



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilidade internacional do Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise inter-relacional a partir do caso Ximenes Lopes versus Brasil

The State civil liability in the Brazilian legal order and the State international liability before the Inter-American Court of Human Rights: an interrelationship analysis through the case Ximenes Lopes versus Brazil

Taís Mariana Lima Pereira

Resumo: O trabalho destina-se a analisar as inter-relações entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional dos Direitos Humanos na questão concernente à responsabilidade do Estado, a partir da condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes. Para tanto, serão tecidas breves considerações sobre os institutos da responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento jurídico brasileiro e da responsabilidade internacional do Estado, observadas as suas especificidades em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, verificar-se-á a necessidade de adequação das normas internas do Direito Administrativo às disposições dos tratados internacionais de Direitos Humanos, de modo que não apenas seja cumprida a sentença proferida pela Corte no referido caso, mas que os efeitos benéficos desta e de outras decisões irradiem para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: responsabilidade extracontratual do Estado; responsabilidade internacional do Estado, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: This paper intends to analyze the interrelationships between administrative law and international law of human rights, related to the State liability, based on the Inter-American Court of Human Rights condemnatory sentence rendered against the Brazilian Nation in the case Ximenes Lopes. In order to reach the purpose, brief comments will be made regarding to the State's non-contractual liability in the Brazilian legal order and the State's international liability, taking into consideration the specific features related to the Inter-American Court of Human Rights. By the end, it will be verified the necessity to adapt the Brazilian administrative law to the provisions of the international human rights treaties in order to allow the fulfillment of this sentence as well as to increase the beneficial effects of those sentences in the Brazilian legal order.

Keywords: State non-contractual liability; State international liability; Inter-American Court of Human Rights.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p184-209>

Artigo submetido em: julho de 2017

Aprovado em: dezembro de 2017.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE INTER-RELACIONAL A PARTIR DO CASO XIMENES LOPES VERSUS BRASIL

Taís Mariana Lima PEREIRA*

Sumário: 1 Introdução; 2 Breves apontamentos sobre a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico administrativo brasileiro; 3 Breves apontamentos sobre a responsabilidade internacional do Estado perante a corte interamericana de direitos humanos; 4 O caso Ximenes Lopes versus Brasil; 5 Conclusão: implicações do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado no caso Ximenes Lopes perante o ordenamento jurídico administrativo brasileiro; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

É inegável o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro como um todo vem sendo moldado por um movimento interpretativo de constitucionalização de suas normas. O objetivo dessa virada hermenêutica é adequar as disposições normativas infra-constitucionais à carga principiológica da Constituição, notadamente ao seu princípio norteador maior: a dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, a doutrina e a jurisprudência apontam para a necessidade de o ordenamento jurídico interno harmonizar-se às disposições dos tratados internacionais, principalmente àqueles que versam sobre a proteção dos Direitos Humanos. Aliás, foi exatamente esse o objetivo da inserção no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, dos parágrafos 2º e 3º.

Assim sendo, não pode o Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito Público que cuida das interações entre o Estado e os particulares, ficar de fora dessa onda garantista e humanista, deixando intactos antigos dogmas pautados na superioridade do interesse público que, por vezes, acabam por ensejar violações aos Direitos Humanos previstos na Constituição e em tratados internacionais, a exemplo da questão atinente à responsabilidade extracontratual do Estado.

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Desenvolve pesquisas nas áreas de direito administrativo, direito constitucional, direitos humanos e direito internacional público. Advogada.

Tendo como ponto de partida tais premissas, o presente trabalho buscará tecer breves considerações sobre a responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento jurídico administrativo brasileiro e sobre a responsabilidade internacional do Estado – e suas especificidades em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos; para então adentrarmos numa análise casuística da condenação imposta ao Brasil, pela referida Corte, no caso Ximenes Lopes.

Finalmente, analisaremos as implicações da mencionada condenação no ordenamento jurídico administrativo brasileiro, realizando um cotejo entre as disposições do Direito interno e as do Direito Internacional, no que toca à responsabilidade do Estado, e o modo como essas disposições se inter-relacionam para a efetivação dos Direitos Humanos.

2. Breves apontamentos sobre a responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico administrativo brasileiro

O Estado é um potencial causador de danos à sociedade e aos indivíduos por meio do exercício das atividades a ele inerentes (MELLO, 2011, p. 1005). Dessa constatação fática surge a necessidade de teorização da responsabilidade civil do Estado.

No Brasil, pode-se afirmar que a teoria da irresponsabilidade – também denominada feudal, regalista ou regaliana (DIAS, 2004, p. 22) – não chegou a ser acolhida pela jurisprudência e doutrina pátrias (DI PIETRO, 2012, p. 699). Essa teoria de inspiração absolutista e fundada no ideal de soberania irrestrita não admitia a responsabilização do Estado, pois o soberano (que era o próprio Estado) estava acobertado por uma infalibilidade divina, como bem ressalta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p. 22-23).

Mesmo durante a vigência das Constituições de 1824 (Império) e 1891 (República), que não continham previsão expressa sobre a responsabilidade do Estado, mas apenas sobre a responsabilidade do funcionário público causador do dano, não vigorou a teoria da irresponsabilidade do Estado no Brasil¹. Durante esse período havia diplomas normativos infraconstitucionais que previam a possibilidade de responsabilização do Estado, além do entendimento jurisprudencial de que esta seria solidária com a dos funcionários públicos (DI PIETRO, 2012, 703).

A partir da entrada em vigor do Código Civil de 1916, o Brasil passou a adotar a teoria civilista da responsabilidade do Estado. A imprecisão da redação do artigo 15

¹ Em sentido contrário, Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que: “O Brasil, na sua primeira Constituição, outorgada em 11 de dezembro de 1823 (que teve vigência a partir de 1824), adotando a tese do Estado irresponsável, estabeleceu a estrita responsabilidade dos “empregados públicos” pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos (art. 179, inc, XXIX). O texto foi praticamente repetido no caput do art. 82 da Constituição de 1891, observando-se tão-somente irrelevante alteração na redação do dispositivo” (BACELLAR FILHO, 2007, p. 204).

do referido diploma permitia a interpretação de que era necessária a demonstração do dolo ou culpa na conduta do funcionário público – sendo este o posicionamento majoritário, mas também não fechava as portas para a interpretação que possibilitava a responsabilidade objetiva (DERGINT, 1994, p. 54). Segundo Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 37), a teoria civilista teve cunho liberal e individualista e fazia distinção entre os atos de gestão e os atos de império, sendo que somente em relação aos primeiros o Estado poderia ser responsabilizado.

No entanto, o entendimento majoritário de que a adoção da teoria civilista requeria a demonstração de dolo ou culpa para a responsabilização do Estado dificultava sobremaneira a pretensão indenizatória da vítima, ocasionando situações de injustiça social (DERGINT, 1994, p. 38).

A esse respeito, Romeu Felipe Bacellar Filho (2007, p. 208) esclarece que:

[...] em que pese o progresso evidenciado em relação à teoria da irresponsabilidade, a teoria da culpa revelava-se insuficiente ao atingimento da superior ideia de realização da justiça, na medida em que impunha aos cidadãos lesados um encargo muito penoso, consubstanciado na obrigação de comprovar o dano e o comportamento culposo do agente estatal.

A Constituição de 1934 (Era Vargas) foi a primeira a trazer disposição expressa sobre a possibilidade de responsabilização solidária entre o agente causador do dano e o Estado em seu artigo 171, o que foi mantido pela Constituição de 1937 (Estado Novo) por meio de seu artigo 158 (MELLO, 2011, p. 1036-1037).

Sem embargo, a virada de posicionamento com o abandono da teoria civilista se deu com a promulgação da Constituição de 1946, que em seu artigo 194 previa a responsabilização objetiva do Estado “pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, sendo que o parágrafo único deste mesmo dispositivo também já previa a possibilidade de ação regressiva do Estado em face do causador do dano. A partir de então, entende-se que o Brasil passou a adotar a teoria publicista da responsabilidade objetiva.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho (2007, p. 233), “A responsabilidade objetiva representa uma correta distribuição dos encargos entre a coletividade pelo sacrifício do interesse privado motivado em face da supremacia do interesse público”.

A Constituição ditatorial de 1967 manteve a opção pela teoria da responsabilidade objetiva e acrescentou que a propositura de ação regressiva pelo Estado, em face do causador do dano, dependia da demonstração de dolo ou culpa.

A mesma disposição foi mantida pela festejada Constituição cidadã de 1988, em seu artigo 37, § 6º, que assim determina:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.²

Sobre a adoção da teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 704) afirma que:

Entende-se que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; parte-se da ideia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.

No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público.

A adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado é extremamente benéfica para o administrado, usuário do serviço público, na medida em que torna despendiosa a identificação do agente causador do dano e a demonstração de que este laborou com dolo ou culpa, o que, em grande parte dos casos concretos, é absolutamente impossível ao cidadão comum. Contudo, a opção do constituinte pela teoria da responsabilidade objetiva não significa uma concomitante adoção da teoria do risco integral. O Estado não pode ser responsabilizado por todo e qualquer dano causado aos seus cidadãos, mantendo-se incólumes as hipóteses de afastamento da responsabilidade por quebra donexo causal, como será melhor explicitado adiante, o que revela, na realidade, que a teoria da responsabilidade objetiva foi consagrada no ordenamento jurídico juntamente com a teoria do risco administrativo (BACELLAR FILHO, 2007, p. 219-220).

Nos precisos dizeres de Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 38), “A atual fase, publicista, coincide com a consagração do Estado Social”. Ainda, conforme Marçal Justen Filho (2010, p. 1242):

A responsabilidade jurídica do Estado traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal. O Estado é responsável na acepção de que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de

² Sobre a responsabilidade do Estado na Constituição de 1988, Paulo Bonavides afirma que: “O que está no contexto da Constituição, ligado ao artigo 37, § 6º, acerca da responsabilidade do Estado, nos induz a reflexões hermenêuticas amplas donde se infere o seguinte: aquele artigo não estabelece unicamente uma garantia de direitos senão que vai além; gera um direito à garantia, faz daquele instituto, a nosso ver, num passo mais largo, de muito alcance, direito de última geração em consequências dos vínculos estabelecidos com o Estado social. Enfim, o princípio culmina e consagra uma evolução de natureza qualitativa, fruto das transformações do Direito em sua fase pós-positivista” (BONAVIDES, 2011, p. 15-21).

suas ações e omissões e de adotar todas as providências destinadas a corrigir as imperfeições verificadas.

Em que pesem os avanços implementados pela Constituição de 1988, o novo Código Civil de 2002 trouxe norma menos abrangente do que a constitucional. O artigo 43 do diploma civilista, que trata da responsabilidade extracontratual do Estado, faz referência apenas às pessoas jurídicas de direito público interno, sem mencionar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (BACELLAR FILHO, 2007, p. 224).

Entretanto, como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 704), não incide o artigo 37, § 6º, da Constituição para as “entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada”, em razão de que as atividades por elas desenvolvidas possuem caráter de intervenção no domínio econômico. Diante deste quadro, Marçal Justen Filho (2010, p. 1246) sustenta a existência de dois regimes jurídicos distintos para a responsabilidade decorrente da atividade administrativa do Estado: o regime de direito público, próprio das pessoas jurídicas de direito público, e o regime de direito privado para as pessoas não prestadoras de serviço público.

A responsabilidade do Estado pode ser de cunho patrimonial ou não (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1241). Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 1001), ela consiste em:

[...] obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Para que um dano causado pelo Estado possa ser indenizado ele deve resultar de um ato antijurídico, o que difere do ato meramente ilícito. O ato antijurídico pode ser ilícito ou lícito, sendo que para este último é necessário que o dano causado também seja anormal e específico a determinadas pessoas, causando violação ao princípio da igualdade perante os encargos sociais (DI PIETRO, 2012, p. 705).

No entanto, para alguns doutrinadores como Yussef Said Cahali (2006, p. 09) e Marçal Justen Filho (2010, p. 1252-1253), não é possível o Estado ser responsabilizado por danos decorrentes de atos lícitos, sendo que este afirma que:

o critério de identificação da ilicitude da atuação estatal reside não apenas na infração objetiva aos limites de suas competências e atribuições, mas também na observância e no respeito às cautelas necessárias e indispensáveis para evitar o dano aos interesses legítimos de terceiros.

Ademais, é absolutamente indispensável a existência do nexo de causalidade entre o ato antijurídico e o dano (DERGINT, 1994, p. 49).

O nexo de causalidade pode ser rompido nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, exercício regular de direito, estado de necessidade ou força maior. São as denominadas excludentes de responsabilidade, ou, segundo a doutrina francesa causas de perturbação do liame de causalidade (*perturbation du lien de causalité*) (DIAS, 2004, p. 37).

A culpa exclusiva da vítima, prevista no artigo 945 do Código Civil, rompe o nexo causal na medida em que o dano é oriundo de sua própria conduta, não podendo ser imputado ao Estado. Na hipótese de a vítima e o Estado terem concorrido para o evento danoso, a culpa concorrente da vítima é causa de atenuação da responsabilidade do Estado. O mesmo ocorre com relação à culpa exclusiva de terceiro, exceto se houver disposição legal específica em sentido contrário, a exemplo do disposto na Lei nº 10.744/2003 que trata da responsabilidade do Estado nos casos de atentados terroristas ou atos de guerra.

O exercício regular de direito também afasta o nexo de causalidade e, consequentemente, o dever de indenizar por parte do Estado, se o agente estatal tiver observado os limites da sua competência e adotado todas as cautelas para evitar o dano (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1261).

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho (2007, p. 243), o estado de necessidade exclui a responsabilidade estatal na medida em que “traduz hipótese em que prevalece o interesse coletivo sobre o individual”.

A força maior, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 38), pode ser “entendida como evento exterior, imprevisível e irresistível, mais precisamente, um acontecimento externo, independente e estranho à vontade do ser humano, cuja causa é conhecida, mas que se reveste do caráter da irresistibilidade”. Os principais exemplos de força maior são eventos da natureza como tempestades, terremotos e tsunamis. Parte da doutrina, a exemplo de Marçal Justen Filho (2010, p. 1261), entende que a força maior e o caso fortuito são sinônimos. No entanto, para outra parte da doutrina, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 707) e Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 51), a força maior não se confunde com o mero caso fortuito, que “ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração” (DI PIETRO, 2012, p. 707), de modo que este não seria hábil a afastar o nexo causal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 707) sustenta que se houver um dano decorrente de força maior, mas acompanhado de omissão por parte do Estado, este ainda assim poderá ser responsabilizado em razão da aplicação da teoria francesa da *faute du service*.

A aplicação da teoria da *faute du service* ao ordenamento jurídico brasileiro gera inúmeras controvérsias entre os doutrinadores. Renomados juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 1012), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.

709-711) e Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 39-40) sustentam que a palavra “*faute*” deve ser entendida como culpa, o que ensejaria a responsabilidade subjetiva do Estado nas hipóteses em que o serviço público não tenha funcionado, tenha funcionado mal ou o seu funcionamento tenha sido tardio, principalmente nas hipóteses de omissão estatal.

Entretanto, nos parece mais coerente o posicionamento adotado pelos ilustres professores Romeu Felipe Bacellar Filho (2006, p. 293), Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem (2010, p. 14), para os quais a correta tradução da palavra “*faute*” seria a de falta (no sentido do cometimento de uma infração), o que de modo algum significaria a incidência de uma responsabilidade estatal subjetiva. Esclarecem os mencionados professores que a expressão *faute du service* (falta que não pode ser separada das funções que exerce um agente público) surgiu na jurisprudência do Tribunal de Conflitos francês em contraposição à *faute personnelle* (falta que pode ser separada das funções que exerce um agente público). Em momento algum a jurisprudência francesa atrelou a *faute du service* exclusivamente à responsabilidade civil do Estado decorrente de danos por omissão, como equivocadamente o faz a doutrina brasileira, com a devida *venia*. Ademais, a incorporação de uma teoria estrangeira deve observar o que dispõe o ordenamento jurídico do país incorporador, sendo que no caso do Brasil a própria Constituição Federal prevê expressamente a responsabilidade objetiva para os danos causados pelo Estado (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 22).

Daniel Wunder Hachem (2012, p. 269) sintetiza com precisão o entendimento doutrinário quanto à impossibilidade de aplicação da teoria da *faute du service* para justificar uma suposta responsabilidade subjetiva do Estado por omissão:

*[...] la adopción de la responsabilidad subjetiva en el derecho brasileño, en los casos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de eficiencia o en las situaciones omisivas (servicio que no ha funcionado o ha funcionado retrasado), no procede por lo menos cuatro motivos: (a) la teoría de la *faute du service* no remonta la responsabilidad subjetiva; (b) el criterio para distinguir la responsabilidad *pour faute* (por falta) de la responsabilidad *sans faute* (sin falta) en el derecho francés no es la naturaleza omisiva de la conducta; (c) en Francia se admite hace mucho la hipótesis de responsabilidad objetiva del Estado por omisión; (d) los contornos de la responsabilidad estatal dependen del régimen jurídico-administrativo de cada ordenamiento, y la Constitución brasileña de 1988 impone un sistema de responsabilización objetiva.*

Ademais, como bem observa Hely Lopes Meirelles (2013, p. 726), a aplicação da teoria da *faute du service* como sinônimo de responsabilidade subjetiva causa ainda maiores prejuízos à vítima, que além de sofrer com o dano terá de comprovar a culpa

do Estado, o que é vedado implicitamente pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como será demonstrado adiante³.

A questão da responsabilidade do Estado por omissão (HACHEM, 2008, p. 59) – mais especificamente em relação à hipótese de danos causados por preso foragido – foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como de repercussão geral em fevereiro de 2011 e ainda aguarda julgamento por meio do Recurso Extraordinário nº 608880/MT (BRASIL, 2013b). No entanto, o STF já teve a oportunidade de analisar essa matéria por diversas vezes, dentre as quais ressaltamos julgado de lavra do Ministro Celso de Mello, no bojo do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 4957400/DF, cujos trechos atinentes à discussão travada no presente trabalho estão a seguir transcritos (BRASIL, 2008, p. 6-9):

Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trata de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado, consoante enfatiza o magistério da doutrina [...].

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais (de todo inócenas na espécie em exame) configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1107-1109, v.g.)

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min.

³ Em sentido contrário, Rogério Gesta Leal sustenta que: “Ao se pretender estender a responsabilidade objetiva do Estado a situações que demandam – volto a dizer, em face de suas particularidades fáticas intrínsecas – aferição subjetiva de dolo ou culpa, isto pode significar onerá-lo demasiadamente, ampliando as possibilidades de desoneração dos agentes públicos em detrimento do patrimônio público” (LEAL, 2011, p. 97).

CELSON DE MELLO, v.g.), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela responsabilidade subjetiva do Estado nas hipóteses de omissão. A esse respeito, o seguinte julgado de lavra da Ministra Eliana Calmon, no âmbito do Recurso Especial nº 1230155/PR (BRASIL, 2013a, p. 4-8):

É certo ter a jurisprudência desta Corte se firmado no sentido de ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão, devendo ser demonstrada a presença concomitante do dano, da negligência administrativa e do nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público.

[...]

Na hipótese em análise, a Corte do Paraná, após especificar a diferença entre atos omissivos próprios e atos omissivos impróprios, conclui tratar a espécie de ilícito comissivo próprio, pois há norma estabelecendo ser obrigatório ao agente público a prática de determinada ação, responsabilizando o Estado objetivamente pelo dano.

Apesar disso, restou demonstrada no acórdão a existência dos pressupostos da responsabilidade subjetiva no caso, especialmente a conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público, pois mesmo cientificado do risco de queda da árvore, manteve-se inerte, [...]

Como se vê, no caso restou demonstrada a existência do dano (lesão ao veículo), da negligência administrativa, pois a Prefeitura mesmo alertada do risco permaneceu inerte, e do nexo de causalidade entre a queda da árvore e os prejuízos ao veículo.

Nesse contexto, não há como afastar o dever de indenizar pelo recorrente.

Cumprido assinalar não caber a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar violação a dispositivos constitucionais.

Nos termos acima esclarecidos, na hipótese dos autos, conquanto a Corte *a quo* tenha acenado com a responsabilidade objetiva do Estado, restou demonstrada a presença dos pressupostos da responsabilidade subjetiva - dano, negligência administrativa e nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público.

Mas a responsabilidade do Estado por danos oriundos de atos comissivos e/ou omissivos não é uma exclusividade do Poder Executivo – apesar de, por razões óbvias, ser a hipótese mais corriqueira –, sendo também verificada no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

No que toca à esfera do Poder Legislativo, o Estado pode ser responsabilizado por danos causados em razão da edição de leis inconstitucionais; leis de efeitos concretos, inconstitucionais ou não; e omissão do poder-dever de legislar (DI PIETRO, 2012, p. 713-717).

O exercício ou a omissão do poder-dever de regulamentar – ainda que também visto com maior frequência no âmbito do Poder Executivo –, se causador de danos, obedece à mesma lógica de responsabilização do Estado encontrada nas hipóteses de danos decorrentes do exercício do Poder Legislativo (DI PIETRO, 2012, p. 714). No entanto, para não extrapolarmos o foco de análise do presente trabalho, não faremos maiores digressões a respeito da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício do Poder Legislativo ou do exercício do poder-dever de regulamentar, em qualquer de suas esferas.

O exercício do Poder Judiciário, se causador de danos em razão de atos antijurídicos, também enseja a responsabilidade do Estado. A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 709-711) afirma que não se pode afastar a responsabilidade estatal sob o suposto manto da soberania do Poder Judiciário, pois soberano é apenas o Estado; tampouco se pode alegar a independência do Judiciário, pois este atributo pertence a todos os seus poderes⁴.

Em relação ao argumento de que o reconhecimento da responsabilidade do Estado por falha na prestação jurisdicional acarretaria em ofensa à coisa julgada, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro admite a relativização deste princípio constitucional por meio da ação rescisória e da revisão criminal. Aliás, esta discussão parece ter sido definitivamente sepultada pelo disposto no artigo 5º, LXXV, da Constituição de 1988, que prevê expressamente o dever de indenizar, por parte do Estado, o condenado por erro judicial e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (DI PIETRO, 2012, p. 717-719).

Ademais, o artigo 143 do Código de Processo Civil de 2015 também prevê a responsabilidade pessoal dos magistrados nas hipóteses de dolo, fraude, recusa, omissão

⁴ No mesmo sentido, vale a análise das conclusões de Odoné Serrano Júnior (1996, p. 122).

ou retardamento injustificado de providências. As garantias de independência dos magistrados não tornam o Poder Judiciário imune a erros.

Parte da doutrina brasileira também admite a possibilidade de o Estado ser responsabilizado por omissão ou demora injustificada da prestação jurisdicional, o que veremos adiante, é absolutamente conforme o entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A reparação dos danos ocasionados pelo Estado pode se dar desde logo pela via administrativa, se houver o reconhecimento por parte da Administração Pública quanto a sua responsabilidade e o entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização (DI PIETRO, 2012, p. 709-711). Marçal Justen Filho (2010, p. 1269) defende que o Estado possui o dever de liquidar espontaneamente a indenização, o que caso não seja realizado ensejará uma segunda violação dos direitos da vítima pelo Estado.

Inexistindo reconhecimento administrativo da responsabilidade, só restará ao prejudicado buscar o seu direito à reparação por meio do Poder Judiciário. A ação judicial poderá ser intentada tanto em face do Estado, como do agente público causador do dano ou até de ambos, haja vista que não se pode restringir o direito da vítima de buscar a reparação do dano da maneira que entender mais conveniente (MELLO, 2011, p. 1042).

Contudo, ainda remanesce controvérsia na doutrina quanto à possibilidade ou não de o Estado, enquanto réu, requerer a denunciação da lide do agente público causador do dano, com fulcro no artigo 125 do Código de Processo Civil de 2015.⁵

O direito de regresso do Estado em face do agente causador do dano está disciplinado pela Lei nº 4.619/65 e também está previsto no artigo 122, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

A prescrição do direito de propor ação em face Estado com fito indenizatório se dá em 5 (cinco) anos, conforme artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97, também aplicável às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

3. Breves apontamentos sobre a responsabilidade internacional do estado perante a corte interamericana de direitos humanos

A questão da responsabilidade internacional dos Estados ficou estagnada durante séculos em razão do apego excessivo da comunidade internacional ao princípio da soberania. Somente após as duas grandes guerras mundiais, que marcaram o século

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 1050), citando Weida Zancaner, sustenta a impossibilidade de denunciação da lide do agente público causador do dano para evitar o retardamento da reparação em prejuízo da vítima e por tratar-se de formas de responsabilidades distintas: a objetiva do Estado e a subjetiva do agente público.

XX e vitimaram milhões de pessoas, é que se passou a admitir a responsabilização dos Estados não só pelos danos causados uns aos outros em suas relações travadas entre nações soberanas, mas também a sua responsabilização frente a indivíduos estrangeiros e, posteriormente, a indivíduos da mesma nacionalidade do Estado violador (PIOVESAN, 2012, p. 183-184).

Essa mudança de paradigma no Direito Internacional com a relativização da soberania estatal deve-se em muito aos tratados internacionais de Direitos Humanos.⁶ A esse respeito, Juan M. González Moras (2004, p. 56) afirma que: “[...] *la novedad introducida a partir de mediados del siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, por las Cartas internacionales de Derechos Humanos residió en una idea central: los Estados nacionales, incluso aquellos Estados adscritos al constitucionalismo social, no pueden ser los únicos custodios de la definición y respeto de los derechos fundamentales del hombre.*”

E o ilustre professor argentino prossegue suas lições sustentando que:

Ahora bien, así como la historicidad de los derechos del hombre ha propiciado la evolución del Estado de Derecho en Estado social de Derecho, condicionando sus cometidos y funciones a efectos de garantizar la igualdad efectiva o ‘sustantiva’ de los ciudadanos y los derechos de segunda generación (derechos sociales), en la actualidad, la fuerza expansiva del Derecho internacional y supranacional está provocando una profunda crisis del Estado-nación como detentador del poder soberano. (MORAS, 2004, p. 56-57)

Dentre os tratados internacionais de Direitos Humanos que provocaram profundas mudanças na dimensão da soberania estatal – principalmente no âmbito dos Estados latino-americanos –, ressalta-se a Convenção Americana sobre Direitos

⁶ Conforme Paulo Roberto Barbosa Ramos e Orlando José Guterres Costa Júnior “Desde o fim da 2ª Guerra Mundial, o Direito Internacional tem se desenvolvido no sentido de permitir a formação de um constitucionalismo global, permitindo a construção de uma ordem internacional com elementos ideais e normativos. Os direitos humanos foram elevados à categoria de valor fundante do ordenamento internacional e, desde então, os direitos humanos se apresentaram como fonte do direito, como norma de alto valor hierárquico e como obrigações aplicáveis a todos os indivíduos. Este processo trouxe novos conceitos, os quais permitiram a construção de uma comunidade internacional de Estados e isto influenciou em como o Direito Internacional pretende atribuir efetividade às suas normas

Os julgamentos internacionais envolvendo direitos humanos forneceram um enquadramento razoável para um constitucionalismo global, o qual compreende não apenas o clássico das relações horizontais entre Estados, mas também um novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de qualquer ordenamento.

A comunidade internacional evoluiu de um quadro de soberanias sobrepostas para uma comunidade com regras e princípios inafastáveis, os quais consideram nulos qualquer norma ou ato que violador de tais princípios, os quais permitem a responsabilização do sujeito violador por qualquer pessoa do direito Internacional. Isto trouxe influências sensíveis à responsabilidade internacional, tanto no seu conteúdo quanto a sua titularidade. O que antes era uma relação jurídica restrita tanto em sujeitos e conteúdo tomou novas proporções” (COSTA JÚNIOR; RAMOS, 2012, p. 448-476).

Humanos, instrumento normativo principal do Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, situado no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional.⁷

Importa destacar, desde logo, que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992 por meio do Decreto nº 678 e reconheceu expressamente a competência jurisdicional da Corte Interamericana, de modo que se submete às suas decisões, sob pena de sofrer sanções político-econômicas determinadas pela Assembleia Geral da OEA.⁸

Em que pese a Constituição Federal brasileira não preveja de forma tão clara e expressa o alargamento do bloco dos direitos fundamentais pelos tratados internacionais de Direitos Humanos – limitando-se a afirmar que os direitos nela previstos não excluem os decorrentes de tratados internacionais que o Brasil seja parte e que tais tratados podem ser incorporados ao ordenamento jurídico como emendas constitucionais, se obedecido o respectivo quórum de aprovação (artigo 5º, §§ 2º e 3º); ao contrário do que ocorre em países vizinhos, como a Argentina, em que a Constituição prevê expressamente que determinados tratados (dentre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) possuem caráter hierárquico de norma constitucional (COLANTUONO, 2010, p. 239-250) – não se pode admitir que o Estado se furte à implementação e proteção desses direitos, inclusive no que toca à sua responsabilidade interna e internacional, sob pena de se institucionalizar uma verdadeira inversão de valores.

Assim, do mesmo modo que no ordenamento jurídico interno brasileiro o Estado pode ser responsabilizado pelos danos que ocasionar a terceiros; perante a comunidade internacional, o Estado também pode ser responsabilizado pelos danos que acarretar a outros Estados ou até mesmo a indivíduos.⁹

⁷ Segundo Rogério Gesta Leal (2011, p. 195), “A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído em muito na geração de diretrizes à atribuição de sentido das normas veiculadas por estes Tratados e Pactos internacionais, extraíndo inclusive deles verdadeiros princípios emergentes de proteção aos Direitos de que tratam [...]”.

⁸ O artigo 65 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos assim dispõe: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia-Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

⁹ A esse respeito Larissa Ramina (2011, p. 336) sustenta que: “A originalidade profunda do direito internacional dos direitos humanos está em deslocar o foco das relações interestatais, estabelecendo um direito de origem internacional, mas cujo foco está nas relações dos sujeitos entre si e entre estes e o Estado, e que pode ser aplicável à organização política do Estado, atingindo dois de seus elementos constitutivos, a população e o aparelho político. O direito estatal, incluindo o direito administrativo, por isso, sente o impacto direto das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Por outro lado, os Estados partes de tratados de direitos humanos podem ter o direito de denunciar outros Estados por violações e, eventualmente, de processá-los em instâncias internacionais. Trata-se de verdadeira revolução jurídica, que traz consequências importantes”.

Para André de Carvalho Ramos (2002, p. 8), a responsabilidade internacional dos Estados consiste na “reação jurídica do Direito Internacional às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente”.

A ilicitude do ato (conforme os ditames do Direito Internacional), a imputabilidade desse ato a um determinado Estado e a existência de prejuízo ocasionado pelo ato ilícito são os elementos necessários à configuração da responsabilidade internacional do Estado, segundo leciona Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2004, p. 524).

Em sentido contrário, Jorge Miranda (2002, p. 306) afirma que a configuração da responsabilidade internacional de um Estado também pode decorrer de atos lícitos:

Assim como, na ordem interna, o Estado e qualquer entidade pública respondem pelos prejuízos que decorram de actos ou omissões dos seus órgãos ou agentes, também na ordem internacional o Estado e os demais sujeitos de Direito internacional respondem pelos actos ilícitos que pratiquem ou por certos actos lícitos que lesem direitos e interesses de outros sujeitos (ou de pessoas dependentes destes sujeitos, como sucede por meio dos mecanismos de protecção diplomática).

Do mesmo modo que no Direito interno, tanto os atos comissivos quanto os omissivos são ensejadores de responsabilização do Estado (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2010, p. 385). Entretanto, não é necessário que o autor do dano seja o próprio Estado, agindo por meio de seus agentes (responsabilidade direta). Os danos oriundos de guerra civil, por exemplo, são imputáveis ao Estado perante a comunidade internacional, ainda que não tenha sido ele o autor imediato do ato danoso (responsabilidade indireta) (MELLO, 2004, p. 524).

Além da clássica tipificação da responsabilidade internacional em decorrência de ação ou omissão e responsabilidade direta ou indireta, Jorge Miranda (2002, p. 310) acrescenta que ela também pode ser dividida em decorrente de atos no interior do território ou de atos no território de outro Estado, e responsabilidade em tempo de paz e em tempo de guerra.

Hildebrando Accioly (2010, p. 386) sustenta que a responsabilidade internacional do Estado é de natureza subjetiva, haja vista que a ocorrência de força maior ou caso fortuito afastam a sua responsabilização.

Outro fator cogente para o reconhecimento da responsabilidade internacional, em relação aos danos causados a indivíduos, é a necessidade de esgotamento dos recursos internos previstos no ordenamento jurídico do Estado violador. A esse respeito deve-se observar, entretanto, que a demora injustificada ou irrazoável do Estado para dar uma solução ao caso enseja por si mesma o cometimento de ato ilícito capaz de gerar a responsabilidade internacional, conforme entendimento sedimentado da

Corte Interamericana de Direitos Humanos expressado em vários precedentes, inclusive no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*.¹⁰

No âmbito internacional a compensação do dano pode ocorrer por meio de indenizações de caráter pecuniário ou da restituição da situação do ofendido ao *status quo* anterior. Entretanto, sempre que possível, deve-se buscar primeiramente a restituição à situação anterior ao dano, seja ele de ordem material ou moral (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2010, p. 405).

Segundo Hildebrando Accioly (2010, p. 405), a reparação do dano moral¹¹ pode se dar por meio de “a apresentação de desculpas; a manifestação de pesar; a saudação à bandeira do estado ofendido; a destituição do autor ou autores da ofensa; ou outra maneira de punição do culpado ou culpados”.

Como bem assevera André de Carvalho Ramos, a responsabilidade internacional é o instituto pelo qual o sistema jurídico internacional ganha concretude. Para Paulo Roberto Barbosa Ramos e Orlando José Guterres Costa Júnior (2012, p. 458), “a negação da responsabilidade internacional do Estado acarreta a negação do caráter jurídico da norma internacional”. Portanto, é a responsabilidade internacional que concede juridicidade às normas internacionais ao prever sanções aos Estados descumpridores de suas obrigações, o que ganha ainda maior relevo quando estas normas tratam da proteção de Direitos Humanos (RAMOS, 2002, p. 9).

No que toca à responsabilidade dos Estados segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instrumento normativo norteador das atividades da Corte Interamericana, deve-se destacar a previsão do artigo 2 que determina aos Estados-partes legislares conforme sua ordem jurídica interna para protegerem os direitos constantes da Convenção. Disso resulta que a omissão legislativa de um Estado, por si só, caracteriza o descumprimento de deveres e enseja a sua responsabilização.

O artigo 10 da Convenção prevê expressamente o direito de indenização em face do Estado das vítimas de erro judiciário. Nessa mesma toada, o artigo 25.1 trata do

¹⁰ Conforme declarou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*: “O prazo em que se desenvolveu o procedimento penal no caso sub judice não é razoável, uma vez que, após mais de seis anos, ou 75 meses de iniciado, ainda não se proferiu sentença de primeira instância e não foram apresentadas razões que possam justificar esta demora. Este Tribunal considera que este período excede em muito aquele a que se refere o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana e constitui uma violação do devido processo” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 67).

¹¹ No mesmo sentido Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre a responsabilidade civil do Estado no âmbito interno administrativo: “Em princípio a responsabilidade civil por dano moral impõe ao Estado o dever de promover todas as condutas necessárias a neutralizar e a mitigar os efeitos psicológicos adversos gerados pelo evento danoso.

Isso não apenas compreende o pagamento de uma indenização pecuniária, mas também pode abranger outras obrigações de fazer e de não fazer. Assim, por exemplo, é possível impor ao Estado o dever de promover a publicação de notícias destinadas a desfazer os efeitos da ofensa” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 1269).

direito de proteção judicial, inclusive contra atos perpetrados pelos próprios Estados, dispondo que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

O reconhecimento da ocorrência de violação aos direitos tutelados pela Convenção, por meio de sentença proferida pela Corte Interamericana, dá azo ao direito de reparação dos danos através de obrigações de fazer/não fazer ou do pagamento de indenização, conforme o disposto no artigo 63.1.

4. O caso Ximenes Lopes *versus* brasil

O caso Ximenes Lopes é emblemático para o Brasil, pois consistiu em sua primeira condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹²

Do relato fático do caso extrai-se que Damião Ximenes Lopes era acometido por deficiência mental e, em outubro de 1999, foi internado junto à Casa de Repouso Guararapes, instituição psiquiátrica vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS) e situada no Município de Sobral, Estado do Ceará. Em apenas três dias após o seu internamento, Damião veio a óbito por conta dos maus tratos que sofreu na instituição de saúde. Os familiares da vítima buscaram esclarecer os fatos ocorridos com Damião e punir os culpados por meio de diversas medidas judiciais e extrajudiciais, mas não obtiveram sucesso. O caso foi denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e posteriormente levado à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em novembro de 2005, foi realizada audiência pública sobre o caso, oportunidade na qual o Estado brasileiro reconheceu voluntariamente a sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal em face de Damião Ximenes Lopes, conforme artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da Convenção Americana. Entretanto, o Estado não reconheceu o seu dever de reparação advindo dessas violações e sustentou não ter ocorrido violações aos direitos de proteção judicial e de

¹² Sobre a importância do caso Ximenes Lopes, Tatyana Scheila Friedrich afirma que: “Até a expedição dessa sentença pela Corte, sendo a primeira relacionada ao Brasil, a análise dos casos envolvendo o país se limitava às denúncias da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. [...] A presente decisão demonstra um certo avanço do posicionamento do Brasil, embora muito ainda precise ser feito. O próprio reconhecimento da jurisdição da Corte já é positivo, ainda que tardio. As alegações preliminares, sobretudo quanto ao esgotamento dos recursos internos, são mantidas, mostrando uma certa reticência no progresso. Entretanto, o reconhecimento da violação dos direitos à vida e integridade física pelo Estado brasileiro pode ser indício de um futuro posicionamento mais consciente do país em relação aos demais casos a serem analisados pela Corte Interamericana” (FRIEDRICH, 2006, p. 28).

acesso às garantias judiciais, dispostos nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em face dos familiares da vítima.

A Corte proferiu sua sentença de mérito, reparações e custas em julho de 2006, na qual declarou que o Brasil violou os direitos à vida e à integridade pessoal de Damião Ximenes Lopes (artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da Convenção Americana) e violou os direitos à integridade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial dos familiares da vítima (artigos 5, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana). Diante do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro, ele foi condenado: a) a garantir que o processo para investigação dos fatos e sanção dos responsáveis surtisse efeitos, num prazo razoável; b) a publicar partes da sentença no Diário Oficial e noutro jornal de ampla circulação nacional, no prazo de seis meses; c) a continuar a desenvolver programas de formação e capacitação para os médicos psiquiatras, psicólogos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem e todas as demais pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, observados os padrões internacionais sobre a matéria; d) a pagar indenização por danos materiais aos familiares da vítima; e) a pagar indenização por danos imateriais (morais) aos familiares da vítima; e f) a ressarcir as custas despendidas pelos familiares da vítima com os processos no âmbito jurisdicional brasileiro e perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por meio da sentença proferida no caso Ximenes Lopes, a Corte Interamericana teve a oportunidade de esclarecer diversos aspectos sobre a responsabilidade internacional dos Estados.

Primeiramente, observa-se que a Corte reconhece a responsabilidade internacional tanto pelo cometimento de atos comissivos quanto pelas omissões, sendo que ambos são imputáveis ao Estado, mesmo que tenham sido praticados por terceiros, se ele falhou no seu dever de fiscalização e permitiu indiretamente a ocorrência de violação aos Direitos Humanos protegidos pela Convenção Americana:

86. As hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto a omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre esses dois extremos de responsabilidade, no entanto, se encontra a conduta descrita na resolução da Comissão de Direito Internacional, de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental. Essa conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do Estado, desde que praticada em tal capacidade.

87. Isso significa que a ação de toda entidade, pública ou privada, que esteja autorizada a atuar com capacidade estatal, se enquadra na hipótese de responsabilidade por fatos diretamente imputáveis ao

Estado, tal como ocorre quando se prestam serviços em nome do Estado.

[...]

172. A Corte considera pertinente recordar que é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, amparado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.

Especificamente sobre os serviços públicos de saúde, a Corte ressaltou o dever dos Estados de prover este direito e de regulamentá-lo e fiscalizá-lo caso seja prestado por particulares, sob pena de restar caracterizada a responsabilidade internacional:

89. Com relação a pessoas que estejam recebendo atendimento médico, e considerando que a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo dos Estados, cabe a estes a obrigação de prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e à integridade pessoal, particularmente vulneráveis quando uma pessoa se encontra em tratamento de saúde. A Corte considera que os Estados têm o dever de regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de ser a entidade que presta esses serviços de caráter público ou privado.

90. A falta do dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas quanto privadas que prestam atendimento de saúde, uma vez que, de acordo com a Convenção Americana, as hipóteses de responsabilidade internacional compreendem os atos das entidades privadas que estejam desempenhando função estatal, bem como atos de terceiros, quando o Estado falha em seu dever de regulá-los e fiscalizá-los. A obrigação dos Estados de regular não se esgota, por conseguinte, nos hospitais que prestam serviços públicos, mas abrange toda e qualquer instituição de saúde.

[...]

96. A prestação de serviços públicos implica a proteção de bens públicos, que é uma das finalidades dos Estados. Embora os Estados possam delegar sua prestação através da chamada terceirização, mantêm a titularidade da obrigação de prestar os serviços públicos e de proteger o bem público respectivo. A delegação à iniciativa privada de prestar esses serviços exige como elemento fundamental a responsabilidade dos Estados de fiscalizar sua execução, a fim de garantir uma efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas sob

sua jurisdição e para que os serviços públicos sejam prestados à coletividade sem qualquer tipo de discriminação e da forma mais efetiva possível.

97. Os Estados são obrigados a respeitar os direitos reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos, estendendo-se essa obrigação a todos os níveis da administração, bem como a outras instituições a que os Estados deleguem autoridade.

Finalmente, acerca da reparação dos danos advinda do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado, a Corte afirmou que:

210. As reparações, como indica o termo, consistem nas medidas destinadas a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas. Sua natureza e seu montante dependem do dano provocado nos planos tanto material quanto imaterial. As reparações não podem implicar o enriquecimento nem o empobrecimento da vítima ou seus sucessores.

[...]

227. O dano imaterial pode abranger os sofrimentos e as aflições, o menoscabo de valores muito significativos para as pessoas e as alterações, de caráter não-pecuniário, nas condições de existência das vítimas. Não sendo possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, a reparação integral às vítimas só pode ser objeto de compensação de duas maneiras. Em primeiro lugar, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos de equidade. Em segundo lugar, mediante a realização de atos ou obras de alcance ou repercussão públicos, que tenham como efeito, entre outros, reconhecer a dignidade da vítima e evitar a repetição das violações.

Atualmente, o caso Ximenes Lopes encontra-se em fase de supervisão de cumprimento de sentença. A Corte já proferiu três resoluções a respeito, nas quais reconheceu que o Estado cumpriu a obrigação de publicar a sentença no Diário Oficial e noutro jornal de grande circulação, mas a supervisão prossegue com relação às demais determinações.

5. Conclusão: implicações do reconhecimento da responsabilidade internacional do estado no caso Ximenes Lopes perante o ordenamento jurídico administrativo brasileiro

O reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro no caso Ximenes Lopes enseja, primeiramente, o seu dever de submeter-se e dar cumprimento ao decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de restar mais uma vez configurada a sua responsabilidade internacional e sofrer sanções político-econômicas no âmbito da OEA, como já exposto em tópico anterior. De plano observa-se que a condenação gerou para o Brasil o dever positivo de pagar indenizações e publicar partes da sentença no Diário Oficial e noutro jornal de ampla circulação nacional, o que foi cumprido sem maiores dificuldades, de modo que a própria Corte deu como encerrada a supervisão do cumprimento da sentença em relação a estes dois tópicos.¹³

Entretanto, quando nos debruçamos sobre as demais obrigações fixadas na sentença, que determinam obrigações de fazer consistentes em garantir que o processo para investigação dos fatos e sanção dos responsáveis surta efeitos, num prazo razoável, e continuar a desenvolver programas de formação e capacitação para os médicos psiquiatras, psicólogos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem e todas as demais pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, observados os padrões internacionais sobre a matéria, verificamos uma dificuldade do Estado brasileiro em dar cumprimento à sentença e é exatamente nestes pontos em que há uma grande interseção entre o Direito Internacional e o Direito Administrativo pátrio.

A partir do momento em que o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que era uma questão de responsabilidade internacional passa a ser incorporado ao ordenamento jurídico interno como uma obrigação capaz de ensejar a responsabilidade civil do Estado, conforme os ditames do regime jurídico administrativo interno.

A obrigação de investigar e punir os culpados pelas violações de Direitos Humanos perpetradas contra Damião Ximenes Lopes enseja o dever de todos os órgãos envolvidos (*v.g.*, Polícia Civil, Ministério Público, Poder Judiciário etc.) tomarem todas as medidas necessárias para alcançarem tal finalidade. Isso inclui, no âmbito do Poder Judiciário, tornar mais célere os processos cíveis e criminais relacionados ao caso, sem que haja qualquer interferência no mérito das decisões. Ademais, a

¹³ A União autorizou o pagamento das verbas indenizatórias por meio do Decreto nº 6.185 de 13 de agosto de 2007, determinando que a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República realizasse as gestões necessárias para tanto; bem como foram devidamente publicados os trechos da sentença. Por meio de Resolução datada de 02 de maio de 2008, a Corte deu por encerrado o procedimento de supervisão do cumprimento da sentença em relação a essas obrigações, mas este prossegue em relação às demais determinações (PEREIRA, 2013, p. 332).

obrigação de continuar a desenvolver programas de formação e capacitação para os profissionais relacionados à saúde mental interfere diretamente nas políticas públicas do Estado e no modo de prestação do serviço público de saúde, o que consequentemente impacta no orçamento público.

Caso algum agente público deixe de cumprir as determinações da Corte Interamericana e isto acarrete em prejuízos para o Brasil, parece-nos perfeitamente possível que o Estado exerça o seu direito de regresso em face do agente, aplicando-se o disposto no artigo 37, § 6º da Constituição, sem qualquer diferenciação se o prejuízo foi ocasionado por decisão judicial advinda de órgão jurisdicional interno ou de tribunal internacional.

De um modo geral, pode-se afirmar que a sentença proferida pela Corte no caso em comento gerou a obrigação do Estado brasileiro de reparar as violações de direitos humanos a que deu causa e a evitar a ocorrência de futuras violações, principalmente relacionadas à problemática das pessoas acometidas por doenças mentais. Portanto, o dever jurídico do Estado, ensejador de responsabilidade internacional e interna, alcança os envolvidos no caso Ximenes Lopes e projeta-se para o futuro, irradiando efeitos para toda a sociedade.

A irradiação de efeitos advinda dessa sentença e de outras prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser denominada de convencionalização da ordem jurídica interna e, inclusive, do Direito Administrativo, à semelhança do movimento de constitucionalização que já alcançou todas as esferas do direito brasileiro.¹⁴

Assim como as leis, decisões judiciais e atos administrativos devem submeter-se ao controle de constitucionalidade, observando a interpretação da Constituição dada pelo seu intérprete máximo, o Supremo Tribunal Federal; estes também devem observar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os correlativos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, efetivando-se, assim, o controle de convencionalidade, o que inclui a observância das diretrizes dadas pela Corte no caso Ximenes Lopes.

Diante da inegável obrigação do Estado brasileiro de observar as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os pronunciamentos da Corte Interamericana, e tendo em vista o princípio do Direito Internacional dos Direitos Humanos que determina seja aplicada a norma mais favorável à vítima (PIOVESAN, 2012, p. 115), ousamos afirmar que não é possível a aplicação da *faute du service* para justificar uma suposta responsabilidade subjetiva do Estado nos casos

¹⁴ Larissa Ramina, ao citar Jorge Luis Salomoni, afirma que: “[...] o conceito de bem público não é um conceito disponível para o legislador e para o administrador. Decorre desse raciocínio que o juiz deve fazer um juízo de constitucionalidade do interesse público, que por sua vez deve perseguir os objetivos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos e obedecer às exigências de uma sociedade democrática que considere o equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo” (RAMINA, 2011, p. 338).

de omissão, pois isto seria prejudicial à vítima que já teve sua esfera de direitos violada e ainda terá o ônus de demonstrar a culpa do Estado; além de não ser dado ao Estado alegar disposições de sua ordem jurídica interna para justificar violações de Direitos Humanos.¹⁵

Assim, concluímos ser inadequada a utilização da teoria da *faute du service* para justificar uma responsabilidade estatal de cunho subjetivo nas hipóteses de omissão estatal, haja vista que isto acarretaria em mais uma violação aos Direitos Humanos da vítima, segundo os preceitos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Analisando de um modo geral a inter-relação entre o Direito Administrativo e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, percebe-se claramente a necessidade de que aquele incorpore os preceitos deste para que possa renovar sua legitimidade (MUÑOZ, 2012, p. 133), deixando de lado o estigma de um ramo do Direito autoritário e pautando-se sempre pela dignidade humana (SANTOS NETO, 2008, p. 344-345). Somente assim o Direito Administrativo se tornará instrumento direto de efetivação dos Direitos Humanos (HACHEM, 2008, p. 59-71) – previstos não só no texto constitucional, mas também na Convenção Americana e em todos os tratados internacionais sobre Direitos Humanos que o Brasil seja signatário –, haja vista que é a Administração Pública quem tem reais condições de dar efetividade a tais direitos.

6. Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

¹⁵ Tal como salientou a Corte na sentença do caso Ximenes Lopes, “[...] o artigo 63.1 da Convenção Americana reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Desta maneira, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade internacional deste pela violação da norma internacional de que se trata, com o conseqüente dever de reparação e de fazer cessar as conseqüências da violação. Essa responsabilidade internacional é diferente da responsabilidade no direito interno.

209. “A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as conseqüências das infrações e estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados ou outras modalidades de satisfação. A obrigação de reparar, que se regulamenta em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo direito internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, mediante a invocação de disposições de seu direito interno” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 68).

- _____. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. As bases principiológicas da responsabilidade do Estado. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 69, set./out. 2011.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1230155/PR*, Relatora Ministra ELIANA CALMON, data de Julgamento 05/09/2013, DJe 17/09/2013, segunda turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100027303&dt_publicacao=17/09/2013>. Acesso em: 24 mai. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 495740 AgR*, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 publicado em 14/08/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600790>>. Acesso em: 24 mai. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 608880*, Relator Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/02/2011, DJe-183 DIVULG 17-09-2013 PUBLIC 18-09-2013 EMENT VOL-02702-01 PP-00014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630028>>. Acesso em: 25 mai. 2017.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006: Mérito, reparações e custas. San José de Costa Rica, 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.
- COSTA JÚNIOR, Orlando José Guterres; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Responsabilidade internacional do estado e sociedade internacional: a consolidação da comunidade internacional de estados e a sua influência no projeto de artigos sobre responsabilidade do estado por atos internacionalmente ilícitos. In: MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; PARAGUASSU, Monica. *Direito Internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31b91e3a8737fd8d>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

- DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma análise a partir do caso Damião Ximenes Lopes. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun, 2006.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008.
- _____. Responsabilidad civil del Estado por omisión: una propuesta de relectura de la teoría de la faute du service. *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, n. 7, 2013.
- JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEAL, Rogério Gesta. A responsabilidade do Estado por atos de tortura, sequestro, desaparecimento e morte de pessoas em regimes de exceção: aspectos introdutórios. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 13, n. 67, mai./jul. 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional em geral. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 20, jul./dez. 2002.

- MORAS, Juan M. González. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho administrativo argentino. *Revista Documentación Administrativa*, n. 267-268, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 2004.
- MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PEREIRA, Taís Mariana Lima. O cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJJL*, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 315-348, out. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.