídicas existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela²⁷⁸.

Com efeito, não pode existir um número limitado de hipóteses (*numerus clausus*) inerentes à tutela da dignidade, o que é tutelado é o valor da pessoa limitado apenas pela dignidade patente no outro²⁷⁹. A lesão à dignidade abarca uma série de situações existenciais, das quais o juiz não pode ignorar e negar ressarcimento, quer dizer, tratando-se de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana exige proteção ampla, daí que a lesão à dignidade engendradora, pelo poder público, quer pelo particular, mereça a devida reparação.

Em face da lesão à dignidade da pessoa humana, importa analisar a sua relação com o dano moral. Para responder a questão, importa primeiro fazer uma análise do entendimento da doutrina sobre o que caracteriza o dano moral, por forma a se definir a sua natureza jurídica.

Neste contexto, Wilson Melo da Silva ao abordar a questão de dano moral, ensina que *“o seu elemento característicos é a dor, tomando o termo em sentido amplo, abrangendo tanto os sentimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos”*²⁸⁰. A doutrina ainda ressalta que o dano moral caracteriza-se pela, humilhação da vítima, sofrimento, sentimento de aflição, ou seja, o clássico *pretium doloris*²⁸¹.

²⁷⁸ *Idem*

²⁷⁹ Cfr. *Idem*, pág. 156

²⁸⁰ SILVA, Wilson de Melo. *Ob. cit.* pág. 14.

²⁸¹ BUERES, Alberto J.. *El Daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona general.* “in” Revista de Derecho Privado Y Comunitario. *Daños a la Persona*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, volume 1, 1995, página 261.

Tomando por base os elementos caracterizadores assentes na doutrina e na jurisprudência, importa referir que a lesão à dignidade acarreta na vítima os sentimentos acima referidos, como afirma Maria Bodin de Moraes *“normalmente o que nos humilha, ofende, constrange fere a nossa dignidade”*²⁸². Ademais, a ofensa que tem como corolário o dano moral, representa em última análise a lesão à dignidade, dito de outro modo representa uma violação a clausula geral de tutela da pessoa humana.

Neste contexto, Alberto J. Bueres enfatiza que

o dano moral é sempre um “dano” a pessoa, quer se origine por lesão a um dano personalíssimo próprio ou de natureza diferente (as afeições), seja um prejuízo a um bem patrimonial, em definitivo se deteriora o espírito que é parte da integridade psicofísica (bem extrapatrimonial)²⁸³.

Como se pode depreender, o dano moral e a dignidade da pessoa humana representam as duas faces da mesma moeda, sendo a reparação daquele, contrapartida do princípio da dignidade da pessoa humana²⁸⁴. É importante referir que em sentido jurídico estrito, existe os danos patrimoniais e os danos morais (que face do princípio da dignidade deve englobar tanto os resultantes de violações de direitos de personalidade típicos e como de situações jurídicas existenciais atípicas).

Assim, qualquer lesão à dignidade da pessoa humana por agentes do Estado poderá dar azo à responsabilidade civil do Estado pelos danos daí resultantes, desde que haja um nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano como adiante demonstraremos.

²⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 132.

²⁸³ BUERES, Alberto J. *ob. cit.* pág. 263.

²⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* págs. 129-133.

3. O Nexo causal

Para que haja responsabilidade civil extracontratual do Estado por lesão aos direitos fundamentais, não basta apenas a ocorrência do dano. A doutrina é unânime em considerar que, é necessário a existência de um liame entre o resultado danoso e a conduta lesiva do Estado, por forma a emergir a responsabilização daquele.

A análise do nexos de causalidade mostra-se pertinente, na medida em que permite demonstrar, por um lado, o fato constitutivo de responsabilidade, e de outro o problema da extensão do dano²⁸⁵, quer dizer, no primeiro plano estabelece o liame entre o agente responsável pela conduta e o dano verificado, no segundo plano quais os gravames que devem ser suportados pelo agente, autor do fato lesivo. Quando é que, juridicamente, um fato deve ser considerado causa de um determinado evento danoso.

No âmbito da Responsabilidade Civil, várias foram às teorias que tentaram explicar o problema da determinação do nexos de casualidade, destacando-se a teoria da equivalência das condições ou também considerada de teoria da *conditio sine qua non*, que parte do conceito de casualidade apresentado por John Stuart Mill, sendo introduzida no direito por Von Buri, cujas ideias mestres se resumem no fato de considerar causa de um evento todas as condições, sejam elas positivas ou negativas que concorrem para a ocorrência do dano, isto é, qualquer condição que seja essencial para a verificação do dano (sem a qual o dano não se verificaria), pois todas as condições equivalem-se, o que a torna não aceitável dado os absurdos que conduziria²⁸⁶.

Assim, a título hipotético, se um menor baleado numas das pernas por um agente da policia num ato de puro abuso de poder e de violação de direitos

²⁸⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, pág. 333.

²⁸⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Ob. cit.* pág. 340-341.

fundamentais, tendo sido prontamente socorrido ao hospital para assistência, e a mãe ao receber a notícia do infortúnio têm uma paragem cardíaca que lhe leva a morte. Posteriormente, o filho sabendo da notícia decidiu por termo a sua vida ingerido doses exageradas de medicamentos, sob a égide da teoria da equivalência o Estado não só seria responsável pelos danos causados pela bala que atingiu o menor, como por todos os prejuízos ulteriores, pois aquele fato constitui a condição sem a qual não se verificariam os demais danos, daí que esta teoria é rechaçada dada sua excessiva latitude do resultado lesivo.

Neste prisma, Antunes Varela ressalta que, para que haja responsabilidade *“exige-se entre o fato e o dano indenizável um nexó apertado do que a simples coincidência ou sucessão cronológica”*²⁸⁷.

Dadas às limitações da teoria da equivalência das condições, uma nova solução destacou-se, a teoria da causa próxima com forte influência anglo-saxônica, cuja ideia basilar prende-se com o fato de considerar como causa do resultado danoso a circunstância que a precede diretamente, ou seja, a última condição²⁸⁸. Para os defensores dessa teoria, a verdadeira e única causa do prejuízo será a que, no conjunto das demais condições, cronologicamente, for à última antes da verificação do dano, tornando indenizável, sob esta ótica, apenas os danos diretos, ficando os indiretos sem reparação.

Esta teoria pode conduzir a graves injustiças, pois entre a ação ou omissão e o dano podem ocorrer outras circunstâncias determinadas por aquele evento, como afirma Fernando Pessoa Jorge *“o ato humano limita-se muitas vezes a desencadear outras condições, que diretamente geram o efeito danoso, e, no entanto, tem de considerar-se o agente responsável”*²⁸⁹. Voltaremos à análise das críticas a esta teoria mais adiante.

Ante as limitações apresentada por esta teoria, a doutrina procurou fora desta teoria à solução para o problema do nexó de causalidade, procurando circunscrever os prejuízos, não a última condição, mas a causa adequada da

²⁸⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, Vol. I, 1996, pág. 908.

²⁸⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 6ª edição. Coimbra: Coimbra, 1989, pág. 402.

²⁸⁹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ob. cit.* pág. 391.

sua produção. Antunes Varela assevera que ao jurista cabe analisar “o ponto de vista em que o direito se deve colocar para selecionar, entre as várias condições de certo evento danoso, as que legitimam a imposição, ao respectivo autor, a obrigação de indenizar”²⁹⁰.

Assim, o conceito de causa será dado na perspectiva jurídica, partindo-se da premissa de que a causa de um dano deve representar, no caso concreto, condição necessária ou adequada para produção do dano²⁹¹, a chamada teoria da casualidade.

O cerne desta teoria é o fato de considerar que para recair sobre alguém a obrigação de indenizar, não basta que o evento lesivo seja condição (*sine qua non*) do dano, é necessário que, em geral ou em abstrato, o fato seja uma causa adequada do dano²⁹². Ora, o fato deve ser idôneo para causar o dano dentro do curso normal das coisas, daí designar-se causa (objetivamente) adequada do dano²⁹³.

Das diversas variantes da teoria da casualidade adequada, a formulação amplamente preferível pela doutrina é a que considera como causa (adequada) de um dano, aqueles resultados lesivos que constituem uma consequência normal, típica e provável do evento constitutivo de responsabilidade²⁹⁴. No mesmo sentido, entende Inocêncio Galvão Telles ao assinalar que

a ação que é condição ou pressuposto de um dano deixa de ser, e só deixa de ser, sua causa, sob o prisma do direito, quando com ela concorra, para a produção do dano, uma circunstância anômala ou extraordinária, sem a qual não haveria um risco, maior do que o comum, de o prejuízo se verificar²⁹⁵.

²⁹⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit.* pág. 916

²⁹¹ FARIA, Jorge Leite Areais de Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, Volume I, 2001, pág. 501.

²⁹² VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit.* pág. 918

²⁹³ *Idem*

²⁹⁴ *Idem*, pág. 922

²⁹⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Ob. cit.* 406.

Importa referir que não é necessário que o ofensor possa prever os danos para que o evento lesivo seja considerado causa adequada do dano, o ponto fulcral é que o fato seja causa (objetivamente) adequada da produção do resultado danoso, segundo os fundamentos acima esmiuçados.

No entanto, é através do exemplo dado por Marteau, em que ``A`` dá uma pequena pancada na nuca de ``B``, mas devido a um problema de calcificação (que tornou o crânio deste frágil), ``B`` falece em virtude da pancada, que Wilson Melo da Silva sustenta a principal crítica, formulada por uma parte da doutrina, a teoria da causalidade, visto que sob a ótica da teoria da causalidade adequada, no caso *sub judice*, o dano morte não seria imputado a ``A``, apesar da pancada ter sido condição do dano²⁹⁶. A crítica apresentada prende-se com o fato de Von Kries na sua elaboração da teoria considerar que as circunstâncias a que o juiz deve ter em conta para que o autor do dano possa ser responsabilizado devem ser aquelas que o autor conhecia ou devia conhecer no momento da prática do evento lesivo, ou usando a expressão por ele cunhada, o ``saber ontológico``, em que a mergulha no âmbito da culpa, atribuindo a esta teoria índole subjetivo, tornando-a inaplicável aos casos de responsabilidade objetiva²⁹⁷.

Diante desta crítica recorrente, num substrato da doutrina, e que persiste até aos dias atuais, Antonio Lindbergh C. MONTENEGRO muito bem esclarece

Forçoso é reconhecer que se o observador partir da doutrina de Von Kries, para quem o juiz devia observar apenas as circunstâncias que eram conhecidas para o agente na ocasião do evento, vai realmente encontrar a causa e a culpa numa zona cinzenta, de difícil separação. Ocorre que a causalidade adequada só se firmou no campo do direito civil, como doutrina de caráter universal, com a contribuição de Thon, segundo a qual o juiz não fica subordinado às previsões do agente, para estabelecer que a ação, era adequada para produzir o dano. Embora a doutrina da adequação considere o agente na ocasião do evento, segundo o padrão de diligência do homem comum, para

²⁹⁶ SILVA, Wilson Melo. *Responsabilidade sem culpa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, pág. 119

²⁹⁷ *Idem*

estabelecer a relação causal, parti-se do princípio de que o fato constitutivo do dano deve ser uma causa (objetivamente) adequada²⁹⁸.

Como se pode vislumbrar do acima referido, a imputação é marcada por critérios objetivos, visto o elemento central é que o evento lesivo seja causa (objetivamente) adequada para a produção do resultado na medida em que, sem este elemento, não se estabelece o nexos de causalidade²⁹⁹.

Em Moçambique a questão do nexos de causalidade vem consagrada no artigo 563º do CC, com a epigrafe nexos de causalidade, estatuidando que *“A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”*. Tomando este dispositivo à letra da lei, pode se pensar que o legislador consagrou a teoria da equivalência das condições, pois pode iludir o intérprete a pensar que quem deu azo ao evento lesivo teria de suportar toda uma cadeia de danos que fossem condicionados pela sua conduta.

Contudo, recorrendo ao espírito da lei bem como a uma análise mais atenta do referido preceito legal, é possível reconstituir o pensamento legislativo, encontrando um mínimo de correspondência no texto da lei. Neste contexto, subjaz daquele preceito que o legislador ao empregar o termo *“provavelmente”*, a lei remete a uma questão de *probabilidade*, o que significa acolher a tese da causalidade adequada, na medida em que a causa adequada é aquela que gravando o risco de produção, o torna mais provável³⁰⁰.

Por outro lado, a conclusão de que o código Civil acolhe a teoria da causalidade adequada, resulta também dos trabalhos preparatórios, que, releva de modo inequívoco que se quis consagrar naquele preceito a teoria da causalidade adequada, fazendo-se apelo ao prognóstico objetivo³⁰¹. Assim, para VARELA, *“o autor do fato só será obrigado a reparar aqueles danos que não se teriam verificado sem esse fato e que, abstraindo deste, seria de prever*

²⁹⁸ MONTENEGRO, Antônio Lindebergh C. *ob. cit.* pág. 346

²⁹⁹ *Idem*

³⁰⁰ Telles, Inocêncio Galvão. *Ob. cit.* pág. 409

³⁰¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit.* pág. 928

*que não se tivesse produzido*³⁰²”. É preciso reconhecer que a formulação usada no texto não é muito feliz, o que pode levar a alguns equívocos, como acima se referiu.

Com efeito, a solução adotada para a questão de nexo de causalidade no direito brasileiro é a teoria do dano direto e imediato, ou a chamada teoria da interrupção do nexo causal, ou ainda teoria da relação causal imediata, expressamente consagrada no artigo 403 do Código Civil Brasileiro. Esta teoria implica que entre o evento lesivo e o resultado danoso haja uma relação de causa e efeito, direta e imediata³⁰³.

Uma parte da doutrina³⁰⁴ tem na teoria do dano direto e imediato um meio termo em face das limitações as teorias da causalidade adequada e a teoria das equivalências, acima apresentadas. Todavia, Inocêncio Galvão Telles considera esta teoria como sendo uma ideia tradicional entre os juristas ingleses (que deveria se distinguir entre danos diretos e indiretos), defendendo ser equivalente a teoria da causa próxima³⁰⁵, que sumariamente atrás apresentamos.

Ora, face à exigência de que sob os auspícios desta teoria, o dano deve estar adstrito a uma relação de causa e efeito, direto e imediato, em face do evento lesivo, imaginemos o exemplo hipotético, em que um indivíduo sabota o sistema de freios de um carro da polícia sem que o motorista em horário de descanso se aperceba, e depois de retomar ao trabalho cinco horas mais tarde, devido à perda de freios o mesmo vem a se envolver num acidente, provocando a morte de todos os ocupantes do carro.

Aplicando, em rigor ou em sua pureza, a teoria do dano direto e imediato, o indivíduo que prejudicou os freios apenas seria responsável pelos danos causados ao sistema de freios do carro, pois constitui o dano direto e imediato a sua ação. Neste prisma, Galvão Telles, entende que *“não se torna*

³⁰² *Idem*

³⁰³ Cfr. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. *Ob. cit.* pág. 128

³⁰⁴ No Brasil destaca-se SANTOS, Wilson. *Responsabilidade sem culpa*. *Ob. cit.* págs 118 - 121

³⁰⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Ob. cit.* pág. 402

*necessário que a ação provoque diretamente o dano. Pode provoca-lo só indiretamente, através de outra ou outras condições ulteriores que com ela concorram*³⁰⁶. Outrossim, o autor luso ressalta ainda o fato de não ser imperioso que o dano se siga imediatamente ao evento lesivo, podendo existir um intervalo de tempo apreciável entre este e aquele, ou até mesmo dilatado³⁰⁷.

Diante dessa análise, que bem demonstra as limitações daquela teoria, a expressão dano direto e imediato tem gerado acesos debates colocando-se a indagação se o legislador terá empregue por mero equivoco, se tem sentidos diferentes ou tem idêntico significado, o que tem gerado novas interpretações a teoria de interrupção do nexu causal³⁰⁸. Do ponto de vista prático, esta teoria não é seguida na sua pureza, mesmo pelos defensores declarados, na medida em que para contornarem as suas limitações, adotam outros critérios que acaba representando o seu formal desmentido dai não ser aceitável³⁰⁹.

Este fato pode facilmente se vislumbra a partir da teoria da necessariedade, cujo objetivo é interpretar a teoria do dano direto e imediato ante as ambiguidades terminológicas, como se pode comprovar do entendimento de Wilson Melo da SILVA, que estribando-se no estudo de direito comparado sobre a matéria realizado por Agostinho Alvim afirma,

que este, logra, convincentemente, demonstrar que, em todos aqueles códigos dos diferentes países, onde se acolheram no tocante à casualidade, os postulados da teoria de Dumoulin e Pothier, a relação de causa e efeito se estabeleceu, de maneira invariável, entre determinada causa e o dano, não como consequência da proximidade ou da imediatez entre uma e outro, mas apenas da necessariedade que se haveria de verificar sempre, entre esse mesmo dano e essa mesma causa³¹⁰.

³⁰⁶ *Idem*, pág. 403

³⁰⁷ *Idem*

³⁰⁸ MONTENEGRO, Antônio Lindebergh C. *ob. cit.* pág. 342-343

³⁰⁹ Telles, Inocência Galvão. *Ob. cit.* pág. 404.

³¹⁰ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa. Ob. cit.* pág. 132.

Ora, a teoria da necessariedade representa aqui um critério distinto dos elementos direto e imediato, tornando-se apenas uma camuflagem que a torna próxima da teoria da causalidade adequada. Neste sentido, Montenegro ressalta que

no fundo, o conceito de necessariedade, haurido de casualidade imediata, não é mais do que a noção do fato apto para produzir o dano, característico da causalidade adequada. Nesta também opera a interrupção da causalidade, quando um fator anormal ou extraordinário se insere no processo causal...³¹¹

O posicionamento acima perfilhado aplica-se a responsabilidade civil do Estado, ora em análise. Nesta esteira, CAHALI considera que *“em função das circunstâncias do caso concreto, impende considerar se o dano sofrido pelo particular vincula-se direta e adequadamente ao ato (comissivo ou omissivo) imputado ao agente da Administração”*³¹². Por sua vez, Montenegro de forma categórica e pragmática, conclui que *“não aberrar dos princípios afirmar que a doutrina da causalidade adequada ainda se mostra como a mais indicada no âmbito da responsabilidade”*³¹³, inclusive à espécie em análise.

4. A responsabilidade civil objetiva do Estado e a permanência da culpa no direito moçambicano

A responsabilidade objetiva do Estado visa alargar a proteção do cidadão, abarcando as diversas situações fáticas geradoras de dano ao particular, ou seja, sendo ela independente de culpa abrange os danos causados por fatos lícitos e ilícitos, bem como pelo risco. Ela melhor responde aos ditames do Estado Democrático de Direito.

³¹¹ MONTENEGRO, Antônio Lindebergh C. *ob. cit.* pág. 342.

³¹² CAHALI, Yussef Said. *Ob. cit.* pág. 79

³¹³ MONTENEGRO, Antônio Lindebergh C. *ob. cit.* pág. 346.

Apesar da consagração da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, na grande maioria dos Estados contemporâneos, a responsabilidade estatal no ordenamento jurídico moçambicano, como anteriormente referimos, encontra-se ancorada na responsabilidade subjetiva. Só os danos decorrentes de atos ilegais dos agentes estatais podem ser reparados pelo Estado.

Ora, o legislador constituinte ao estatuir no nº 2, do artigo 58 do texto constitucional moçambicano que *“o Estado é responsável pelos danos causados por atos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei”*, impõe como um dos requisitos para se demandar o Estado que a conduta danosa dos seus agentes seja culposa, contrária ao direito.

A norma jurídica exerce a função valorativa e imperativa, sendo necessário para que haja ilicitude, por um lado, um caráter objetivo e por outro um caráter subjetivo, merecendo *de per si* a conduta contrária ao direito à qualificação de ilícita, mesmo não sendo resultante de uma vontade livre e consciente do agente, todavia, só atinge efeitos plenos, quando esta conduta for voluntária e livre, ou seja, o comportamento objetivamente ilegal ou ilícito é simultaneamente culposos³¹⁴. Dai que na Responsabilidade subjetiva exige-se a demonstração da culpa, pressuposto dispensado na objetiva.

Para Antunes Varela *“a culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo”*³¹⁵. Analisa-se o nexos entre a conduta lesiva e o elemento volitivo, ou como Fernando Pessoa Jorge em *lato sensu*, muito bem conceitua a culpa como sendo, *“o nexos de imputação psicológica do ato ao agente”*³¹⁶, havendo culpa se o ato for resultado da vontade do agente e a este poder ser psicologicamente imputável³¹⁷. Sem destoar desta linha de pensamento, Inocêncio Galvão Telles

³¹⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ob. cit. pág. 65*

³¹⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit. pág. 587.*

³¹⁶ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ob. cit. pág. 65*

³¹⁷ *idem*

assevera que *“a culpa é uma ligação psicológica ou moral (...) entre a conduta ilícita e o agente, que leva a imputar a primeira ao segundo, para o fim de submeter aos efeitos sancionatórios que o direito associa aos comportamentos por ele proibidos”*³¹⁸.

A vontade do agente pode revestir-se de duas formas diferentes o dolo e a negligência ou mera culpa (culpa em sentido estrito). José de Aguiar Dias assinala que a distinção entre ambos corresponde, a estabelecida no direito romano, entre delito e quase-delito, sendo o delito a violação intencional da norma de conduta, e quase-delito os casos em que o agente, com negligência não escusável, e operando sem malícia, comete infração prejudicial ao direito alheio³¹⁹.

No direito brasileiro a Responsabilidade Civil do Estado é objetiva ou pelo risco sendo, por isso independente de culpa, bastando provar o nexo causal entre o fato e o dano.

No âmbito da Responsabilidade Civil do Estado no ordenamento jurídico moçambicano, a análise da culpa reveste de grande interesse prático, na medida em que na graduação da indenização, impõe a lei que o juiz tenha em atenção o grau de culpabilidade do agente ofensor³²⁰, podendo em caso de mera culpa se fixar o valor da indenização em valor inferior correspondentes aos danos causados (art. 494º do CCM). Neste contexto, Galvão Telles realça que *“o dolo é a modalidade mais grave de imputação do ilícito, aquele que o agente merece mais forte reprovação por maior ser a dependência entre o evento ilícito e a vontade”*³²¹.

Com efeito, o dolo se desdobra em dolo direto, quando o agente na sua atuação representa o efeito da sua ação e o deseja como resultado da sua conduta, dolo necessário quando o agente ainda que não queira diretamente o fato, previu como consequência necessária da sua atuação (o agente tem

³¹⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Ob. cit. pág. 340*

³¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit. pág. 135*

³²⁰ Analisaremos os critérios de fixação da indenização de forma profunda no 3º capítulo da presente dissertação.

³²¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Ob. cit. pág. 341.*

ciência da existência de íntima ligação entre o efeito ilícito e o resultado pretendido) e por fim a outra modalidade do dolo é o eventual que ocorre quando o agente representa o efeito ilícito como consequência provável da sua conduta³²².

A mera culpa consiste na omissão da diligência exigível ao agente, em que por leviandade, precipitação, desleixo ou incúria, o agente não toma as medidas necessárias para evitar fato ilícito previsto como possível, bem como quando o agente não usa de toda diligência para prever e evitar a verificação do ato ilícito³²³, ou no dizer de Galvão Telles *“traduz-se na omissão de diligência exigível”*³²⁴. Nesta perspectiva, consoante o caso, as variantes da mera culpa ou culpa em sentido estrito, dividem-se em culpa consciente e inconsciente. A consciente ocorre quando o agente previu como possível o resultado ilícito, mas não tomou as diligências necessárias para evitar enquanto que a culpa inconsciente ocorre quando apesar do efeito ilícito, ser objetivamente provável e previsível o agente não teve consciência que o sua conduta teria tal efeito³²⁵.

No entanto, na análise da mera culpa coloca-se o problema dos critérios de avaliação do grau de diligência que é exigível ao agente, em face de um dever objetivo de cuidado, ou seja, como se afere o comportamento do agente para se apurar se ele usou ou não de diligência. Pode-se recorrer a dois critérios, ao comportamento habitual do ofensor ou ao comportamento de um homem médio. O primeiro critério orienta para a apreciação da culpa em concreto, enquanto que o segundo orienta para a apreciação da culpa em abstrato³²⁶.

A solução adotada pelo legislador ordinário moçambicano foi o critério da diligência de um homem-médio, ou seja, a diligência padrão dos membros da sociedade, ou no dizer do *romanos*, de um *bônus pater famílias*, como subjaz do estatuído no número 2, do artigo 487º do CC, em que de forma

³²² VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit.* pág. 590-592

³²³ *Idem*, págs. 593-594

³²⁴ TELLES, Inocência Galvão. *Ob. cit.* pág. 345.

³²⁵ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ob. cit.* pág. 322-323

³²⁶ MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Telles de. *Ob. cit.* 317

expressa o legislador estabelece *“A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias do caso”*. Esta orientação demonstra que o legislador perfilhou o critério de culpa em abstrato, aplicando-a tanto para a responsabilidade extracontratual como para a contratual (art. 799º nº 2).

Luis Manuel Telles Menezes de Leitão lembra que *“tradicionalmente, era estabelecida uma graduação da culpa em três estágios: culpa grave, culpa leve e culpa levíssima³²⁷”*. Assim, com base nos critérios de apreciação em abstrato a culpa grave corresponde a uma situação em que a conduta do agente só se verificaria com pessoas especialmente negligente, ou seja, teriam que ter uma atuação em situação de negligência grosseira, visto que a maior parte das pessoas diante de mesmos pressupostos agiriam de forma diversa, enquanto que a culpa leve corresponde a situações em que a conduta ilícita não seria praticada por um *bônus pater familias*, e por último a culpa levíssima em que a atuação do agente, apenas seria evitada por uma pessoa acima dos padrões de diligência média³²⁸.

Ora, dada sua natureza especial, o Estado manifesta a vontade por meio de seus agentes, que por incumbência ou sob direção dos órgãos do Estado executam as atividades materiais. Assim, para se responsabilizar o Estado pelos atos do seus agentes em Moçambique é necessário que o agente tenha agido com culpa, numa das modalidades acima afluídas, tendo o Estado direito de regresso sobre este. Nesta acepção, o Estado assume a posição de garante da indenização dos particulares lesados, e não tem a oneração do seu patrimônio com um encargo definitivo, apenas visa suprir os efeitos de insuficiência econômica do patrimônio do agente causador do dano, escolhido e orientado pelo Estado, assunto que voltaremos abordar no quarto capítulo da presente dissertação, quando analisarmos a questão do direito de regresso.

³²⁷ *Idem*, pág. 318

³²⁸ *Idem*

A permanência da culpa como um requisito de responsabilização do Estado moçambicano deve ser superada, por forma a garantir uma efetiva proteção do cidadão contra os danos causados pelo poder público.

CAPÍTULO IV - A REPARAÇÃO DOS DANOS À PESSOA HUMANA: DOCTRINA E A PRÁTICA DOS TRIBUNAIS MOÇAMBICANOS E BRASILEIROS

1. A Organização do Poder Judiciário em Moçambique

Cumpre debruçar, ainda que de forma breve, sobre a organização do Poder Judiciário moçambicano, dada sua estrutura distinta da organização do Poder Judiciário brasileiro.

Em Moçambique, o modelo de organização do poder judiciário caracteriza-se por um dualismo assente em duas ordens jurisdicionais distintas e autônomas, a jurisdição judicial e a jurisdição administrativa, e, excepcionalmente, pode ser constituída uma terceira jurisdição, a militar que tem o fito de julgar crimes estritamente militares na vigência do Estado de Guerra³²⁹. Outrossim, existe o Conselho Constitucional, não sendo um verdadeiro tribunal, tem a função primordial de exercer o controle da constitucionalidade dos atos normativos.

A jurisdição judicial apresenta uma hierarquia, cujo topo é ocupado pelo Tribunal Supremo, enquanto que o topo da hierarquia da jurisdição administrativa é ocupado pelo Tribunal Administrativo³³⁰.

A definição das competências das referidas jurisdições estão calcadas, basicamente, em dois critérios, o da natureza das partes e, mormente, o da natureza das matérias objeto de dissídio.

³²⁹ Esse modelo vem consagrado nos artigos 223 e seguintes da Constituição da República de Moçambique de 2004, é semelhante ao modelo de organização do poder judicial francês.

³³⁰ O legislador constituinte não foi feliz em apenas distinguir órgão supremo da jurisdição administrativa dos restantes tribunais administrativos, usando as letras iniciais maiúsculas para aquele e minúsculas para estes, pois, por uma questão de rigor e clareza se devia dar a designação de Superior ou Supremo Tribunal Administrativo ou Tribunal Supremo Administrativo.

Neste prisma, a justiça administrativa tem o escopo de dirimir litígios, que oponham o cidadão às pessoas coletivas de direito público emergentes de matérias jurídico-administrativa. Ora, a natureza das matérias objeto de dissídio é o principal critério adotado pelo legislador moçambicano, na medida em que excluí da competência da jurisdição administrativa, a apreciação e decisão de questões de direito privado, ainda que uma das partes seja uma pessoa coletiva de Direito Público³³¹.

Essa limitação de competência esta assente na classificação dos atos do Estado em atos de império e atos de gestão, o que tem constituído um entrave ao direito de acesso à justiça, visto que na prática é difícil, com critérios objetivos, separar tais atos, pois hodiernamente, as fronteiras entre os ramos de direito são cada vez mais permeáveis o que têm conduzido a casos de indeferimento liminar, tanto pela jurisdição administrativa, como pela jurisdição judicial.

Igualmente, os tribunais administrativos desempenham a função de controle da legalidade dos atos administrativos, e da aplicação dos regulamentos da administração pública, bem como o controle das despesas públicas³³². Integram a jurisdição administrativa, o Tribunal Administrativo (supremo), os tribunais administrativos, os tribunais fiscais e os aduaneiros³³³.

Como se pode vislumbrar, as matérias atinentes à responsabilidade civil do Estado por lesão aos direitos fundamentais caem dentro do arcabouço de competência dos tribunais administrativos.

Com efeito, a jurisdição comum tem competências em matérias civis e criminais, e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais (nº 4, do art. 223º da CRM de 2004). Integram esta jurisdição, o Tribunal Supremo que é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais (nº 1 do art. 225 da CRM/2004). Na posição hierarquicamente inferior a este tribunal, encontram-se os Tribunais Superiores de Recurso,

³³¹ Alínea e), do nº 1, do art. 5 da Lei 25/2009 de 26 de Setembro que estabelece a organização da jurisdição administrativa.

³³² Alínea a) e b) do artigo 4 da Lei 25/2009 de 26 de Setembro que estabelece a organização da jurisdição administrativa.

³³³ Artigo 3, da Lei 25/2009 de 26 de Setembro que estabelece a organização da jurisdição administrativa.

seguidos dos Tribunais Judiciais de Província e por fim os Tribunais Judiciais de Distrito³³⁴.

É pertinente salientar que a par da justiça formal existem os Tribunais comunitários que devido ao seu papel na sociedade moçambicana, caracterizada por grande diversidade étnica e cultural, foram institucionalizados como instâncias não judiciais de resolução de conflitos no seio das comunidades locais³³⁵.

A organização do Poder Judiciário em Moçambique acima descrita comporta méritos, dado que a justiça administrativa é especializada, e, em tese, melhor pode responder a demanda dos cidadãos em litígios jurídico-administrativos. Todavia, para o cumprimento efetivo das suas atribuições trona-se imperioso aprimorar a separação dos poderes do Estado, visto que o Presidente da República é quem nomeia e exonera o presidente do Tribunal Administrativo (supremo), o que não garante total independência na atuação dos órgãos de justiça administrativa, que tendem sempre a decidir a favor do Estado.

2. A reparação dos danos morais

A Responsabilidade Civil do Estado desempenha, essencialmente, a função de reparação dos danos causados aos cidadãos pelos agentes públicos. Por isso, verificados os seus pressupostos, cabe ao Estado indenizar o dano, podendo ser feito no âmbito da administração, mediante acordo entre as partes, ou poderá ser feita de forma contenciosa, cabendo ao lesado interpor ação de indenização.

³³⁴ Artigo 29, da Lei 24/2007, de 20 de Agosto (Lei de Organização Judiciária de Moçambique)

³³⁵ A sua institucionalização ocorreu com a aprovação da Lei 4/92 de 6 de Maio, que reconhece os Tribunais comunitários e estabelece as balizas da sua atuação.

Os danos, que caem ao cobro do tema da presente dissertação, decorrem da lesão aos direitos fundamentais, podendo os efeitos se repercutir tanto na esfera patrimonial, bem como na esfera moral do lesado. Nesta esteira, uma lesão corporal poderá acarretar prejuízos materiais, como o pagamento das despesas de tratamento médico, perda de remuneração em virtude da ausência no local de trabalho, dentre outras situações, bem como prejuízos imateriais decorrente da dor, sofrimento, deformação física, entre outros. Este fato resulta da assunção de uma visão ampla do homem (englobando a sua dimensão espiritual), bem como da sua centralidade no direito³³⁶.

A doutrina tem, mais ou menos, assente os critérios de reparação dos danos materiais ou patrimoniais, dado que a extensão do dano possui caráter objetivo, bem como, a indenização visa ser satisfeita pelo devedor com o fito de reintegrar o ofendido na situação patrimonial anterior a verificação do evento danoso. Ao analisar as características dos danos ressarcíveis, referimos que a reparação vai englobar tanto o dano emergente como os lucros cessantes, calcada numa operação aritmética, em que avalia-se em dinheiro o prejuízo suportado pelo patrimônio, pois todos os bens materiais podem ser avaliados em dinheiro por integram o patrimônio do lesado como parcelas ativas³³⁷.

Com efeito, o dano patrimonial acarreta a ofensa ou diminuição de determinados valores econômicos. Igualmente, a reparação dos danos patrimoniais pode consistir em entrega do próprio objeto ou outro da mesma espécie³³⁸, a chamada reparação natural ou pode ser feita em dinheiro nos

³³⁶ ITURRASPE, Mosset. *El Daño fundado en la dimension Del hombre em su concreta realidad*. Ob. cit. pág. 39

³³⁷ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pág. 209

³³⁸ Nesses casos, importa ter em atenção o princípio da fungibilidade das coisas para efeito de substituição por outro do mesmo tipo, qualidade e quantidade, porém nas hipóteses em que a reparação natural se mostra de difícil uso, mormente quando se trata de bens com algum uso, tornando-se imperioso a aplicação dos ditames da boa fé e da equidade. Cfr. MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais*. Ob. cit. pág. 205.

casos em que não seja possível a reparação natural, dada impossibilidade objetiva de se restabelecer a situação anterior³³⁹.

O dano à pessoa humana acarreta sempre prejuízos extrapatrimoniais. Carlos Fernández Serrarego adverte que *“o dano moral é só uma das componentes do amplo espectro de lesões que cabem dentro do conceito genérico do dano à pessoa humana”*³⁴⁰.

Superado e assente o debate doutrinário sobre a admissibilidade de reparação dos danos morais³⁴¹, ganha acuidade, como corolário da sua característica (não avaliação pecuniária), o debate sobre a natureza da reparação bem como, sobre os critérios de fixação do *quantum* indenizatório, tanto na doutrina como na prática dos Tribunais. É neste prisma, que daremos primazia a análise da reparação dos danos morais, enfrentando estas questões capitais do instituto da responsabilidade civil, mormente, nos danos decorrentes de lesão aos direitos fundamentais.

2.1. A Natureza jurídica da Reparação e o problema da quantificação dos danos à pessoa humana

A característica indelével do Homem é a dignidade, cuja lesão, a par de eventuais danos materiais, implica danos morais. Contemporaneamente, é direito consagrado³⁴² e jurisprudência estabelecida à admissibilidade de reparação do dano moral. Ela não constitui indenização em si, o valor monetário arbitrado para a reparação não têm a mesma função que nos danos

³³⁹ José de Aguiar. *Ob. cit.* pág. 986.

³⁴⁰ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Protección a la persona humana* “in” ANDORNO, Luis. CIFUENTES, Santos, et all. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: La Rocca, 1993.

³⁴¹ Cfr. o debate no capítulo 3, ponto 2.1 da presente dissertação

³⁴² A CFB/1988 atribuiu índole constitucional a reparação do dano moral e veio dissipar dúvidas sobre a sua admissibilidade, estatuidando a sua reparabilidade nos incisos V, X do artigo 5. Na legislação ordinária a sua previsão vem prevista no artigo 186 do Código Civil de 2002, bem como em outras legislações especiais, como são os casos do Código de Defesa dos Consumidores e Código de Telecomunicações, em Moçambique encontra-se previsto de forma expressa no artigo 496 do Código Civil.

patrimoniais, que visa deixar o lesado na situação anterior, em que estaria se não se verificasse o evento danoso, como bem assevera CAHALI

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento³⁴³.

Na mesma esteira, Clayton Reis muito bem assinala que na reparação dos danos morais *“a função será meramente satisfativa, ou ainda, uma forma de compensar o lesado pelos sofrimentos ocasionados pelo agente do ilícito. Mesmo que não haverá meios de se aquilatar o prejuízo decorrente de dor...”*³⁴⁴. Todavia, Jose de Aguiar Dias alerta para a posição intermédia da reparação pois

Se a reparação se tem de fazer em dinheiro, avultam os pontos de contato entre a indenização e a pena, porque também esta pode se empregar na satisfação do prejudicado, proporcionando-lhe a *solatium*, apaziguamento, e conseguindo alteração do sentimento e da vontade. Essa função oferece satisfação ao sentimento de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo de pena, de satisfação e de equivalência³⁴⁵.

O ordenamento jurídico brasileiro não acolhe de forma expressa a tese da função punitiva da reparação do dano moral, todavia, na doutrina cresce o número de defensores dessa função, entendendo que o valor da indenização não deve limitar-se ao fim meramente compensatória (atenuando o sofrimento injusto), mas também deve ter o escopo de desestimular o ofensor e prevenir ofensas futuras³⁴⁶.

³⁴³ CAHALI, Yussef Said. 3ª ed. *Dano Moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 44.

³⁴⁴ REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pág. 79.

³⁴⁵ DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.* pág. 1001.

³⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* págs. 217-219.

Deste grupo de doutrinários destacam-se Maria Helena Dinis que considera de forma expressa que *“a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória”*³⁴⁷, sustentando a sua posição no fato da reparação, por um lado, constituir uma sanção imposta ao ofensor, com o fito de onerar o seu patrimônio, punindo a violação do bem jurídico da pessoa, e por outro, atendendo ao fato do dano ser moral, a reparação pecuniária proporcionará ao lesado uma satisfação que atenua a dor, ou seja, será uma compensação pelo dano e injustiça sofrida³⁴⁸. No mesmo diapasão, entende Caio Mário da Silva Pereira ao referir que

Quando se cuida de dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: *“caráter punitivo”* para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o *“caráter compensatório”* para a vítima que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido³⁴⁹.

Por outro lado, Carlo Alberto BITTAR sintetiza referindo que

em sua textura atual, conta a teoria da responsabilidade de danos morais com componentes centrais que lhe conferem a expressão necessária para uma efetiva realização de suas funções, a saber: a de trazer satisfação ao interesse lesado e, de outra parte, inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer membro da coletividade³⁵⁰.

³⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, volume 7, 2003, pág. 98.

³⁴⁸ *Idem*

³⁴⁹ PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pág. 55

³⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 247. Favoráveis à mesma tese manifestaram-se Arthur Oscar de Oliveira Deda, Sérgio Cavalieri, José Carlos Moreira Alves, Paulo Costa Leite, dentre outros. Cfr. Moraes, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* p. 218.

Em sentido contrario, entende Wilson Melo da Silva que defende que a reparação do dano moral apenas visa um efeito compensatório, dando a vítima uma satisfação pelo dano sofrido³⁵¹. Outrossim, importantes autores como Roberto H. Brebbia entendem que, diante do silêncio do direito positivo, não se pode supor que o valor pecuniário que o autor do dano deve pagar ao lesado exerça uma função penal³⁵². Esta posição é também defendida por Leslie T. Hart, que trilhando o posicionamento de Von Thur, salienta que a obrigação de proporcionar satisfação ao lesado, não constitui uma pena imposta ao autor do dano, sua finalidade não é acarretar perda ao culpado, senão a de possibilitar um lucro ao lesionado³⁵³.

Relativamente aos danos causados por conduta Estatal ofensiva aos direitos fundamentais, Rennam Miguel Saad analisando, especificamente, a matéria, realça o caráter misto da pena pecuniária, e a necessidade de aplicação de forma efetiva pelo poder judiciário, fixando um valor que condene o autor do dano, sob pena da violação de valores existenciais se tornar compensadora³⁵⁴. O agente estatal, autor da conduta lesiva, em ação regressiva, poderá acarretar com os efeitos da sua ação, por forma a desencorajar a repetição do mesmo ato.

A natureza mista da indenização em caso de danos morais tem ganhado espaço na pratica dos Tribunais Brasileiros. Moraes assinala que *“na jurisprudência do STJ, adieriu-se recentemente a tese do caráter punitivo, em sua faceta de desestímulo ao ofensor³⁵⁵”*, como se pode depreender da jurisprudência do referido Tribunal em que o Ministro Luiz Fux em Recurso Especial Julgado 1109303/RS, julgado em 04 de Junho de 2009, por Responsabilidade Civil do Estado por morte de militar vítima de homicídio em quartel, explicita a sua orientação, afirmando que

³⁵¹ SILVA, Wilson de Melo. *Ob. cit.* pág. 440

³⁵² BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. 2ª Ed. Rosario: ORBIR, 1967, pág. 230

³⁵³ REIS, Cleyton. *Ob. cit.* pág. 84.

³⁵⁴ SAAD, Renan Miguel. *Ob. cit.* pág. 101

³⁵⁵ MORAES. Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 225.

(...)se faz necessário observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o valor arbitrado deve guardar dupla função, a primeira de ressarcir a parte afetada dos danos sofridos, e uma segunda pedagógica, dirigida ao agente do ato lesivo, a fim de evitar que atos semelhantes venham a ocorrer novamente, e, ainda, definir a quantia de tal forma que seu arbitramento não cause enriquecimento sem causa à parte lesada (...)

Seguindo o mesmo entendimento o desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, relator do processo de Apelação nº 70037050242 da Décima câmara civil, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 26 de Maio de 2011, sobre Responsabilidade Civil do Estado por excessos cometidos por policiais militares numa abordagem, em seu voto, estriba-se na doutrina para sustentar a natureza mista da indenização, como se pode denotar ao referir que

(...)impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima. A dúplici natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na percuciente lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil: “Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I - punição ao infrator por haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança”* (in: *Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.108/109...*)

De forma categórica, o magistrado supracitado, adota a natureza mista da indenização com fundamentos calcados na doutrina brasileira. O mesmo entendimento é perfilhado pelo Relator Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho, da 5ª Câmara Civil, do mesmo tribunal, no processo de apelação civil nº 70030409213, julgado em 23 de Abril de 2010, sobre Responsabilidade

Civil do Estado resultante de abordagem policial inquinada de abuso de autoridade, ao afirmar que

O Estado responde objetivamente pelo ilícito praticado pelo agente público no exercício da função ou em razão dela, Art. 37, § 6º, da CF. A abordagem feita por policial, em total excesso a um patrulhamento de rotina, constitui abuso de autoridade, configurando o denominado dano moral puro, situação que dispensa a prova de prejuízo concreto, uma vez que os transtornos, a dor, o sofrimento, o constrangimento e o vexame a que o autor foi exposto prescindem de qualquer outra prova, além do próprio fato. A fixação do quantum indenizatório deve sopesar critérios objetivos como a condição econômica das partes, a gravidade do dano, o grau de culpa, atendendo, especialmente, para o caráter punitivo-pedagógico inerente a indenização em tais casos, sem acarretar o enriquecimento ilícito da vítima. O reconhecimento da indenização somente vai ser eficaz se, além de compensar a vítima pelo prejuízo suportado, ocasionar impacto no patrimônio do agente causador do dano, capaz de evitar a reincidência do evento danoso...

Em Moçambique, de forma tácita o Código Civil de 1966, até então em vigor, acolheu a natureza mista da reparação do dano moral, dispondo por remissão do nº 3, do artigo 496º que o Tribunal deve fixar o valor da indenização de forma equitativa, tendo em atenção às circunstâncias descritas no artigo 494, como sejam, o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso concreto. Subjaz destas disposições, de forma inequívoca, a natureza compensadora e punitiva da reparação, como bem assinala Jorge Leite Areias de Ribeiro FARIA ao referir que

Se o caráter sancionatório da compensação se pode ver no atender-se nela à situação econômica do lesante, a função da reparação da indemnização propriamente dita pode ainda descortinar-se na medida em que na fixação da soma compensatória o juiz tem que olhar também a situação econômica do lesado³⁵⁶.

³⁵⁶ FARIA, Jorge Leite Areias de Ribeiro. *Ob. cit.* págs. 492-493.

O mesmo entendimento é perfilhado por Antunes Varela ao assinalar que, no que tange aos danos não patrimoniais, a indenização reveste a dupla função de, por um lado, reparar de algum modo, os danos verificados na esfera jurídica do lesado, e por outro, está embutida a ideia de reprová-lo ou castigá-lo, no plano do direito privado a conduta do agente³⁵⁷. Acolhendo a mesma posição, porém mais pragmático, foi Luís Manuel Telles de MEZENES DE LEITÃO que ao analisar os critérios plasmados no artigo 494º do CCM, assevera que destes

resulta que a indemnização por danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória, mas também cariz punitivo, assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagrá-la do comportamento lesante³⁵⁸.

O Tribunal Administrativo moçambicano, naquela que foi uma decisão rara de se ver, em que condena o Estado no processo nº 214/2010- 1ª, por morte do menor Elias Rute Muianga, vítima de disparo de arma de fogo efetuado por agentes da Polícia da República de Moçambique (PRM), o coletivo de juizes acolhem, a prior, a função compensatória da indenização ao entender que os danos morais

sendo insuscetíveis de avaliação pecuniária, porque atingem, entre outros bens, o bem estar, no caso dos autos, da requerente e dos demais familiares do finado, não integram o património do lesado, podendo somente ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao infrator, como uma satisfação, e não indenização³⁵⁹.

Como facilmente se pode vislumbrar, o Tribunal Administrativo de Moçambique, no caso *sub judice*, acolheu, expressamente, a natureza compensatória da indenização. No que concerne à natureza punitiva da

³⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit.* pág. 630

³⁵⁸ MENEZES DE LEITÃO, Luís Manuel Telles de. *Ob. cit.* pág 335.

³⁵⁹ Acórdão 89º/2012 do processo nº 214/2010- 1ª, do Tribunal Administrativo de Moçambique. pág. 14

compensação, ainda que os juízes não refiram de forma expressa, subjaz da análise da supracitada decisão, que a mesma se encontra patente na fixação do montante da indenização, visto que o coletivo dos juízes não descorou das circunstâncias descritas no artigo 494º do CC (grau de culpabilidade do agente, situação econômica deste e do lesado) que denotam um caráter misto da indenização.

Assim, no que tange ao assunto em epígrafe, Sérgio Severo muito bem indaga ``se não houvesse um caráter punitivo subsidiário, como poder-se-ia aquilatar o *quantum* a partir da conduta do agente?³⁶⁰'' Para em seguida concluir que, ``parece-nos que a dupla natureza reparatória-preventiva da satisfação dos danos extrapatrimoniais apresenta-se dominante na doutrina e presente legislação³⁶¹''; que demonstra o igual caminho trilhado pelo Direito Moçambicano e Brasileiro.

A questão relativa ao caráter punitivo da reparação dos danos morais pode ser aprofundada com a experiência do sistema da *Common Law*, relativa aos danos punitivos (*punitive damages*), que exprimem a tendência de condenação de altos valores, como por exemplo, no caso da condenação da companhia Mc Donald's a pagar o valor de 2,9 milhões de dólares americanos, por danos causados a uma idosa de 81 anos de idade, em virtude de ter sofrido queimaduras de terceiro grau, quando ao dirigir o automóvel, com o café entre as pernas, derramou sobre elas o café fervente (80 graus centígrados, reputada excessiva) adquirido numa das lojas da companhia³⁶². Ora, uma das principais críticas formuladas aos danos punitivos é a sua completa imprevisibilidade, constituindo para alguns um verdadeiro ``desvario''³⁶³.

Nessa esteira, os danos punitivos na nossa cultura jurídica (romano-germânica) constitui uma figura situada na zona de penumbra entre o direito civil e o direito penal, na medida em que tem o fito de punir o agente causador

³⁶⁰ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 191

³⁶¹ *Idem*

³⁶² TÁCITO, Caio. *Responsabilidade do Estado por dano moral* ``in'' Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 197. jul./set. 1994, pág. 22

³⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 229

do dano por meio de uma pena pecuniária a ser paga a vítima³⁶⁴, o que coloca em risco o escopo primordial do instituto da Responsabilidade Civil que é de reparar os danos.

Ademais, Moraes adverte para o fato de

ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullun crimen, nulla poena sine lege*, além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quando o ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal³⁶⁵.

A referida autora acentua ainda, o fato da maior parte dos fatos geradores de danos morais, a que se pode impor um caráter punitivo, configurarem um ilícito criminal, o que poderia ocasionar uma dupla punição, daí que defenda o cunho punitivo da indenização apenas em casos excepcionais (hipóteses particularmente sérias, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade em virtude de conduta ultrajante a consciência coletiva) e a hipóteses taxativamente plasmadas na lei³⁶⁶.

Quanto à aplicabilidade da função punitiva apenas em hipóteses sérias, no direito moçambicano a questão é de início acautelada pelo legislador ao admitir apenas a reparação dos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito (nº 1, do art. 496 do CC). Como se pode vislumbrar, os tribunais Moçambicanos antes de entrarem no âmago do problema da quantificação do montante devido, devem analisar *prima facie*, o grau de gravidade do dano extrapatrimonial, por forma a concluir se merece ou não a tutela do direito. Assim, levanta-se o problema de saber quais serão os

³⁶⁴ DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli. *La riparazione del danno Allá persona*. Camerino-Napoli:ESI, 1993, p. 123 apud MORAES. Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 258

³⁶⁵ MORAES. Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 260.

³⁶⁶ *Idem*, pág. 260-263.

critérios para a determinação da gravidade de tais danos. Antunes Varela, nos ensina que

A gravidade do dano há-de medir-se por um padrão *objetivo* (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em *função da tutela do direito*: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado³⁶⁷.

Transcende dos ensinamentos acima descritos, que o primeiro critério atende às circunstâncias fáticas de cada caso, enquanto que o segundo as circunstâncias jurídicas, conquanto o direito, de forma expressa, o proteja. Este pré-requisito visa, essencialmente, afastar a litigância nos tribunais de meros aborrecimentos ou transtornos do dia-a-dia. A este respeito Moraes, lança uma luz clarificadora ensinando que

A distinção só poderá ser feita com base no princípio da dignidade humana como critério para tal salvaguarda. O que quer que possa, ou deva, ser reconduzido às instâncias primárias da liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade, ou de todo e qualquer direito da personalidade, merece especial tutela do sistema jurídico³⁶⁸.

Os danos morais constituem lesão à dignidade, como anteriormente sustentamos, com base nos ensinamentos da autora supracitada ao assinalar que

normalmente, o que nos humilha, ofende, constrange, o que nos magoa profundamente, é justamente o que fere a nossa dignidade, dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através

³⁶⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit.* 628.

³⁶⁸ MORAES. Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 303

da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem a sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana)³⁶⁹.

O dano moral não é suscetível de avaliação pecuniária, precisamente, porque atinge a dignidade da pessoa humana que não tem preço, o que levanta um amplo debate sobre os critérios de fixação da indenização.

Assim, a fixação do *quantum* indenizatório dos danos morais constitui um dos principais problemas a ser enfrentados dentro do instituto da responsabilidade civil, pois a sua impossibilidade de avaliação pecuniária, facultada ao juiz, em sua atuação, um poder discricionário. Por causa deste poder do juiz, torna-se difícil descortinar com unanimidade atuações homogêneas na jurisprudência, no que tange a fixação do valor da reparação, muitas vezes variando de forma drástica, em situações quase que similares.

No entanto, existem dois métodos de avaliação dos danos morais, como bem ensina Geneviève Viney que

No estabelecimento do método de avaliação confrontam-se duas concepções: uma subjetiva, voltada para a aferição *in concreto*; e, outra objetiva, voltada a aferição *in abstracto*. O método subjetivo - apreciação *in concreto* - visa avaliar a satisfação na busca dos prejuízos reais alegados pela vítima. O método objetivo - apreciação *in abstracto* - baseia-se em *standards* jurídicos, como p. ex., a noção de homem-médio (*bonus pater familiae, résonable man*), dados estatísticos, através de tabelas e critérios preestabelecidos³⁷⁰.

Os dois métodos acima enunciados, não resolvem de forma cabal o problema da quantificação dos danos morais, pois ressalta sempre margem para o poder discricionário do juiz. Contudo, no Brasil existem determinados critérios usados pelos juízes na fixação da reparação devida, que são

³⁶⁹ *Idem*, págs. 132-133

³⁷⁰ VINEY, Geneviève apud SEVERO, Sérgio. *Ob. cit.* pág. 203

amplamente debatidos pela doutrina. Apesar da sua variação na jurisprudência, Moraes pontua alguns critérios fixos adotados pelos tribunais brasileiros para reparação dos danos morais, como sejam o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério relativo à situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima, bem como o critério de razoabilidade, em substituição ao critério de reparação equitativa³⁷¹.

Subjaz desses critérios que o juiz ante as provas produzidas nos autos, e com base na sensibilidade natural do julgador, decidirá, impondo uma reposta competente a ação lesiva desencadeada, mitigando a responsabilidade em caso de concurso de culpa, ou ampliando a gravame, baseado em certa relação entre o fato danoso e o dano que se repercute na esfera jurídica do lesado³⁷².

Com efeito, no processo de apelação Nº 70055827141, da Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre responsabilidade civil do Estado decorrente de agressão por policiais militares, julgado em 29 de Agosto de 2013, o Relator do processo Des. Túlio de Oliveira Martins em seu voto, de forma categórica, sustenta a sua decisão de dar provimento ao pedido da vítima

*considerando a gravidade do ato ilícito praticado contra a autora que foi agredida por policial militar, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, majoro o valor da reparação para **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)***

O citado magistrado adota em seus critérios de decisão o grau de culpa do agente e a condição econômica do ofensor. Estes critérios de análise das condições subjetivas do ofensor, bem como do lesado tem sido de forma recorrente usado por outros magistrados do referido Tribunal, como se pode notar no voto do Relator Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, no processo de

³⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit. pág. 275*

³⁷² BITTAR, Carlos Alberto. *Ob. cit. pág. 222.*

apelação nº 70030409213, julgado em 23 de Abril de 2010, sobre responsabilidade civil do Estado decorrente de abuso de autoridade na ação de policiais militares, ao referir que

A adequada reparação, em montante compatível com os fatos, passa pela sua gravidade, pela situação pessoal do demandante, pela capacidade financeira do réu e pelos prejuízos advindos do ilícito, razão pela qual fixo o valor em R\$ 10.200,00, a ser corrigida monetariamente desde a sessão e julgamento, e acrescida de juros legais, a contar do evento danoso.

No STJ, estes critérios também têm sido usados, como se pode ver no voto do Relator Ministro Sidnei Beneti no AgRg no Recurso Especial Nº 1.367.193 - RS (2013/0032207-9) que considera que

No que diz respeito ao pedido de majoração da verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. Em se tratando de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que o faz distinto de outros.

A par dos critérios acima aflorados, o STJ consolidou o entendimento de que a fixação do *quantum* indenizatório deve ter em atenção ao princípio da razoabilidade e de proporcionalidade, aceitando apenas a revisão do valor, se encontrar-se em flagrante violação destes ditames, como pode se depreender, a título de exemplo, do voto do Relator do processo AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 375.681 - MS (2013/0229592-8) o Ministro Luís Felipe Salomão que afirma

é sabido que na esteira da jurisprudência consolidada por esta Corte, os valores fixados a título de danos morais só poderão ser revistos, em sede de Recurso Especial, apenas em casos que o valor afronta os princípios da *razoabilidade e proporcionalidade*.

Este constitui um breve panorama da prática dos Tribunais brasileiros, que ressalta a utilização recorrente de critérios que se prendem com as condições sociais da vítima e do ofensor.

Como anteriormente referimos, em Moçambique, o Código Civil manda de forma expressa, que o juiz individualize o *quantum* indenizatório dos danos morais que pela sua gravidade mereçam tutela do direito, equitativamente, tendo em atenção o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso concreto (art. 494 conjugado com o nº 3 do art. 496, ambos do CCM).

O primeiro parâmetro com o qual o julgador se deve valer para fixar o montante da reparação é o da equidade, ou seja, o juiz deverá fixar a pena equitativamente. O legislador pretende que a fixação do valor da reparação seja com base nos ditames de justiça e igualdade, atendendo as circunstâncias do caso concreto.

Este critério apresenta a vantagem de flexibilidade, o que permite uma maior adequação às circunstâncias do caso concreto³⁷³. Todavia, para que o processo de individualização do valor da reparação não se torne em uma operação arbitrária, mas sim discricionário o legislador estabelece alguns critérios orientadores, que o julgador deve ter em atenção na fixação do *quantum* indenizatório³⁷⁴, como é o caso do grau da culpa e a situação econômica do ofensor, bem como a da vítima.

Os critérios acima descritos, mormente o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, revelam como temos vindo a sustentar, o caráter misto da reparação adotado pelo legislador moçambicano, em que para além de exercer a função compensadora, exerce a função punitiva, reprovando e

³⁷³ PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.* pág. 174.

³⁷⁴ *Idem*

castigando o autor do evento danoso, que no tema em epigrafe visa castigar e desencorajar os agentes do Estado da prática de conduta danosa.

Na decisão histórica do Tribunal administrativo moçambicano (Acórdão nº 89/2012, do processo nº 214/2010-1^a) que tem servido de referência para nossa análise da jurisprudência moçambicana, o coletivo de juízes deu primazia a fixação equitativa do valor da indenização e o grau de culpabilidade do agente, como se pode deduzir da fundamentação da decisão, ao referirem que deve

no caso dos autos, o montante da referida indemnização deve ser fixado equitativamente, tendo e, atenção que a responsabilidade se funda na mera culpa, atendendo-se não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indenização (artigos 494º e 496º, do Código Civil), o tribunal entende fixa-lo em montante igual ao pedido pela requerente³⁷⁵.

O tribunal estriba-se no estatuído na parte final do nº 3, do artigo 496 do CC, que estabelece que em casos de dano morte, podem ser atendidos não só os danos sofridos pela vítima, como os sofridos pelo conjugue não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes, e na falta destes aos pais ou outros ascendentes e por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem (pessoas com direito a indenização indicadas pelo nº 2, do mesmo artigo).

No entanto, desta redação indaga-se se a própria perda da vida isoladamente considerada constitui um dano cuja reparação confira aos herdeiros, por *transmissão mortis causa*, um direito a indenização, ou seja, será que deve se ater aos danos sofridos pela própria vítima e aos danos sofridos pelos familiares. A este respeito, após profunda análise dos textos dos trabalhos preparatórios³⁷⁶ do atual Código Civil vigente em Moçambique, com o

³⁷⁵ Pág. 14 e 15 do Acórdão nº 214/2010-1^a do Tribunal Administrativo Moçambicano. Importa realçar que o valor pedido pela lesado foi de 500.000,00 Mts (quinhentos mil meticais), equivalente a 17000 dolares americanos.

³⁷⁶ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes. *Ob. cit.* págs 634-635.

fito de buscar a *ratio legis* sobre a matéria, Antunes Varela chega a duas importantes conclusões,

A primeira é que nenhum direito de indenização se atribui, por via sucessória, aos *herdeiros* da vítima, como sucessores *mortis causa*, pelos danos *morais* correspondentes a perda da vida, quando a morte da pessoa atingida tenha sido consequência imediata da lesão. A segunda é que, no caso de a agressão ou lesão ser mortal, *toda a indenização* correspondente aos danos morais (quer sofridos pela vítima, quer pelos familiares mais próximos) cabe, *não aos herdeiros por via sucessória*, mas aos familiares por direito próprio, nos termos e segundo a ordem do disposto no nº 2 do artigo 496³⁷⁷.

O direito à indenização dos danos morais nasce assim na esfera jurídica dos titulares indicados pela lei. Neste âmbito, o coletivo de juízes do Tribunal Administrativo, no acórdão que temos vindo a citar, entendeu e bem quanto à titularidade do direito a indenização por danos morais, decidindo que *“à requerente cabe o direito à indenização por danos não patrimoniais, uma vez que é a mãe do menor Elias(...) que perdeu a vida por ter sido baleado através de uma arma de fogo, de um membro da policia...”*, porém não foi suficientemente claro sobre a sua posição quanto aos danos sofridos pela vítima.

Do acima exposto, ressaltam alguns critérios similares usados na avaliação do valor da reparação pelos tribunais moçambicanos e brasileiros, em casos de Responsabilidade Civil do Estado por lesão aos Direitos fundamentais, como é o caso do grau de culpa do agente (elemento subjetivo relativo à dimensão da culpa do causador do dano), a situação econômica do ofensor e do lesado. Relativamente à necessidade de olhar as condições econômicas do lesado, importa lembrar que o entendimento é de inibir o enriquecimento sem causa deste.

³⁷⁷ *Idem*, pág. 635.

O efeito prático da aplicação deste critério tem sido controverso e nefasto, acabando por se atribuir maior valor a quem possui uma situação econômica boa e menos a quem tem uma situação menos favorável³⁷⁸.

A solução desta controvérsia implica repensar estes critérios fixação de indenização, atribuindo maior ênfase à extensão do dano. A este respeito já ensinava Pontes Miranda que

A indenizabilidade do dano é na medida em que ele se acha em relação à causa, ou às concausas, ou à causa de aumento. Tem-se de considerar o prejuízo que o ofendido sofreu, ou sofreu e ainda vai sofrer, e o que pode haver lucrado, bem como a sua participação nas causas do dano ou aumento desse. À base do dever de indenizar está o interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano³⁷⁹.

Como se pode vislumbrar, o autor acima referido chama atenção para que o epicentro da fixação do montante da reparação seja o prejuízo verificado na esfera jurídica da vítima, e não as circunstâncias subjetivas inerentes às condições do ofensor e do lesado.

A ofensa aos direitos fundamentais afeta, essencialmente, a dignidade da pessoa humana. Neste prisma, a lesão à dignidade não pode de forma nenhuma ser avaliada com base em pressupostos inerentes a situação econômica da vítima, na medida em que esta não determinará que a dignidade de uma pessoa tenha maior valor que a de outra. Assim, tal critério abre espaço para que em face de existência de condições econômicas desiguais, seja dado tratamento diferente a violação de um bem idêntico, a dignidade, pois, como sustentamos anteriormente, somos iguais em dignidade. Nesta lógica de ideias, PERLINGIERI assinala que

³⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 298

³⁷⁹ MIRANDA, Pontes De. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, pág. 206

especial será o dano ao ouvido de uma esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se deleita a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um prédio sem elevador³⁸⁰.

Criticando, a prática dos Tribunais em aquilatar o valor da indenização com base nas condições sociais das vítimas, Moraes afirma que

Tanto a suposição de que pessoas de classes diferentes ``sofrem`` em valores (quantias) diferentes quanto a de que todas as pessoas têm os mesmos sentimentos (donde concluir que não é cabível especificar-se, em relação ao caso concreto a indenização) decorrem da errônea suposição de que é o ``sentimento`` o que deve ser avaliado. Dai, o engano profundo em que recaem todas as decisões que se arrogam conjecturar sobre os sentimentos dos outros e acabam julgando apenas com base na aparência, isto é com base nas condições econômicas da vítima e ofensor³⁸¹.

É neste prisma, que PERLINGIERI remata concluindo que a avaliação equitativa do dano moral devia ``*prescindir do rendimento individual ou per capita e concentra-se nas condições que o dano produz nas manifestações da pessoa como mundo de costumes de vida de equilíbrio e de realizações interiores*³⁸²``; ou seja, deve se centrar no dano em si, e na sua repercussão na vida da vítima.

Por outro lado, sendo a dignidade da pessoa humana, fundamento do dano moral e de todo Estado, Moraes sustenta que

ficam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetros as condições econômicas ou o nível social das vítimas, não

³⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.* pág. 174.

³⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 300

³⁸² PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.* pág. 174.

se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, quaisquer fatores patrimoniais para o juízo da reparação³⁸³.

Neste prisma, ao se erigir a dignidade da pessoa humana à valor central do ordenamento jurídico, é à luz do qual que se deve fazer uma releitura normativa de todas as disciplinas da responsabilidade civil³⁸⁴, incluindo os critérios de fixação da indenização. Assim, a extensão do dano na pessoa da vítima é que deve ser o critério chave, cujo uso na prática dos tribunais seria consentânea com o princípio da igualdade, e da dignidade, pilares do Estado Democrático do Direito.

Ademais, aliado ao princípio da igualdade, constituem um dos fundamentos da responsabilidade do Estado o da solidariedade, em que conjugados, impõe a repartição de forma igual por toda a coletividade o ônus imposto a apenas um indivíduo ou grupo de indivíduos, não sendo, por isso, justo que em função da situação econômica da vítima, a coletividade reparta mais em alguns casos, e noutros menos.

A dimensão do dano deve ser vista independentemente do valor vier a crescer grandemente o patrimônio do lesado, como bem refere Moraes, *“o enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido”*³⁸⁵.

Outro critério adotado tanto na cultura jurídica brasileira, bem como na moçambicana, é o do grau de culpabilidade do agente. Este parâmetro não é compatível com a lógica e a evolução da figura da responsabilidade do Estado. Contemporaneamente, a responsabilidade do Estado é objetiva, na grande maioria dos Estados, ou seja, a Responsabilidade estatal não busca os seus fundamentos em elementos subjetivos, mais na necessidade de oferecer maior proteção ao cidadão e de se reparar, amplamente, o dano injusto. A aplicação

³⁸³ MORAES. Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 306

³⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.* pág. 175

³⁸⁵ MORAES. Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 302

daquele critério pode acarretar graves injustiças, podendo a indenização ser fixada em montante inferior ao que corresponderia a extensão dano.

Nesta senda, Moraes assevera com base na doutrina clássica que

nenhuma relação deveria haver entre amplitude dos danos e a gravidade da culpa. Nestes casos, então, e com absoluta independência do grau de culpa do agente, caberia sempre indenizar toda a extensão do dano, mesmo sendo a culpa levíssima causadora de dano gravíssimo³⁸⁶.

O dano injusto causado pela conduta do Estado ainda que despida de culpa, carece de reparação em toda sua extensão, salvo casos em que concorre a culpa do lesado, que servirá de atenuante da responsabilidade³⁸⁷.

No ordenamento jurídico moçambicano, onde de forma expressa, o legislador constituinte estabeleceu o regime de responsabilidade subjetiva do Estado, e conseqüentemente, apenas os danos causados pelos atos ilegais dos agentes estatais podem ser reparados, a avaliação do dano moral com base naquele critério, é uma verdadeira cratera para ocorrência de flagrantes injustiças. Não é justo que um cidadão ou grupo de cidadãos, não veja ressarcido na íntegra o dano sofrido, por um ato que visava à persecução de interesses coletivos em virtude da culpa do agente público ter sido branda. O que deve imperar é o critério da extensão do dano, para que não fique lesado o princípio de reparação dos danos causados a outrem.

³⁸⁶ MORAES. Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 296

³⁸⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a culpa do lesado, como atenuante da Responsabilidade Extracontratual do Estado, vide o primeiro capítulo da presente dissertação.

3. A concretização da reparação

Definido o *quantum indenizatório* que o Estado deve reparar os danos verificados na esfera jurídica do cidadão, decorrentes da lesão aos seus direitos fundamentais, é necessário concretizar a reparação, procedendo ao pagamento do montante fixado na sentença condenatória, ou em outros casos, cumulativamente, a reintegração do direito violado.

Em tese, num Estado em que a organização política se afirme Democrática de Direito é de se esperar que o Poder público cumpra voluntariamente as suas obrigações legais e as decisões condenatórias advindas do Poder Judiciário, porém nem sempre isso se verifica, ou verificando-se, é feito de forma morosa.

O não cumprimento voluntário das decisões do Poder Judiciário deve-se em alguns casos a simples omissão da Fazenda Pública, e a morosidade ocorre, por vezes, devido às imposições legais. A primeira grande barreira atinente à concretização da reparação é o princípio de planejamento orçamental, segundo a qual as receitas públicas e as despesas, bem como os investimento, se fazem segundo planos que podem ser anuais ou plurianuais, servindo de instrumento de controle da Administração Pública quanto ao limite máximo de gastos³⁸⁸.

Neste ponto, pretendemos analisar quais os mecanismos que assistem ao cidadão ante a omissão do poder público em indenizar o cidadão, que em devido processo legal de responsabilização do Estado ganhou esse direito. Deverá apelar apenas ao bom senso do poder público.

O Estado Democrático de Direito impõe a submissão do Estado ao direito e, como corolário, o respeito das decisões do poder judicial, bem como a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Daí que, é assegurado ao cidadão o direito de acesso à justiça, com o fito de obter tutela reparatória ou

³⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, págs. 51-52.

preventiva contra o poder público. Todavia, a garantia constitucional de ação estaria mutilada se não existisse a possibilidade de efetivação e concreção daqueles julgados por forma a viabilizar ao particular recebimento de quantia certa resultante de condenação judicial do Estado³⁸⁹.

Ora, a execução da Fazenda Pública é feita em regime diferenciado a dos particulares. A este respeito Wanderley José Federighi entende que

a fundamentação para a existência de sistema diferenciado de execução dos seu débitos reside na própria natureza da Fazenda Pública, como representante da própria Administração Pública, do próprio Estado (Governo) em juízo, não se podendo permitir que o erário público – até pelo princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos – possa vir a sofrer execução comum com penhora e praxeamento de seus bens³⁹⁰.

De fato, submeter à Fazenda Pública ao mesmo regime dos particulares implicaria prejuízos ao interesse público, em que poderiam ficar sem determinado serviço essencial para a coletividade, por inexistência de meios para a sua persecução, o que comprometeria sobremaneira a continuidade dos serviços públicos.

Há quem negue a qualidade ou natureza de execução à aquela que é movida contra a fazenda³⁹¹. Para enfrentar a questão, importa *prima facie*, estabelecer balizas do que seja processo de execução. Neste prisma, para Enrico Tullio Liebman o processo de execução constitui um conjunto de atos com o escopo de alcançar por meio do processo, a efetivação da sanção imposta³⁹². Já Federighi entende que o processo de execução vai representar *“a relação jurídica, ou modo de tutela jurisdicional, pelo qual o credor consegue a satisfação de seu crédito, oriundo de título executivo judicial ou*

³⁸⁹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998, pág. 57

³⁹⁰ FEDERIGHI, Wanderley José. *A Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 16.

³⁹¹ ALALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. Revista dos Tribunais, 1973, p. 250 e s. e FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. Ed., 1984, p. 192 são contrários a natureza de execução propriamente dita a aquela imposta a Fazenda pública.

³⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 4

*extrajudicial, voltando-se, para tanto, contra o patrimônio do devedor*³⁹³”. No processo de execução contra a Fazenda pública o problema reside no fato de o Poder Judicial não efetivar e realizar a sanção, independentemente da vontade do devedor ou contra ela³⁹⁴.

Com efeito, é mister ter uma visão ampla sobre o sentido da efetividade da atuação do Poder Judicial para se compreender a execução, englobando todas as medidas tendentes a satisfação do credor, bem como o cumprimento do julgado como medida executivas³⁹⁵. É neste contexto que apesar das suas peculiaridades, a ação movida contra a Fazenda Pública, reveste a índole de execução.

No ordenamento jurídico brasileiro, a questão relativa à execução da fazenda pública já vinha disciplinada na Constituição Federal de 1934, fruto de certa pressão popular, visto que por falta de disposições sobre a matéria nas constituições anteriores, as decisões judiciais ficavam a mercê da vontade dos titulares dos órgãos de administração e à força política do credor³⁹⁶. Posteriormente, veio a ser disciplinada nas Constituições Federais de 1937 (art. 95), 1946 (art. 204), 1967 (art. 112), na emenda Constitucional de 1969 (art.117).

A atual Constituição Federal do Brasil de 1988, não fugiu a regra, e por forma a concretizar o direito constitucional de ação estabelece o artigo 100º que “(...) os pagamentos devido a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária far-se-ão exclusivamente em ordem cronológica da apresentação dos precatórios, e a conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentais e nos créditos adicionais abertos para esse fim”.

A disposição constitucional ecoa no Código de Processo Civil, onde nos artigo 730º e 731º repete parcialmente aquele comando supracitado. Assim,

³⁹³ FEDERIGHI, Wanderley José. *Ob. cit.* pág. 44

³⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Da Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986, pág. 39.

³⁹⁵ *Idem*

³⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Ob. cit.* pág. 33

tendo já título líquido de execução, evidentemente, após o impulso processual³⁹⁷, a Fazenda Pública será citada para opor embargos³⁹⁸ no prazo de 10 dias (art. 730). Não sendo oferecidos embargos, o juiz requisitará pagamento por meio do presidente do Tribunal competente, sendo o pagamento feito na ordem de apresentação de precatório e a conta do respectivo crédito (inciso I e II, do art. 730).

O precatório (*precatoriu(m)*, *precor – pedir, rogar, solicitar*) é o ato pelo qual o juiz requisitará, ao tribunal que caso houvesse recurso o teria julgado (Tribunal competente), a ordem de pagamento do crédito devido³⁹⁹. Com efeito, os precatórios judiciais apresentados até ao dia 1º de Julho, deverão constar do orçamento da instituição condenada, por forma a que seja paga até ao final do exercício financeiro seguinte (§ 1, do art. 100 da CFB/88).

Greco Filho salienta que, a não inclusão no orçamento pode ser remediada mediante suplementação de verbas, porém, considera ser fundamental a sua inclusão para que a Administração tenha planejado tal verba como despesa certa e necessária, dentro de um orçamento equilibrado e da previsão global de receita⁴⁰⁰.

Sendo o credor preterido no pagamento o magistrado que emitiu a ordem do pagamento poderá ordenar sequestro de quantia necessária para satisfazer a reparação do dano verificado na esfera jurídica do cidadão. Este sequestro, segundo Cahali, proceder-se-á sobre as rendas da Fazenda Pública⁴⁰¹. Ora, levanta-se a questão de saber qual a natureza do seqüestro. Respondendo a esta indagação Greco Filho de forma peremptória afirma que *“tem natureza cautelar porque sua finalidade é recompor a ordem dos pagamentos e não natureza executiva, as satisfativa, do credor preterido,*

³⁹⁷ O impulso processual é dado pela parte interessada, no caso vertente o cidadão que com êxito viu em sentença judicial o Estado ser condenada a reparar os danos causados em sua esfera judicial.

³⁹⁸ VIENA, Juvêncio Vasconcelos. *Ob. cit.* pág. 108-109 assinala que os *“embargos não têm a mesma natureza jurídica de contestação. Não são uma simples “resposta” do devedor. Sua natureza jurídica é uma verdadeira ação cognitiva desconstitutiva do processo de execução, um instrumento processual com alma de ação e corpo de ação.”*

³⁹⁹ *Idem.* Pág. 115-116.

⁴⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Ob. cit.* pág. 87

⁴⁰¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado. ob. cit.* pág. 210

*porque não se decidi in casu se o credor preterido é o primeiro da fila*⁴⁰²”, posição da qual perfilhamos. Importa realçar que as autarquias e demais pessoas de Direito Público respondem com o seu patrimônio. Ademais, o seqüestro pode ser requerido por qualquer dos credores preteridos, sem que seja necessariamente o primeiro da fila.

Em Moçambique, as anteriores constituições vigentes (1975 e 1990) em nada dispunham sobre a concretização dos julgados contra a Fazenda Pública. A constituição atual (CRM/2004) seguiu a mesma linha sendo omissa quanto à questão, limitando-se a referir no artigo 215º que *“as decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e demais pessoas jurídicas e prevalecem sobre as demais autoridades”*.

Contudo, a Lei 9/2001 de 7 de Julho (Lei do Contencioso administrativo) disciplina nos artigos 164º e seguintes, o processo de execução da Fazenda Pública. O ritual para a concretização da reparação é bem distinto do estipulado no Direito Brasileiro. Transitada em julgado a decisão condenatória do Estado moçambicano, este deve adotar ou praticar, conforme o caso, atos jurídicos ou operações materiais, necessárias à reparação do dano, bem como a reintegração da ordem jurídica violada⁴⁰³.

Nos casos de pagamento de quantia certa, caso haja falta de verba orçamental para o cumprimento imediato da sentença, o poder público poderá fundamentadamente invocar, esta circunstância como causa de inexecução da sentença condenatória, cabendo a este garantir a inserção da despesa no orçamento do exercício financeiro seguinte (como subjaz da análise do art. 167 e 168, da Lei 9/2001).

Ora, caso o órgão do Estado não adote medidas conducentes a efetivar a reparação do dano causado, a justiça administrativa poderá lançar mão a medidas compulsória que recaem, diretamente, sobre o titular do órgão que devia ordenar o cumprimento. Esta medida consiste na responsabilização

⁴⁰² GRECO FILHO, Vicente. *Ob. cit.* 92

⁴⁰³ Art. 164 da Lei do Contencioso administrativo em Moçambique, Lei nº 9/2001

pessoal do titular⁴⁰⁴ do órgão público, podendo pagar uma multa de 25% a 100% do salário mínimo nacional, por cada dia de atraso no cumprimento da decisão⁴⁰⁵. Outrossim, o descumprimento deliberado pelo titular do órgão de poder público constitui nos termos do número 2º do artigo 179, da Lei 9/2001, crime de desobediência qualificada.

No que tange à reintegração de determinado direito violado, importa realçar que as únicas causas legítimas, para o não cumprimento da decisão é a impossibilidade de execução ou se o cumprimento da decisão acarretar graves prejuízos para o interesse público (artigo 165, da Lei 9/2001), o que levanta a questão da ponderação de princípios, e se poderá contrapor no caso *sub judice* o interesse público aos direitos fundamentais do cidadão. Enfrentaremos esta questão no ponto a seguir.

4. Teoria da ponderação de princípios: conflitos de direitos fundamentais

Como acima referimos, a reintegração de determinado direito violado com o fito de concretizar a reparação, poderá esbarrar no interesse público, bem como em determinadas situações, podem ainda existir conflitos de direitos fundamentais. Diante deste quadro, importa analisar se sempre deverá prevalecer o princípio da supremacia do interesse público, ínsito naquele dispositivo legal. E qual a solução em casos de conflito de direitos fundamentais.

⁴⁰⁴ É interessante o espírito do legislador que não lança medidas contra órgão ou patrimônio do órgão que lesou os direitos fundamentais do cidadão, mas sim contra o titular que não cumpre a decisão. Ademais, esclarece no número 3, do artigo 175 que em casos de órgão colegiais a medida compulsória não é aplicável aos que votaram a favor do cumprimento, o que demonstra esta ideia de individualizar o máximo possível a responsabilidade. Diferentemente do que ocorre no Brasil não existe a possibilidade de se ordenar o seqüestro de valor para cobrir a reparação.

⁴⁰⁵ art. 175, da Lei do Contencioso administrativo em Moçambique, Lei nº 9/2001

Ora, não restam dúvidas que a Administração pública na sua atuação deve prosseguir o interesse público, que Celso Antonio Bandeira de Mello influenciado pela doutrina Italiana, principalmente Renato Alessi, distingue em interesse público propriamente dito, ou designado de interesse primário, e interesse secundário. Sendo estes relativos ao interesse do próprio aparato estatal enquanto entidade personificada e aqueles relativos à sociedade como um todo, são os interesses coletivos que a administração deve prosseguir⁴⁰⁶.

No entanto, aduz o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho que o interesse público é *“a parcela coincidente de interesse dos indivíduos enquanto membros da coletividade”*⁴⁰⁷, que visto deste modo poderá, em grande medida, levar a confluência entre este e os direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que, apesar destes terem valor intrínseco independentemente da dimensão coletiva, a sua promoção e proteção favorece o bem-estar de toda a sociedade⁴⁰⁸.

De fato, com a consagração do Estado Democrático de Direito e a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a categoria de guia de toda ordem jurídica, a atuação da administração pública deve responder aos ditames deste, por forma a representar os interesses de toda a coletividade. Neste sentido, Pietro Perlingieri salienta que o interesse público não pode ser visto *“como superestrutura burocrática e superindividual, mas como síntese e atuação equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos”*⁴⁰⁹. Assim, Sarmiento assevera que

⁴⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. cit.* pág. 91-92

⁴⁰⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A Noção Jurídica de Interesse Público No Direito Administrativo Brasileiro*, “in” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (orgs.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pág. 91.

⁴⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional* “In” SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 81.

⁴⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.* pág. 285

para um Estado em que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público.⁴¹⁰

Depreende-se, assim, que o interesse público abarca interesses objetivamente privados como os coletivos, como de forma peremptória afirma Gustavo Binenbojm *“a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração pública”*⁴¹¹, que na atmosfera do Estado Democrático de Direito, passa pela proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Apesar de existir, por um lado, esta convergência entre interesse público e os direitos fundamentais dos cidadãos, por outro, existem situações de colisão e antagonismos, pois, embora o direitos fundamentais fazem parte do conteúdo do interesse público, eles não o esgotam, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode impor algumas restrições a dimensão subjetiva, casos em que se vai impor, em prol do interesse público⁴¹².

Antes de analisar o tratamento doutrinário destas situações importa, *prima facie*, apresentar, de forma sucinta, a distinção entre regras e princípios. É doutrina assente que os princípios, assim como as regras configuram normas⁴¹³. Vários tem sido os critérios usados pela doutrina para distinguir regras e princípios⁴¹⁴, contudo vamos nos ater ao critério qualitativo de distinção proposto por Alexy. Com base neste critério ensina que

⁴¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, pág. 83.

⁴¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo* *“In”* SARMENTO, Daniel (Org.). *ob. cit.* pág. 148.

⁴¹² HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pág. 335.

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 87.

⁴¹⁴ Robert Alexy elenca alguns desses critérios tradicionais usados na tentativa de definir regras de princípios, como é o caso do critério da generalidade, a determinabilidade dos casos de aplicação, dentre outros. *Ob. cit.* pág. 86-90.

os princípios são(...) mandatos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas⁴¹⁵.

Como se pode depreender, os princípios impõem que os fins determinados pelo comando normativo sejam realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas referem-se a circunstâncias reais, enquanto que as possibilidades jurídicas referem-se aos enunciados normativos que estabelecem limitantes jurídicas, isto é, as regras e princípios que consagram soluções opostas.

Por outro lado, as regras são normas que apenas podem ser observadas ou não, pois as regras já comportam as previsões tanto fáticas como jurídicas, e como tal, quando válidas deve-se cumprir as suas prescrições⁴¹⁶. No mesmo diapasão, Dworkin atribui as regras a lógica de incidência de tudo-ou-nada. Se os fatos que uma regra enuncia se verificam, então a regra é válida, e deve ser aceita no caso em que se aplica, ou ela não é válida nos casos em que ela não contribui em nada para a decisão⁴¹⁷.

Em atenção à distinção supra, o conflitos de regras resolvem-se mediante a introdução de uma exceção. Sendo impossível eliminar tal conflito por esta via, uma das regras deve ser declarada inválida com base nos critérios da hermenêutica jurídica⁴¹⁸. No que tange a colisão dos princípios a solução será diversa, será feita mediante sopesamento ou ponderação dos princípios conflitantes para que possam ser realizados na maior medida possível⁴¹⁹.

Ora, relativamente a nossa indagação, importa realçar que uma parte da doutrina, como é o caso de Gustavo Binbenbojm, entende que ``o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído

⁴¹⁵ *Idem*, pág. 90

⁴¹⁶ *Idem*, pág. 91

⁴¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6th ed. Londres: Duckworth, 1991, pág. 39-43.

⁴¹⁸ ALEXY, Robert. *Ob. cit.* págs. 91-92

⁴¹⁹ *Idem*, pág. 93-99.

*pela constituição inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual*⁴²⁰”. Esta visão encontra-se ancorada na ideia de que o princípio da supremacia do interesse público constitui uma cláusula geral de supressão dos direitos fundamentais, como indica Paulo Ricardo Schier ao referir que a

a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos e liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo que é tocado⁴²¹.

Na mesma linha doutrinária Daniel Sarmento afirma que *“não seria possível instituir por lei, nem muito menos reconhecer, à falta dela, a existência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais, baseada na supremacia do interesse público*⁴²²”. Ademais, o referido autor considera tal princípio incompatível com o princípio da proporcionalidade, importante parâmetro de aferição das restrições aos Direitos Fundamentais, na mediada em que vai otimizar a proteção dos bens jurídicos em confronto⁴²³.

No entanto, Di Pietro criticando abertamente os posicionamentos acima citados, esclarece que desde longa data, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público exige que se observe os ditames do princípio da razoabilidade, que implica a ponderação adequada entre os *meios* e *fins* (referentes ao interesse público), e mesmo o poder de polícia da qual subjaz o princípio da supremacia do interesse público, caracteriza-se pela *necessidade*,

⁴²⁰ *Ob. cit.* pág. 149

⁴²¹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*. SARMENTO, Daniel (org.). *ob. cit.* pág. 218-219.

⁴²² SARMAENTO, Daniel. *Ob. cit.* pág. 98

⁴²³ *Idem*, pág. 99-100

*eficácia e a proporcionalidade*⁴²⁴. Dai que Hachem refere que não existe *uma suposta cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais*, abstratamente considerada, decorrente do princípio de supremacia do interesse público, que seria capaz de autorizar toda e qualquer limitação a tais direitos⁴²⁵. Assim, na sua atuação a administração deve agir em respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, que configuram o núcleo do interesse público.

O caminho apontado pela CRM/2004 vem estipulado nº 1, do artigo 249 ao estabelecer que *“A Administração Pública serve o interesse público e na sua atuação respeita os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos”*. Nesse passo, entendemos nós na concretização da sanção, diante do conflito entre reintegração de direitos violados e o interesse público deve sempre existir um sopesamento e ponderação entre os valores envolvidos.

5. Direito de regresso contra o agente causador do dano

Concretizada a reparação do dano sofrido pelo cidadão, o Estado poderá deflagrar ação regressiva contra o funcionário que deu azo a responsabilização civil.

No direito brasileiro, nos casos em que o Estado é condenado por danos decorrentes de lesão aos direitos fundamentais, sem culpa ou dolo dos órgãos ou agentes estatais, a oneração é imposta ao patrimônio estatal de forma definitiva. Todavia, verificando-se uma ligação psicológica entre a conduta danosa e o agente estatal que o praticou (culpa ou dolo), assiste ao Estado direito de regresso sobre este. Isto decorre por força da consagração de um regime de responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente, determinado pela Constituição Federal Brasileira no artigo 37, § 6 *in verbis*:

⁴²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público* “in” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (org.), *ob. cit.* pág. 217.

⁴²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Ob. cit.* pág. 336.

“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 direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Subjaz como requisitos para verificação do direito de regresso, a condenação da Fazenda Pública para indenizar o administrado por ato lesivo do seu agente, bem como que o agente tenha agido com dolo ou culpa, devendo apurar-se a sua culpabilidade segundo critérios do direito comum⁴²⁶.

No direito moçambicano, como temos vindo a ressaltar, o legislador adotou a responsabilidade subjetiva do Estado como regra, estatuidando no nº 2, do artigo 58º da Constituição da República de Moçambique que *“O Estado é responsável pelos danos causados por atos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei”*. A par dos outros pressupostos desta figura, a ilicitude do ato e a culpa do agente são elementos chave para imputação da responsabilidade ao Estado, o que torna o agente, sempre, responsável regressivamente.

Pautados os contornos e os pressupostos para se acionar o direito de regresso contra o agente causador do dano nos dois ordenamentos jurídicos que tem servido de referência a nossa análise, coloca-se a questão de saber se o cidadão em que teve a sua dignidade lesada, se o quiser pode optar por demandar o agente estatal, ou solidariamente o Estado e o agente, ou este apenas responde perante o Estado em ação de regresso.

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello entende que *“o vitimado é quem deve decidir se aciona apenas o Estado, se aciona conjuntamente a ambos, ou se aciona unicamente o agente”*⁴²⁷. Assim, só se estaria em face de Responsabilidade Estatal quando o lesado demandasse o Estado ou de forma solidária com o agente, como bem assinala Weida Zancar Brunini que

⁴²⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. ob. cit. pág. 215

⁴²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. cit.* pág. 1034.

quando se diz que o administrado, se o quiser pode, apenas e tão-somente, acionar o funcionário ou então acionar o Estado. Temos aí duas situações, na primeira não há propriamente responsabilidade do Estado, pois o ressarcimento é logrado pelo direito civil⁴²⁸.

No entanto Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que não se vislumbra do texto do preceito constitucional qualquer impedimento para que o lesado demande diretamente o agente, pois tratando-se este de sujeito de direito responde pelos seus atos ilícitos que violam e causa danos a outrem⁴²⁹, no âmbito próprio da responsabilidade civil comum, sem emergir direitos e deveres na esfera jurídica do Estado. Brunini entende que em face do preceito constitucional o administrado deve acionar o poder público e não o agente, visto que este só responde ante a administração se tiver procedido com culpa⁴³⁰. Todavia a autora admite que no direito brasileiro, nada obsta que o lesado demande o agente faltoso, porém adverte que *“ariscar-se-ia, assim, a vítima, a não obter sua indenização, caso o patrimônio do agente não fosse suficiente para tornar o lesado indene”*⁴³¹, na mesma esteira entende Bandeira de Mello que sem hesitação reconhece que

a garantia de reparação do lesado simplesmente através do patrimônio do funcionário causador do dano não dá ao administrado toda a proteção necessária para acobertá-lo contra agravos que possam resultar do poder público⁴³².

Neste prisma, a *ratio do* legislador constituinte, tanto de Moçambique como o da República Federativa do Brasileiro, é de atribuir ampla proteção ao administrado, colocando o patrimônio estatal como garantia de reparação dos danos, daí que o estado deve suportar o dano e só depois em ação regressiva obtém ressarcimento do agente causado. Isso ocorre, porque a consagração

⁴²⁸ BRUNINI, Weida Zancar. *Ob. cit.* pág. 62-63

⁴²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. cit.* pág. 1037

⁴³⁰ BRUNINI, Weida Zancar. *Ob. cit.* pág. 62

⁴³¹ *Idem*, pág. 63.

⁴³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. cit.* pág. 1035.

do princípio geral da responsabilidade civil não tem o fito de proteger os agentes causadores dos danos das demandas dos particulares, mas sim de tutelar, de forma ampla, os prejuízos causados pelo poder público⁴³³.

Face ao acima exposto entendemos que, apesar de não estar vedada a possibilidade do lesado demandar o agente diretamente, exigindo deste reparação dos danos causados, o espírito dos referidos preceitos constitucionais demonstra que o legislador, como afirma Hely Lopes Meirelles, *“separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”*⁴³⁴, visto que a conduta lesiva vai ser praticada, conquanto, o ofensor esteja revestido da qualidade de agente do Estado. Assim, em inúmeros casos seria difícil ao lesado, desconhecedor de toda uma máquina burocrática estatal, individualizar a culpa a este ou aquele funcionário. Esta situação, na cultura jurídica brasileira fica evidente quando se enfrenta o problema da denunciação à lide. Indaga-se se o Estado deve denunciar a lide na ação movida pelo lesado, ou esperar que se resolva para que posteriormente proponha uma ação regressiva para obter ressarcimento do valor pago por conduta ilícita do seu agente.

O Ministro Luis Fux em seu voto no processo AgRg no Recurso Especial Nº 1.149.194 - AM (2009/0134655-1) sobre responsabilidade civil do Estado em que versam os autos agravo de instrumento interposto pelo Estado do Amazonas, em face da decisão monocrática que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Cintia Cristina Albuquerque Figueiredo, que indeferiu a denunciação à lide da Universidade Federal do Amazonas e da Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões para comporem a relação processual, referiu que

A denunciação à lide na ação de indenização fundada na responsabilidade extracontratual do Estado é facultativa, haja vista o direito de regresso estatal restar resguardado ainda que seu preposto, causador do suposto dano, não seja chamado a integrar o feito.

⁴³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. cit. pág. 1037.*

⁴³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit. pág 539.*

De resto este tem sido o entendimento pacífico do STJ⁴³⁵. Porém, face a esta questão, Brunini é expressamente contrária a denúncia da lide pelo Estado, sustentando que

numa ação impetrada pelo lesado, através da teoria objetiva, mesclar-se-ia, a nosso ver, na ação que era exclusivamente objetiva, elementos peculiares à teoria subjetiva, posto haver exame da ocorrência ou não de culpa na relação Estado-funcionário⁴³⁶.

Diante desta posição Celso Antonio Bandeira de Mello é categórico ao afirmar que *“revendo posição anteriormente assumida, estamos em que tem razão Weida Zancaner ao sustentar o descabimento de tal denúncia”*⁴³⁷ e sustenta sua posição nas palavras incisivas da autora ao concluir que

procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que esta dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho a vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito⁴³⁸.

No mesmo sentido, entende Bacellar Filho que, numa análise ao preceituado no artigo 70, III do CPC brasileiro, considera que não é aplicável a denúncia da lide em processos que envolvam a responsabilização objetiva do Estado ou das pessoas jurídicas de Direito Público prestadoras de serviço

⁴³⁵ Confira-se os processos REsp 537.688/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2.5.2005; AgRg no Ag 731.148/AP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 220; EREsp 313886/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2004, DJ 22/03/2004 p. 188, dentre outros.

⁴³⁶ BRUNINI, Weida Zancar. *Ob. cit. pág. 64*

⁴³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ob. cit. pág. 1042*

⁴³⁸ BRUNINI, Weida Zancar. *Ob. cit. pág. 65*

público, estribando-se no fato da constituição apenas exigir como requisito para o direito de regresso, a comprovação de dolo ou culpa do agente⁴³⁹.

Como se pode depreender, os autores supracitados são unânimes em aceitar que cabe ressarcir os prejuízos sofridos pelo cidadão da maneira menos penosa, o que compadece com o espírito do legislador de fazer incidir primeiro a responsabilidade na Fazenda Pública, e regressivamente no agente. Ademais, como temos vindo a sustentar a Responsabilidade Civil do Estado visa garantir tutela do cidadão, em sua dignidade, contra comportamentos lesivos do poder público, não sendo por isso consentâneo com o espírito do preceito constitucional a opção em demandar diretamente o agente, nos termos da responsabilidade civil comum, por danos causados no exercício da atividade estatal, ou com rigor normativo, revestido da qualidade de agente do Estado.

⁴³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. ob. cit. pág. 199.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de Estado Democrático de Direito se articula com o objeto da nossa pesquisa, pois resulta do entrosamento entre a soberania do Estado e os direitos dos particulares, antes tidos como pertencentes a polos antagônicos. É inegável que a sua construção exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado e se encontra umbilicalmente ligado à concretização e proteção dos direitos fundamentais estribados na noção de dignidade da pessoa humana. Dessa articulação emergem os fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado.

A responsabilidade civil do Estado é, portanto, corolário da submissão do Poder Público ao direito, e conseqüente atribuição de uma esfera de direitos e deveres. Igualmente, constitui uma importante garantia dos cidadãos ante a atividade estatal lesiva aos seus direitos, no geral, e em particular aos direitos fundamentais.

A responsabilidade civil do Estado teve a sua gênese no Direito Privado, mas ganhou novos contornos no Direito Público, onde em face dos privilégios do Poder Público estabeleceu-se uma proteção especial ao cidadão de índole objetiva. Todavia, ainda mantém pontos de contato com a sua origem no Direito Privado, mormente, no que tange ao estabelecimento do nexu causal e a classificação e avaliação dos danos.

A par disso, dissertamos ao longo do trabalho, que todos três poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) são suscetíveis de causar danos injustos a um cidadão ou grupo de cidadãos, por isso, defendemos que a aplicação da responsabilidade civil do Estado não se deve restringir aos atos da Administração Pública, mas deve ser extensiva aos atos judiciais e aos atos legislativos.

Nesse passo, de forma efetiva estariam garantidos os ditames do princípio da igualdade e da solidariedade que impõe a repartição do ônus a

todos os membros da coletividade, evitando que o dano causado no âmbito da atividade judicial ou legislativa, cujo interesse é geral, seja suportado apenas por um cidadão ou grupo de cidadãos.

Essa primeira ilação, ainda que evidente na realidade jurídica brasileira, onde quase que de forma unânime a doutrina aceita, constitui um grande desafio para os cultores e aplicadores do Direito em Moçambique, que ainda não ultrapassaram o dogma da responsabilidade subjetiva, nem acolheram a ideia de que a simples consagração do Estado Democrático de Direito implica a responsabilização de todos os atos danosos do Estado (administrativos, judiciais e legislativos), desde que se verifique o liame causal entre estes e o prejuízo sofrido pelo cidadão.

Esta consideração ganha acuidade, tratando-se de danos decorrentes de lesão aos direitos fundamentais, na medida em que um dos fundamentos e princípios orientadores do Estado moderno é a dignidade da pessoa humana, cuja constitucionalização ocorreu após a segunda Guerra Mundial e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana foi, de forma expressa, erigida à princípio orientador e um dos fundamentos do Estado Federal (CFB/88, art. 1º, inc. III) e no caso moçambicano, a sua promoção e defesa constitui um dos objetivos fundamentais do Estado (CRM/2004, art. 11, al. e).

Ora, a dignidade da pessoa humana é um princípio aberto, e que de acordo com o momento histórico vai constituir fonte de conteúdo e justificação dos direitos fundamentais, a sua lesão pode acarretar danos na esfera patrimonial, bem como na esfera moral.

A jurisprudência moçambicana e brasileira tem sido controversa quanto à avaliação do dano moral, estando ancorada, em critérios subjetivos de avaliação, como são os casos do grau de culpabilidade do ofensor, a condição socioeconômica da vítima e do ofensor, que evidenciam a natureza punitiva e compensatória da indenização dos danos morais adotada no direito e na prática dos Tribunais destes dois países.

Importa ressaltar, que no âmbito de danos morais decorrentes de lesão à dignidade da pessoa humana, ater-se à condição socioeconômica da vítima é criar uma cratera para a ocorrência de flagrantes injustiças, na medida em que somos todos iguais em dignidade, marca indelével do ser humano, daí que não se pode atribuir maior ou menor valor indenizatório de acordo com a condição social da vítima.

Ademais, entendemos que não se deve ater à situação econômica do ofensor na responsabilidade em apreço, por se tratar do Estado, bem como a indenização não deve estar calcada no grau de culpabilidade do agente, pois torna-se injusto reparar minimamente um dano gravíssimo, causado por um agente apenas porque atuou com culpa levíssima.

A esse respeito, Moraes defendendo a separação entre amplitude de dano e grau de culpa, afirma que *“com absoluta independência do grau de culpa do agente, caberia sempre indenizar toda a extensão do dano, mesmo sendo culpa levíssima causadora de dano gravíssimo”*⁴⁴⁰.

Por outro lado, sendo, no caso brasileiro, a responsabilidade objetiva, basta à demonstração do nexo causal entre a conduta lesiva e o dano, para se indenizar toda a extensão do dano independentemente do grau de culpa do agente. Neste diapasão, entendemos que se deve dar primazia a extensão do dano na esfera jurídica da vítima, e só assim se pode oferecer adequada reparação a danos decorrentes de lesão a dignidade da pessoa humana.

No entanto, efetuada a reparação pela Fazenda Pública, no direito moçambicano o Estado tem sempre direito de regresso sobre o agente causador do dano, dado o caráter subjetivo da responsabilidade, enquanto que no Brasil, este direito é assistido apenas nos casos de dolo ou culpa do agente público, daí que tem se entendido que não pode ocorrer a *denúnciação à lide*, para evitar que se examine em mesmo processo, aspectos de responsabilidade objetiva e subjetiva.

⁴⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob. cit.* pág. 296

Outrossim, depreende-se da presente pesquisa que a responsabilidade civil do Estado, num regime democrático, é um importante remédio constitucional contra os danos decorrentes de lesão aos direitos fundamentais, como se verificou no inusitado acórdão nº 89/2012, do processo nº 214/2010-1ª da primeira seção do Tribunal Administrativo moçambicano, em que o Estado moçambicano foi responsabilizado civilmente, pela violação do direito à vida de um menor, atingido por disparo de arma de fogo efetuado por um agente da PRM, durante uma manifestação popular.

Contudo, a responsabilidade civil do Estado ainda está longe de ser, efetivamente, compreendida pelo legislador moçambicano e pela Justiça Administrativa Moçambicana, bem como pelos cidadãos moçambicanos, em que muitas vezes, ao invés de lançarem mão ao instituto em apreço para obter reparação dos danos causados por conduta ilícita dos agentes do Estado, como em casos de prisões arbitrárias, prisão para além do tempo da condenação, mortes em presídio, violência policial, restrições ilegais ao direito de propriedade e outras violações, preferem imputar a falta de sorte ou ao risco do destino, daí que, se o presente trabalho tiver contribuído, ainda que de forma singela, para a reversão deste quadro, terá atingido o seu objetivo.

Esse conjunto de considerações aponta para a progressiva responsabilização civil do Estado e para a superação de novas e antigas questões atinentes a responsabilidade civil do Estado, com o escopo último de ampliar a proteção ao cidadão.

BIBLIOGRAFIA

Bibliografia citada

1. ALESSI, Renato. **La responsabilità della pubblica amministrazione**. 3ª ed. Milão: Giuffré, 1955.
2. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.
3. ARAUJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
4. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
5. ARISTÓTELES. **A Política**. 4ª ed. São Paulo: ATENA. 1955.
6. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.
7. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
8. _____ . **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005 .
9. _____ . **A Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro**, ``in`` BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (orgs.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
10. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras**

- de serviço público** "in" A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Curitiba: Juruá, Ano 2, número 9, 2002.
11. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
 12. _____. **Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos Administrativos** "in" Revista dos Tribunais. Ano 70, vol. 552, 1981
 13. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003
 14. BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de Indenizar e a determinação da responsabilidade civil por Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
 15. BELAVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956
 16. BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo** "In" SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
 17. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
 18. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.
 19. BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela dos Direitos Fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, Administrativa e Internacional**. Coimbra: Almedina, 2010.
 20. BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**. 2ª Ed. Rosario: ORBIR, 1967.
 21. BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

22. BUERES, Alberto J.. **El Daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona general.** .
`in` Revista de Derecho Privado Y Comunitario. *Daños a la Persona*.
Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, volume 1, 1995, páginas 237-259.
23. CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais: Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.
24. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
25. _____. **Dano Moral.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
26. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 5ª ed. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1992.
27. CASAILLO, João. **Dano a Pessoa e sua indenização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
28. CARVALUCCI. Aída Kemelmajer De. **El Daño a la persona. Sirve AL derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudência italiana?** .
`in` Revista de Derecho Privado Y Comunitario. *Daños a la Persona*.
Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, volume 1, 1995, páginas 69-100.
29. CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
30. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001.
31. _____. **Fundamento dos Direitos Humanos.**
São Paulo, 1997, disponível em
<http://www.iea.usp.br/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>
32. COSTA, Pietro. DANILLO, Zolo (organizadores). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
33. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações.** 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
34. CORDEIRO, Antonio Menezes. **Estudos de Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 1991.

35. CRETELA JUNIOR, José. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.
36. _____. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, Volume 8, 1970.
37. DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
38. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: ATLAS S. A, 2003.
39. _____. **O princípio da supremacia do interesse público** ``in`` BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (org.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
40. DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, Voume 2, 1997.
41. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, volume 7, 2003.
42. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Londres: Duckworth, 6ª ed, 1991.
43. FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
44. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984
45. FARIA, Jorge Leite Areais de Ribeiro de. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, Volume I, 2001.
46. FEDERIGHI, Wanderley José. **Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994.
47. _____. **A Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Saraiva, 1996.
48. FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos**. São Paulo: Unesp, 2001.
49. GRECO FILHO, Vicente. **Da Execução Contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Saraiva, 1986.

50. HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: Unesp, 2012.
51. HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
52. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
53. ITURRASPE, Mosset; PICASO, Díes; et all. **Daños**. Buenos Aires: Depalma, 1991.
54. ITURRASPE, Mosset. **El Daño fundado en la dimension Del hombre em su concreta realidad**. ``in`` Revista de Derecho Privado Y Comunitario. *Daños a la Persona*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, volume 1, 1995, páginas 9-39.
55. JORGE. Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1995.
56. QUADROS, Fausto de (Cord.). **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1995.
57. KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini, São Paulo: EDIPRO, Edições Profissionais Ltda, 2003.
58. Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fonte, 2006.
59. KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
60. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações: Introdução da Constituição das Obrigações**. Coimbra: Almedina, vol. 1, 2006.
61. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1980.
62. LUÑO, António E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. Madrid: TECNOS, 1995
63. MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: AIDE, , 1997.
64. MEDEIROS, Rui. **Ensaio Sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

65. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
66. MENEGALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e ciência da administração**. 3ª ed. 1957
67. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações: Introdução da constituição das Obrigações**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006
68. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
69. MIRANDA, Pontes De. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
70. MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
71. _____ . **Responsabilidade Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Lda, 1996.
72. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
73. _____ . **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo** ``in`` SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2006.
74. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.
75. PALAZZO, José Luis. **Responsabilidad Extracontractual Del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1995.
76. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007.
77. PERREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
78. PEREIRA, M. S. D. Neves. **Introdução ao direito e as obrigações**. Coimbra: Almedina, 1992.

79. PIOVESSAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
80. _____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006
81. _____. **Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional** ``in`` LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009
82. PIZARRO, Ramón Daniel; ROITMAN, Horacio. **El Daño moral y la persona jurídica**. ``in`` Revista de Derecho Privado Y Comunitario. *Daños a la Persona*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, volume 1, 1995, páginas 215-235.
83. PONZANELI, Giulio. **La responsabilità civile: Profilli di diritto comparato**. Bolonha: Società editrice Il Mulino, 1992.
84. RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional Por violações de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis**. *Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
85. _____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
86. _____. **Direitos Humanos em Juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
87. _____. **Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos sistemas de apuração de violação dos Direitos Humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

88. REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
89. RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
90. SAAD, Renan. **O ato ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado: Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Lda, 1994.
91. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
92. _____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
93. _____(Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2006.
94. _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
95. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça** ``in`` Revista crítica de ciências sociais, número 21, 1986, pág. 11-37.
96. _____. **Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos**. 2001, disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF
97. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral indenizável**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2001.
98. SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional** ``In`` SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses*

Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.
Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

99. SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o regime Jurídico dos Direitos Fundamentais.** SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
100. SESSAREGO, Carlos Fernández. **Protección a la persona humana** ``in`` ANDORNO, Luis. CIFUENTES, Santos, et all. *Daño y protección a la persona humana.* Buenos Aires: La Rocca, 1993
101. SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.
102. SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e a sua Reparação.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
103. _____. **Responsabilidade sem culpa.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
104. SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos Judiciários e Legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público.** São Paulo: Saraiva, 1985.
105. TÁCITO, Caio. **Responsabilidade do Estado por dano moral** ``in`` Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 197. jul./set. 1994.
106. TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações.** 6ª ed. Coimbra: Coimbra, 1989.
107. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral.** 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
108. TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
109. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.
110. VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral.** Coimbra: Almedina, Vol. I, 1996.

111. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1998.

Bibliografia Consultada

1. ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
2. ALALIBA, Geraldo. **Empréstimos públicos e seu regime jurídico**. Revista dos Tribunais, 1973.
3. AMARAL, Diogo Freitas de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, volume 1, 2002.
4. AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade Civil por Dano à Honra**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
5. ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano Moral à pessoa e sua valoração**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
6. ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
7. BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
8. CAETANO, MARCELO. **Manual de direito Administrativo**. 7ª ed. Lisboa: Coimbra, 1965.
9. _____ **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

10. CHERMONT, Leane Barros Fiuza de Mello. **Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente**. Belém: Paka-Tatu, 2003.
11. COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos: Lições de História da Democracia**. Curitiba: UFPR, 2012.
12. DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2nd Edition. New York: Cornell University Press, 2002.
13. DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
14. FERREIRA, Pinto. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2º Volume, 1975.
15. FLORES, Joaquím Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Flórida nópolis: Fundação Boiteux. 2009.
16. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade Civil do Estado – Juiz**. Curitiba: Jurua, 1995.
17. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
18. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
19. HOBBSBAWM, *ERC*. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
20. KANT, Immanuel. **A Crítica da Razão Pura**. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
21. LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: SCHWARCZ LTDA, 2009.
22. LASTRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
23. LIMA, Abili Lazaro de Castro. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
24. LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
25. MELLO, Celso de Albuquerque. **Responsabilidade Internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

26. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
27. NASCIMENTO, Tubinamba Miguel Castro do. **Responsabilidade do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
28. NEPOMUCENO, Paulo Polly. **A integral reparação do dano: custas, honorários e correção monetária**. Rio de Janeiro: Rio, 1972.
29. NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999.
30. PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
31. ROUSEAU, Charles. **Derecho Internacional Publico**. Barcelona: Ariel, 1957.
32. SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Letras, 2010.
33. SERANO JUNIOR, Odone. **Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Jurua, 1996.
34. STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
35. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
36. TILLY, Charles. **Democracia**. Petrópolis: Vozes, 2013.
37. VALLE, Christino Almeida do. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.
38. VALLE, Numa Pereira. **Da responsabilidade dos Estados segundo o direito internacional, o direito civil e o direito público interno**. São Paulo: s/n, 1925.
39. VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do Dano Moral: controvérsias e perspectivas**. Porto Alegre: Síntese, 2001.
40. ZENUN, Augusto. **Dano Moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ANEXO



REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

PRIMEIRA SECÇÃO

Processo n.º 214/2010 – 1.ª

ACÓRDÃO N.º 89 /2012

Acordam, em conferência, na Primeira Secção do Tribunal Administrativo:

RUTE SILVESTRE MUIANGA, com os demais elementos de identificação constantes dos autos, veio perante esta instância jurisdicional administrativa, “instaurar a presente Acção para a efectivação de Responsabilidade Civil Extracontratual contra o Estado Moçambicano, através do Ministério do Interior, representado pelo Ministério Público, ao abrigo do disposto na alínea b) do artigo 98 conjugado com o artigo 102, ambos da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho”, alegando, essencialmente:

Do objecto da causa

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

1. "Constitui objecto desta causa o dano morte causado ao Finado Elias Rute Muianga pelos actos de gestão pública que consistiram em acções de ordem policial para a manutenção de ordem e segurança pública levado a cabo pelo Estado, através do seu órgão de administração executiva, Ministério do Interior, aquando das manifestações dos dias 1 e 2 de Setembro".

Da legitimidade activa da autora

2. "Sendo a autora mãe do finado em causa, é uma das vítimas directas e que sofreu prejuízos irreparáveis com a morte do seu filho pelos actos de gestão pública do Estado através do Ministério do Interior, por isso, goza de legitimidade activa nos termos do artigo 102 da LPAC"

Da competência jurisdicional do Tribunal Administrativo

3. "A competência do Tribunal Administrativo resulta do facto do objecto da causa emergir de actos de gestão pública policial que causaram a morte do finado. Trata-se de gestão administrativa do Estado na vertente do poder administrativo executivo, no qual o Ministério do Interior usou da sua força pública. Pelo que se trata de dano causado ao particular no âmbito da actividade administrativa do Estado que não se enquadra em nenhum dos limites de jurisdição deste tribunal previsto no artigo 5 da Lei n.º 5/92 de 6 de Maio (Lei Orgânica do Tribunal Administrativo - LOTA)".

2
16/11

4. “Embora tenha sido um acto criminal, este caso não se enquadra no conjunto dos actos relativos à instrução criminal e ao exercício da acção penal previsto na al. C) do artigo supra, na medida em que os actos da Polícia que causaram o dano morte ao finado não foram praticados no âmbito da instrução criminal nem de acção penal. Ademais, a apreciação deste caso porque de natureza administrativa não pertence a outros tribunais, é, pois, um litígio entre particular e a administração pública”.

Dos factos

5. “Na manhã do dia 1 de Setembro do corrente ano, na sequência das manifestações, o finado, cidadão moçambicano e menor de 11 anos de idade, e de nome Elias Rute Muianga foi mortalmente baleado pelos agentes da PRM quando regressava da Escola Primária Maxaquene B, que encerrara cedo em consequência do levantamento popular que se verificou nessa data na Cidade de Maputo. Aliás, a partir de sensivelmente 8:00h dessa data quase todas as instituições de ensino e de trabalho encerraram cedo e os estudantes e trabalhadores obrigados a recolher cedo para casa”.

6. “A Polícia da República de Moçambique (PRM) ou o Ministério do Interior no seu todo, teve conhecimento prévio da intenção da realização da referida manifestação popular e, prometeu, na sua qualidade de força estadual, garantir segurança e ordem pública e apelou pela calma no dia anterior à realização das manifestações, mas não cumpriu com a sua promessa no sentido de evitar que esta tivesse lugar de forma desordenada, tendo saído a rua para remediar a

3
910

situação e atrás do prejuízo que ela própria ajudou a criar quando podia evitar tal situação”.

7. “É o próprio Estado, Ministério do Interior, o responsável pelas vidas perdidas nestas manifestações, na medida em que a Polícia, para além de disparar contra cidadãos inocentes, demonstrou não estar preparada para agir manifestações em respeito aos direitos humanos fundamentais”.

8. “As vidas perdidas, à semelhança da do finado em causa, foram resultados de baleamentos verdadeiros da PRM e não de disparos de borracha. A PRM não se mostrou preparada e usou em várias situações balas verdadeiras, de borracha e gás lacrimogéneo, de forma desordenada para dissuadir o processo das manifestações violentas, criando danos humanos irreparáveis, mas que podia muito bem evitar”.

9. “Assim, o Estado, Ministério do Interior, violou as regras de Direito e de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos ao agir como agiu, matando inocentes através do seu contingente policial, nesses seus actos de gestão pública para a mitigação das referidas manifestações populares desordenadas e anunciada antecipadamente”. Na sua actuação, a “Polícia não só usou balas de borracha e gases sem obedecer a regras elementares de direito e prescritas em vários instrumentos de protecção de direitos humanos de que Moçambique é parte, como também usou balas verdadeiras com recurso a armas do tipo AK-47 violando esses princípios básicos de direitos humanos e, causando elevado número de feridos e

mortos pelos seus actos, incluindo a morte do ora finado”.

10. “Várias são as imagens documentadas pelos órgãos de comunicação social que demonstram claramente que a referida revolta popular em Maputo e Matola foi marcada por uma desmedida reacção policial, na sequência da qual houve mortos, incluindo pelo menos uma criança, o ora finado em causa, e centenas de feridos”.

11. “Não há dúvida que naquela data das manifestações foram os agentes policiais do Ministério do Interior, ou seja agentes da PRM, que, a mando das ordens desta direcção ministerial, se fizeram as armas e dispararam directa e indiscriminadamente balas de borracha e balas verdadeiras contra os cidadãos que estavam na rua, mesmo que não estivessem envolvidos nos actos de revolta”, não havendo, “pois, dúvidas que ora o finado em causa foi vítima de baleamento mortal por parte dos agentes da Polícia, embora ainda não se tenha identificado exactamente o agente que disparou contra o finado”.

12. “O Estado é principal responsável por esses danos pelas razões acima aduzidas e porque cabe a si em primeira linha garantir a protecção e realização efectiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais e, tal como determina a Constituição da República no n.º 2 do artigo 58”: *“O Estado é responsável pelos danos causados por actos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei.”*

5
4/10

13. "O Estado não se dignou ao menos a assumir as despesas fúnebres das vítimas dos seus actos, apesar de ter tido conhecimento do facto por via de comunicação social. Aliás, ainda na data das manifestações os mais altos dirigentes do Estado apareceram na comunicação social endereçaram as suas condolências as vítimas as famílias enlutadas, o que demonstra que já tinham conhecimento da situação e dos danos causados".

14. "Atenta que para estes factos evidentes, a lei não exige prova, dado a sua manifesta clarividência e conhecimento geral. Não há necessidade de provar que naquela data foram os agentes da Polícia que usaram das armas e dispararam mortalmente contra cidadãos, incluindo o finado. É preciso sim, em processo crime, provar quem foi exactamente o agente, o que não é muito relevante para a presente acção, porque é sabido que foram agentes do Estado".

VLP
15. "Fazer depender a responsabilidade civil do Estado da efectiva identificação do agente do Estado e da responsabilidade criminal neste em que se sabe muito bem que foram os agentes da Polícia que tiraram a vida ao finado, é negar a justiça aos cidadãos vítimas de violação dos seus direitos fundamentais e alimentar a impunidade do Estado".

Do direito

16. "Existe extensão da responsabilidade civil da administração pública por acto ilícito culposo e aos casos em que o dano resulte de conduta e actos que

violam as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração pela Administração Pública na gestão das manifestações”.

17. “A actuação policial em casos de desobediência civil deve estar dentro dos padrões estabelecidos na Constituição da República e nos padrões aceites universalmente, garantindo o respeito pela vida e a integridade física dos cidadãos e, sobretudo, o respeito pela dignidade humana, estes padrões e princípios não foram observados *in casu*”.

28. “Tem-se em conta o alargamento constitucional da responsabilidade civil da Administração Pública aos casos em que o dano a indemnizar consista em violação de direitos, liberdades ou garantia do cidadão conforme é o caso”.

“Ademais o Estado violou a sua obrigação de proteger os direitos humanos e particularmente o direito a vida plasmado na Constituição da República, no Pacto internacionalmente dos Direitos Civis e Políticos e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos de que é parte”.

Do Pedido

30. Conclui que “Pelo dano morte causado ao ora finado, ainda que se trate de dano não patrimonial e não susceptível de avaliação pecuniária, mas que tal releva para efeitos, não de compensação, mas para atenuar a dor e sofrimento dos familiares demais vítimas e, demonstrar alguma consideração para com as vítimas e para com a dignidade humana, o Estado,

7
485

através do Ministério do Interior, seja condenado a pagar de indemnização a autora o valor de 500.000,00MT (quinhentos mil meticais), o que inclui os custos suportados com as despesas fúnebres pela família enlutada”.

Citado, o ESTADO MOÇAMBICANO, representado pelo Ministério Público, respondeu, alegando, essencialmente o seguinte:

1. “O Estado e demais pessoas colectivas de direito público são, exclusivamente, responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa é por causa desse exercício” (n.º 2 do artigo 58 da Constituição da República de Moçambique e do artigo 501 do Código Civil). Mas essa responsabilização “pode se verificar quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço definido, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, desde que seja razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”.

2. “Ora, conforme referido nos parágrafos anteriores, *in casu*, devem estar reunidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual indicados no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, ou seja, o facto, traduzido em comportamento activo ou

voluntariamente omissos; a ilicitude, representada na ofensa de direito de terceiros ou na violação de preceitos legais visando a protecção de interesses alheios; a culpa do agente; o dano patrimonial ou moral; e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, segundo o princípio da causalidade adequada”.

3. “A responsabilidade do Estado deve resultar, com mediana clareza, da prova produzida. No caso vertente, não está claro se, efectivamente, foi ou não um agente da polícia que praticou o acto para que o Estado possa ser, solidariamente, obrigado a indemnizar, nos termos do artigo 58 da CRM”, cabendo a A. “fazer a prova do nexo de causalidade entre a acção deste último e o dano sofrido de tal modo que possa concluir que o facto foi causa adequada do prejuízo, juntando, ao menos, um relatório médico que indica as razões que levaram à morte do menor Elias Rute Muianga”.

4. “Quanto ao valor de 500.000,00MT (quinhentos mil meticais) fixado pela A., à título de indemnização, deve, no mínimo, obedecer a critérios legais, fiáveis e objectivos, tendo em conta que a morte não é susceptível de avaliação pecuniária exacta”.

Termina, requerendo que a presente acção ser julgada improcedente, por falta de fundamentos legais.

Tudo visto, cumpre apreciar e decidir conforme o direito.

1. Questões a resolver:

9
EIR

Pelo presente acórdão, pretende-se determinar:

Se o menor Elias Rute Muianga, de 11 anos de idade, filho da Rute Silvestre Muianga, ora requerente, foi mortalmente baleado pelos agentes da PRM, quando regressava da Escola, no dia 1 de Setembro de 2010; e se o Estado pode ser obrigado a pagar à família uma indemnização por esse facto.

2. Factos relevantes para a apreciação da lide:

2.1. Da Informação Anual de 2011 do Procurador-Geral da República à Assembleia da República (Abril 2011), apenso aos presentes autos consta, a folhas 25, que “As manifestações dos dias 01 e 02 de Setembro de 2010, nas Cidades de Maputo, Matola e Chimoio, face ao seu carácter violento, resultaram na perda de vidas humanas, ferimentos e destruição de património público e privado. Uma das vítimas foi uma criança. Com efeito, membros da PRM escálados para garantir a ordem e segurança públicas, por volta das 10.00 horas, na Av. Acordos de Lusaka, alvejaram, mortalmente, um menor de 11 anos de idade, quando regressava da Escola Primária do Bairro Maxaquene B, que havia encerrado cedo, por causa do levantamento” (pág. 25).

2.2. Esta actuação foi referida pelos meios da comunicação social, como, a título de exemplo, se vê dos recortes de jornais juntos aos autos, onde, por baixo das imagens constantes de folhas 70 e 71, pode-se ler, respectivamente: “No lugar onde Hélio Rute, a população mostra cápsulas de balas” e “Hélio Rute, 12, morreu segurando a pasta de livros da escola”.

2.3. Do Laudo de Exame Tanatológico, lavrado pelo Serviço da Medicina Legal do Hospital Central de Maputo, consta, a folhas 27 e 55, que Elias Rute Muianga sofreu na cabeça "Ferida contusa de 0,7cm a nível da região periauricular esquerda a 2,5cm por diante da implantação auricular com halo contuso em relação ao orifício de entrada de projectil de arma de fogo. Fractura da base do crâneo a nível da região parieto temporal com dislaceração cerebral com exposição de fevido encefálico e fragmentos de osso a múltiplas formas em relação com estalido aberto do crâneo por orifício de saída do projectil de arma de fogo". E, a folhas 29 a 29 verso e 57 a 58, conclui:

"1. Que se trata de uma morte violenta.

2. Que segundo a requisição de autópsia da 5.^a Esquadra, foi vítima de disparo por arma de fogo.

3. Que as lesões anatomopatológicas são vitais.

4. Que as lesões foram produzidas por disparo projectil de arma de fogo em lesões a tipo sedal completo a longa distância.

5. Que as causas de morte de Elias Rute Muianga são:

a)- Lesão de centros nervosos superiores.

b)- Dislaceração cerebral.

c)- Disparo de projectil de arma de fogo".

6. Que a etiologia Médico-Legal é homicídio.

7. Que o disparo teve o trajecto de esquerda a direita horizontal e diante para atrás.

8. Que por localização das lesões houve medico legal é de matar".

3. Direito aplicável

3.1. A Polícia da República de Moçambique, abreviadamente designada por PRM é um organismo

público e força paramilitar, integrada no Ministério do Interior, constituído apenas por moçambicanos que reúnam os requisitos previstos na legislação (artigo 1, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 19/92, de 31 de Dezembro), que, segundo a Constituição da República de Moçambique, tem como função garantir a lei e a ordem, a salvaguarda da segurança de pessoas e bens, a tranquilidade pública, o respeito pelo Estado de Direito Democrático e a observância estrita dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, sendo um dos direitos o direito à vida (artigos 254 e 40).

No exercício das suas funções, a PRM tem o direito à posse e uso de armas individuais e colectivas e outros meios adequados ao cumprimento da sua tarefa e, a qualquer resistência ilegítima, ou em caso de perturbação da ordem e tranquilidade públicas é permitido aos seus membros o uso da força estritamente necessária, se os outros meios de persuasão não forem suficientes; porém, na utilização da força e meios deverá haver racionalidade e proporcionalidade à gravidade do perigo (artigo 8 da Lei n.º 19/92, de 31 de Dezembro). E, nos termos do Estatuto do Polícia, aprovado pelo Decreto n.º 28/99, de 24 de Maio, o membro da PRM, no exercício das suas funções, deve actuar regendo-se com os princípios de oportunidade, congruência e proporcionalidade na utilização dos meios ao seu alcance; e somente utilizará a força e armas de fogo nas situações em que existe um risco racionalmente grave para a sua vida, integridade física ou de terceiras pessoas, ou naquelas circunstâncias em que possa pressupor um risco grave para a segurança em conformidade com os já referidos

princípios da oportunidade, congruência e proporcionalidade (artigos 72 e 73).

3.2 Sobre os factos relevantes acima descritos o requerido nada contradiz nem prova que os mesmos não podem produzir o efeito jurídico pretendido pela requerente, pelo menos, afirmando e provando que o membro que usara a arma da qual proveio a bala que vitimou o menor Elias não podia e nem devia ter agido doutro modo, sendo de concluir que o mesmo usara a arma de fogo sem a observância dos princípios e das condições previstas nos artigos 72 e 73 do já citado Estatuto do Polícia.

Daí que o referido membro tenha violado ilícita e negligentemente, ou seja, com culpa, o direito de outrem, ficando, desse modo, obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação, atento o disposto no artigo 438.º do Código Civil.

3.3. O artigo 78 do citado Estatuto do Polícia estabelece que o membro da PRM é pessoal e directamente responsável pelos actos que na sua actuação profissional levar a cabo, infringindo normas legais e regulamentares que regem a actividade policial e os princípios enunciados no mesmo, sem prejuízo de responsabilidade do Estado nos termos da lei, responsabilidade a que se refere a própria Constituição da República, segundo a qual o Estado é responsável pelos danos causados por actos ilegais praticados pelos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei (artigo 40).

Do que se conclui que o requerido pode ser responsabilizado pelos danos causados à requerente nos termos constantes dos autos, mais concretamente a morte do filho e, conseqüente desgosto moral, isto é, danos a que se dá usualmente o nome de danos morais, e o Código Civil chama-lhes, com maior propriedade, danos não patrimoniais (artigo 496.º), que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem, entre outros bens, o bem estar, no caso dos autos, da requerente e dos demais familiares do finado, não integram o património do lesado, podendo somente ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao infractor, como uma satisfação, e não indemnização (vide JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, Vol. I, Coimbra, 1994, pág. 612).

3.4. À requerente cabe o direito à indemnização por danos não patrimoniais, uma vez que é a mãe do menor Elias (artigo 496.º, n.º 2), que perdeu a vida por ter sido baleado através de uma arma de fogo, por um membro da PRM escalado “para garantir a ordem e segurança públicas”, tendo, desse modo, legitimidade para intentar a presente acção, nos termos do artigo 102 da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, segundo o qual “As acções de efectivação de responsabilidade civil extracontratual podem ser propostas por quem considere ter sofrido prejuízos decorrentes de actos de gestão pública”.

3.5. Devendo, no caso dos autos, o montante da referida indemnização ser fixado equitativamente, tendo em atenção que a responsabilidade se funda na mera culpa, atendendo-se não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas

com direito a indemnização (artigos 494.º e 496.º, do Código Civil), o tribunal entende fixá-lo em montante igual ao pedido pela requerente.

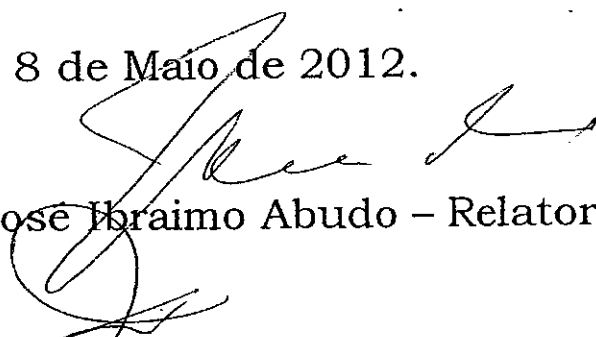
4. Decisão:

Pelo exposto, os Juizes Conselheiros da Primeira Secção do Tribunal Administrativo julgam procedente a acção e, conseqüentemente, condenam o requerido, no pagamento à requerente, a título de indemnização, do valor de 500.000,00MT (quinhentos mil meticais).

Sem custas.

Registe-se e notifique-se.

Maputo, 8 de Maio de 2012.


Doutor José Ibraimo Abudo – Relator

Dr. José Luís Maria Pereira Cardoso


Dr. Paulo Daniel Comoane