

Fernando Facury Scalf

**Responsabilidade Civil
do Estado
Intervencionista**

2ª

Edição

REVISTA E AMPLIADA

RENOVAR

Fernando Facury Scaff

*Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo,
Professor da Universidade Federal do Pará, Professor
do Doutorado em Direito da Universidade Federal de
Pernambuco, Advogado. E-mail: ffscaff@supridados.com.br*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO INTERVENCIONISTA

2ª EDIÇÃO
Revista e Ampliada

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo

2001

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
CEP: 20011-000 - Tels.: (21) 531-2205 / 531-1618 / 531-3219 - Fax: (21) 531-2135
LIVRARIA: Rua da Assembléia, 10 - loja E - Centro - RJ
CEP: 20011-000 - Tels.: (21) 531-1316 / 531-1338 - Fax: (21) 531-1873
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ
CEP: 20940-010 - Tels.: (21) 589-1863 / 580-8596 / 3860-6199 - Fax: (21) 589-1962
FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP
CEP: 01315-001 - Tels.: (11) 3104-9951 / 3104-5849

www.editoras.com/renovar renovar@attglobal.net
SAC: 0800-221863

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente
Carlos Alberto Menezes Direito
Caio Tácito
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Celso de Albuquerque Mello
Ricardo Pereira Lira
Ricardo Lobo Torres
Vicente de Paulo Barretto

Revisão Tipográfica
M^a da Glória S. Carvalho
Renato Carvalho

Capa
Sheila Neves

Editoração Eletrônica
TopTextos Edições Gráficas Ltda.

N^o 1115

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

S278r Scaff, Fernando Facury.
Responsabilidade civil do Estado intervencionista / Fernando Facury Scaff. — 2.ed. rev. e ampl. — Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
306p. ; 21cm.

ISBN 85-7147-261-0

I. Responsabilidade do Estado. I. Título.

CDD-342.088

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Prefácio

Há livros pacíficos e livros (poucos) tormentosos. Dos primeiros passamos ao largo ou, quando sobre eles nos detemos, os deixamos à beira do caminho, tocados pela inútil sensação de desconforto que vem da perda do que temos de mais precioso — o tempo. Deles nada fica. Por isso mesmo é que a busca de um livro tormentoso é sempre acompanhada de um tanto de ansiedade. Apenas ao encontrá-lo reconquistamos, em nós, motivação e prazer para a leitura e o estudo.

Tenho diante de mim um livro tormentoso, expressão de ímpeto de criação e não de bem-comportado exercício de arrumação e encadeamento de conceitos. Não tenho a menor dúvida quanto ao fato de que, se fosse para resultar um texto apenas sobre o pouco que os outros têm dito a respeito do tema, Scaff não o teria escrito. Se o escreveu, até o fim, foi para afirmar o que ele próprio alcançou em suas pesquisas e reflexões. Daí porque é um livro novo, que fala de si e não de outros.

Daí porque deve ser lido e dele muito ficará em quem sobre ele se detiver.

Acompanhei o trabalho de Scaff em inúmeros e variados momentos. Em São Paulo, na Faculdade — no Curso de Pós-graduação — e fora dela. Em Tiradentes. Em uma longa conversa no aeroporto de Belém, junto com Celso Antônio, enquanto o avião atrasava. Finalmente, na sua banca de concurso de doutoramento.

É tormentoso o livro que apresento. Um livro que, por si mesmo, põe novas luzes sobre um assunto que terá sido pela primeira vez, com mais detença, tratado entre nós por Almiro do Couto e Silva (RDP, 63-28-36).

Além de tudo o mais que o leitor colherá no texto, dois aspectos fundamentais, nele, devem ser pontualizados.

É que, de uma parte, a responsabilidade civil do Estado é tomada, nele, não apenas desde a perspectiva tradicional, que ignora as razões econômicas do instituto, mas também a partir da visualização do entrelaçamento das várias estruturas regionais que compõem a estrutura social global. Isso é que permite ao autor demonstrar que, na consagração da responsabilidade do Estado Intervencionista, um *novo enfoque* se manifesta, indispensável porém — afirmo-o — à modernização de um Direito cuja função primordial é viabilizar e preservar o sistema econômico. As transformações que afetam o modo de produção social, demarcadas no recrudescimento de movimentos neoliberais, na busca de novas formas de regulação do processo econômico, na redefinição do papel do Estado tudo tornado mais complexo ainda mercê da revolução da informática tornam impositiva essa modernização.

Por outro lado, o que também comparece como inovador, no texto, é o manejo dos *princípios*. Superados os positivismos fechados, que propõem uma falsa oposição, entre *princípio* e *norma* — a oposição que verdadeiramente se instala, no sistema jurídico, é a que aparta os *princípios* das regras (ambas no entanto se compondo no gênero *norma jurídica*) o texto não apenas se enriquece, mas, sobretudo, torna-se enriquecedor.

Não exagero, por certo, ao afirmar que qualquer construção que de ora por diante se empreenda, relativamente ao tema, há de necessariamente tomar sob consideração o texto de Scaff. A análise da responsabilidade do que refere como Estado Intervencionista ganha não apenas novas luzes, mas também novos contornos, quando encetada na linha de suas proposições. Ocorre-me apenas alinhar, no elenco de referência aos princípios da lucratividade, do direito adquirido, da boa-fé e da moralidade, ao lado daquela feita ao da igualdade (incidentes sobre as hipóteses de injustificada escolha da opção econômica), o princípio da boa administração.

O livro, de resto, provocará inúmeros desdobramentos. É vigoroso e fascinantemente tormentoso.

Eros Roberto Grau

Agradecimentos

Dois tipos de agradecimentos se impõem: os específicos e os difusos.

Dentre os agradecimentos específicos incluo todas as pessoas que, embora não possa ou não deva nomear, em muito contribuíram para este resultado. De incontáveis cidades e matizes ideológicos, não posso deixar de especificar dentre eles os inúmeros amigos da república da Avanhadava e professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que representarei na pessoa de meu Orientador Fábio Nusdeo. Um agradecimento, além de específico, especial, devo a Eros Roberto Grau. Familiares inclusos, meus e de todos acima referidos.

Dentre os agradecimentos difusos cumpre-me abrir o coração a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, voluntária ou involuntariamente, contribuíram para que este trabalho pudesse chegar a seu término.

Sou, de todos, eterno devedor.

Fernando Facury Scaff

Índice

<i>Prefácio</i>	V
<i>Agradecimentos</i>	IX
<i>Razões desta Segunda Edição</i>	1
<i>Introdução</i>	15

CAPÍTULO PRIMEIRO DO ESTADO ANTIGO AO ESTADO LIBERAL, 23

1. O surgimento do Estado.....	23
2. O Estado Antigo	27
3. O Estado Grego.....	28
4. O Estado Romano.....	30
4.1. A decadência do Estado Romano.....	32
5. O Estado Feudal	35
5.1. Características.....	35
5.1.1. O sistema de lealdades.....	35
5.1.2. A servidão	37
5.1.3. A Igreja Católica e o Estado	38
5.2. A transição para o Estado Absolutista	41
5.2.1. O ressurgimento das cidades.....	42
5.2.2. O incremento do sistema de trocas.....	45

5.2.3. Forma de representação popular.....	50
6. O Estado Absolutista	53
6. 1. Características.....	54
6.1.1. A concentração de poderes	54
6.1.2. O surgimento do Estado Moderno	57
6.1.3. O mercantilismo	61
6.2. A Revolução Francesa e a estatização do direito privado ..	63
7. O Estado Liberal.....	67
7.1. Princípio da Legalidade	68
7.2. Separação de poderes	69
7.3. Voto censitário.....	70
7.4. Liberdade contratual.....	72
7.5. Propriedade privada dos meios de produção e o fator "trabalho"	73
7.6. O incremento da busca por excedente de <i>mais-valia</i>	75

CAPÍTULO SEGUNDO O ESTADO INTERVENCIONISTA, 81

8. A transformação do Estado Liberal.....	82
8.1. Características.....	88
9. Função da intervenção	95
10. Graus de intervenção.....	97
11. Modos de intervenção	99
11.1. Classificações diversas	99
11.2. Critério adotado.....	104
11.2.1. Intervenção no domínio econômico.....	105
11.2.2. Intervenção <i>sobre</i> o domínio econômico	106
11.3. A preponderância da intervenção <i>sobre o</i> domínio econômico	111
11.4. O Planejamento	113

CAPÍTULO TERCEIRO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, 119

12. A responsabilidade jurídica.....	119
--------------------------------------	-----

12.1. O vocábulo “responsabilidade”	119
12.2. Tipos de responsabilidade jurídica	121
12.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	123
13. A evolução das teorias sobre a responsabilidade do Estado .	126
13.1. A irresponsabilidade	126
13.1.1. A responsabilidade funcional.....	130
13.2. A responsabilidade civil	131
13.2.1. Atos de gestão e atos de império	133
13.2.2. Culpa <i>in eligendo</i> e <i>in vigilando</i>	134
13.3. A responsabilidade pública	135
13.3.1. A culpa administrativa.....	136
13.3.2. A falta do serviço	136
13.3.3. O risco integral	137
13.4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais	139
13.4.1. A responsabilidade do Estado e o direito comparado.	139
13.4.2. A situação brasileira.....	142
14. Fundamentos da pretensão indenizatória.....	149
14.1. Responsabilidade por atos lícitos e ilícitos	149
14.2. A teoria das “lesões ressarcíveis”	152

CAPÍTULO QUARTO
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
INTERVENCIONISTA, 155

15. Balizamento do instituto.....	155
15.1. Dos princípios jurídicos e sua interpretação.....	155
15.2. A pessoa que infringe a norma.....	170
15.3. O Princípio infringido e o <i>modus agendi</i> do infrator	177
15.3.1. A escolha da opção econômica pelo Estado e o Princípio da Igualdade	178
15.3.1.1. Surgimento do Princípio da Igualdade	178
15.3.1.2. O conteúdo jurídico do princípio	180
15.3.1.3. Exceções cabíveis.....	184
15.3.1.4. Como exercer a responsabilização	192
15.3.2. As normas de direção e o Princípio da Lucratividade	195

15.3.2.1. O Princípio da Lucratividade	198
15.3.3. As normas de indução e o Princípio do Direito Adquirido	207
15.3.3.1. O Princípio do Direito Adquirido	210
15.3.3.2. As normas de indução e a "culpa da vítima"	218
15.3.4. Os compromissos governamentais e o Princípio da Boa-fé	221
15.3.4.1. Critérios necessários	222
15.3.4.2. O Princípio da Boa-fé	225
15.3.4.3. A jurisprudência brasileira	227
15.4. A pessoa atingida pela infração à norma	231
15.5. A sanção aplicável	232
15.5.1. O Princípio da Proporcionalidade	234
15.6. A reparação	239
15.7. Considerações teóricas finais	240
15.8. A responsabilidade civil do Estado Intervencionista na Constituição Federal brasileira de 1988	242
15.8.1. O princípio geral da responsabilidade civil do Estado	243
15.8.2. A responsabilidade civil do Estado por injustificada escolha da opção econômica	245
15.8.3. A responsabilidade civil do Estado por ferir o Princípio da Lucratividade	247
15.8.4. A responsabilidade civil do Estado por ferir direitos adquiridos	250
15.8.5. A responsabilidade civil do Estado por violação de compromisso governamental	251

CONCLUSÕES

A DEMOCRATIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO INTERVENCIONISTA, 255

<i>Bibliografia</i>	267
---------------------------	-----

Razões desta segunda edição

§1º. O desenrolar da história demonstra a intensificação das relações de trocas entre os povos.

Em uma visão eurocentrista¹, pode-se dizer que o comércio tomou impulso inicialmente entre os que habitavam as costas do Mediterrâneo. É dessa fase a hegemonia comercial dos fenícios, e, posteriormente, das cidades-Estado italianas.

Em seguida, fruto do bloqueio da rotas comerciais européias pelos turcos, o comércio passou lentamente a abranger a navegação costeira pela África, rumo à Ásia, à obtenção das especiarias. Portugal e Espanha

1. Para maiores detalhes, ver a obra de Fernand Braudel, dentre elas *A Dinâmica do Capitalismo*, Lisboa, Teorema, 1986; *O Mediterrâneo e o Mundo Mediterrâneo*. SP, Martins Fontes, 1984; e *Civilização material, Economia e Capitalismo*. SP, Martins Fontes, 1996.

foram os principais exploradores do período, financiados principalmente pelo capital florentino.

Posteriormente, os ibéricos se lançaram rumo ao mar-oceano descobrindo um novo mundo a ser integrado, com riquezas a serem exploradas e comercializadas no *velho* continente. Face à política colonialista implantada, no início não existia propriamente uma relação de trocas, pela completa ausência de poder aquisitivo e de mercado nas colônias, sendo os novos territórios explorados (no sentido de usurpados) pelos recém-chegados. A tônica dessa época foi o fortalecimento dos Estados a partir de uma política mercantilista. Os monarcas reforçaram seu poder político, distribuindo a guerra, a paz e a justiça². Era a época do Estado Absoluto.

A concentração de poderes nas mãos do soberano tomou-se um empecilho à ascensão da burguesia, pois as funções de julgar, administrar e normatizar estavam reunidas em uma única pessoa, e não havia poder que se lhe contrapusesse. Estes, junto a diversos outros fatores, fizeram *cair a Bastilha* em 1789.

A nova ordem pregava liberdade, igualdade e fraternidade para todos. Foi a *deixa* para o incremento das relações de troca. Tudo poderia ser comercializado

2. Para aprofundar este assunto sugere-se ler Gianfranco Poggi, *A Evolução do Estado Moderno*, RJ, Zahar, 1981; Francesco Galgano, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1980; e Michael Tigar e Madeleine Levi, *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*, RJ, Zahar, 1978.

livremente, inclusive uma mercadoria conhecida — e possuída — por todos: a força de trabalho. O espectro da relação de trocas foi consideravelmente ampliado após o entendimento de que a força de trabalho poderia ser livremente negociada no mercado, ao preço de ocasião. Caso houvessem muitos comprando e pequena oferta, o preço seria alto. Caso contrário, o preço cairia. Para o funcionamento deste sistema, é necessária a crença de que *força de trabalho* é uma mercadoria e que todos são *proprietários* de, pelo menos, sua força de trabalho. Ocorre porém que são poucos os que necessitam adquiri-la como insumo de produção, determinando seu preço (salário) sempre muito baixo.

Os problemas sociais advindos da adoção da sistemática acima descrita foram imensos. Tanto que obrigou o Estado a intervir, criando regras para o funcionamento do sistema, e estabelecendo patamares mínimos para proteção daqueles que só possuíam sua força de trabalho para sobreviver, ou muito pouco além dela. Passa o Estado a ser, novamente³, um importante ator no cenário econômico, conduzindo operações e gerenciando interesses.

Após a *queda do Muro de Berlim* vem sendo implantado o retorno a uma política econômica liberal, na qual tudo pode ser negociado livremente no mercado.

3. Sobre o conceito de “ponto zero de intervenção”, ver Vital Moreira, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, Centelha, 1973.

Deixar os direitos ao sabor do mercado — pregação neoliberal —, equivalerá a estabelecer uma corrida de obstáculos entre atletas em perfeitas condições físicas e paraplégicos em cadeiras de rodas. Você já sabe o resultado da disputa. Os mais ricos aumentarão o fosso existente de poder aquisitivo, de educação, saúde, segurança, enfim, de bem estar social. A reprodução desta situação apenas gerará maior exclusão social. Um Direito que se escreva com letra maiúscula não pode coadunar com isto.

No *âmbito econômico* atual a tônica é a intensificação do processo de globalização, fenômeno marcado pela quebra do paradigma socialista, fruto da falência⁴ (e da falácia) do *socialismo real*⁵, que tornou o capitalismo um processo ideologicamente totalitário⁶. A revolução tecnológica, especialmente nos meios de comunicação, vem transformando a sociedade, intensificando a relação de trocas econômicas.

4. A falência do paradigma apenas acelerou o processo de globalização, e não fê-lo surgir, pois a consolidação e a expansão do capital para além das fronteiras nacionais têm origens remotas.

5. Não do ideal socialista, mas da tentativa de colocá-lo em prática através dos modelos de Estado autodenominados de socialistas.

6. Pois monopoliza todos os poderes componentes da sociedade, mesmo os politicamente mais periféricos; é baseado na educação e massificação de propaganda em seu próprio favor e considera a exposição de idéias divergentes como "fora de padrão", entre outras características.

Existem paradoxos neste processo de globalização, pois ao mesmo tempo em que se trata de um fenômeno real, palpável, deve-se registrar a explosão de nacionalismos em várias partes do globo, sendo mais intensa nos países do leste europeu⁷, porém também existente na África⁸. Outro paradoxo diz respeito ao papel deste processo de globalização quase exclusivamente à livre circulação do capital financeiro, e muito pouco à circulação de pessoas e bens. Neste aspecto, as barreiras alfandegárias e de imigração estão presentes e se intensificando⁹.

No âmbito político estamos frente a uma transformação do modelo de Estado, que antes era de Bem Estar e hoje é marcado pelo neoliberalismo. A declarada intenção é reduzir o tamanho do Estado, a fim de que sua participação econômica ocorra muito mais pela atuação *sobre* o domínio econômico, como agente normatizador de mercados, do que como agente de produção/comercialização de bens ou serviços, ao

7. A questão dos Balcãs envolvendo a Jugoslávia é um exemplo.

8. As lutas entre as etnias tutsi e hutu é outro exemplo. José Eduardo Faria preconiza o surgimento de um "neofeudalismo jurídico" em razão desta correlação de forças entre globalização e nacionalismos, em *O Direito na Economia Globalizada*, p. 322 e ss.

9. A grande exceção é a União Européia, apenas para os cidadãos dos países membros. Tal pauta de preocupações não encontra eco nem mesmo na proposta da formação de blocos comunitários, como o NAFTA e o MERCOSUL, e muito menos na ALCA.

atuar *sobre* o domínio econômico¹⁰. O neoliberalismo, portanto, necessita de manutenção do Estado fiscalizador, a fim de que as regras do jogo econômico sejam asseguradas e o “livre mercado”¹¹ possa atuar. Resta saber, atuar em prol de quem?

No *âmbito social*, vemos um processo marcado por amplas transformações, seja pela maior complexidade dos sistemas sociais, seja pela mais ampla participação ativa dos agentes sociais no cenário econômico¹². Novas formas de organização da sociedade como as organizações não-governamentais, estão mudando o perfil da sociedade. O surgimento embrionário do tema *desenvolvimento sustentável* — tão somente um discurso para ampla parcela da população mundial — demonstra o aparecimento de um novo perfil na sociedade, diverso do anterior, cuja busca predatória pelo lucro,

10. Sobre os úteis e instrumentais conceitos de intervenção *sobre* e *no* domínio econômico, ver Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, SP, Malheiros, 3a. ed., 1997, págs. 156-8.

11. Não existe mercado *livre*, mas mercado *forjado* e *conformado* pelos interesses humanos envolvidos nas relações de trocas econômicas. Assim, não há uma *mão invisível*, mas um projeto humano, visibilíssimo, estabelecendo as regras do jogo.

12. Ver o excelente estudo de Jorge Correa Sutil, *Modernización, democratización y sistemas judiciales*, In: *La Economía Política de la Reforma Judicial*. Washington, Banco Interamericano de Desenvolvimento, 1997, coord. Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, págs. 173-187.

era (e, infelizmente, ainda é para a maior parte dos agentes econômicos) a principal meta a ser alcançada.

Dentro deste prisma é que está em processamento uma alteração dos conceitos de soberania, território e povo.

Centremo-nos apenas nas mudanças no conceito de povo, pois este é quem mais tem sido alvo de ataques por parte desta nova conformação do capital. De singela massa de manobra nos discursos políticos¹³, passa a ser considerado também como um mero e descartável índice econômico, uma simples variável dos grandes movimentos de capital em disparada pela melhor posição econômica global. Daí surge o fenômeno do desemprego estrutural, e a colocação em cheque do modelo anteriormente existente na sociedade. Do *pleno emprego* passamos ao desemprego estrutural e à *flexibilização do direito do trabalho*, que reduz grande parte dos direitos sociais, colocando-os em um patamar de livre negociação, necessária (sob o argumento do capital) para poder permitir que as empresas sobrevivam em um mundo de acirrada concorrência¹⁴. Tra-

13. Ver Friedrich Müller *Quem é o Povo: A Questão Fundamental da Democracia*. SP, Max Limonad, 1998, incluindo um esplêndido prefácio de Fábio Konder Comparato.

14. Ver, sob o aspecto econômico, Viviane Forrester, *O Horror Econômico*, SP, Unesp, 1997. Sob o aspecto jurídico, Rosita de Nazaré Sidrin Nassar, *Flexibilização do Direito do Trabalho*, SP, LTR, 1991; Arion Sayão Romita, *A Globalização da Economia e o Poder dos Sindicatos*, *In Ordem Econômica e Social — Estudos em Homenagem a Ary Brandão de Oliveira*, SP, LTR, 1999, coord. Fernando Facury Scaff.

ta-se de livre negociação entre partes formalmente iguais, porém economicamente em desequilíbrio, o que transforma negociação em imposição.

Em suma, é importante recolocar o *homem* como o centro das preocupações da sociedade. Os operadores jurídicos devem trabalhar para que o estudo das humanidades e a globalização dos direitos humanos sejam o principal foco de atenções nestes tempos que correm¹⁵.

A discussão do pós-Consenso de Washington, revisão da bíblia do neoliberalismo que hoje aflora nos fóruns mundiais, vem ao encontro das discussões e preocupações expostas neste trabalho que impõem um agir estatal ao lado dos economicamente mais fragilizados.

§2º. O estudo da teoria da responsabilidade é dos mais importantes para o Direito. Está em curso, há vários anos, uma luta surda pela redução da impunidade na sociedade. Uma luta pela responsabilização de todo aquele que causou um dano a outrem, independentemente de credo, raça, cor, sexo, posição social que desempenhe ou do tilintar de sua conta bancária. Neste sentido laboram quase todas as disciplinas jurídicas, das mais antigas às mais novas: o direito

15. Fundamental sobre este tema é a coletânea *Direitos Humanos no Século XXI*, organizada por Paulo Sérgio Pinheiro e Samuel Pinheiro Guimarães, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 2 vol.. Também o livro *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, de Fábio Konder Comparato.

penal com a criação de uma corte internacional de justiça para julgar crimes de guerra; o direito do consumidor, responsabilizando os produtores de bens e serviços irregulares; o direito constitucional, implementando a responsabilidade política dos governantes, através do processo de *impeachment*. Enfim, os exemplos são os mais diversos possíveis e abrangem todas as áreas do conhecimento jurídico.

Não é uma luta travada apenas nos ringues dos Tribunais, e nem diz respeito apenas aos juristas. Esta guerra pela redução da impunidade é uma disputa *social*, que reflete o desenvolvimento de um povo. Seu campo de atuação ultrapassa os limites do jurídico, abrangendo todo o esforço de uma sociedade em busca de melhor *qualidade de vida*, onde os direitos assegurados e a ética no convívio social possam ser mais do que palavras escritas em uma folha de papel¹⁶, mas reflitam a verdadeira *praxis* existente.

É verdade que estamos longe, infelizmente muito longe, de chegarmos a um estágio aceitável de civilização, onde as lesões possam ser completamente reparadas, e que não exista esfera de impunidade. No Brasil este estágio de desenvolvimento econômico e social é

16. Referência a Ferdinand Lassale, em *O que é uma Constituição*. Há um ensaio de Inocêncio Mártires Coelho confrontando as posições do velho mestre às de Peter Haberle e de Konrad Hesse acabando por entendê-las tão atuais quanto dantes — *Konrad Hesse/Peter Haberle: um retorno aos fatores reais de poder*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 26, págs. 119-126. SP, Ed. RT, jan-mar/99.

ainda menor do que no resto do assim chamado *Primeiro Mundo*. Neste ano que corre a ONU, através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento — PNUD, divulgou pesquisa sobre o IDH — Índice de Desenvolvimento Humano, onde fomos classificados em 74º lugar, de um total de 174 países pesquisados, colocando-nos no rol dos que possuem médio desenvolvimento, ao lado da Arábia Saudita e Tailândia. Isto quer dizer que mesmo após 10 anos de promulgada a nossa Constituição de 1988 não conseguimos tornar efetivo sequer o *objetivo fundamental* do desenvolvimento nacional¹⁷, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades regionais¹⁸. Inegavelmente, se isso tivesse se tornado *objetivo fundamental* das *políticas públicas* de ensino, de saúde, econômicas, ao longo deste período, não teríamos este baixo índice de desenvolvimento humano. Valha-nos quem? É necessário reduzir mais esta área de impunidade existente, e para tanto é necessária a adoção de ingentes esforços doutrinários¹⁹.

Qual forma podemos adotar para reduzir a impunidade existente, e quais os meios jurídicos adequados

17. CF/88, art. 3º, II

18. CF/88, art. 3º, III

19. Neste sentido vale referir pela excelente qualidade de análise e pelo ineditismo no trato do tema o artigo de Fábio Konder Comparato, *Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*, Revista RT, v. 737, março-97, págs. 11-22.

para fazê-lo? A implementação destas normas se dará no embate social, onde aqueles que ocasionaram o dano demonstrarão com belas palavras e vinculados à teoria tradicional que sua atuação não pode ser alcançada pelo Direito. Logo, é necessário buscar vias diversas, não-tradicionais, para a solução da questão, porém aceitáveis pelo *stabilishment jurídico de plantão*. Contudo, caberá aos Tribunais decidir até onde a sociedade poderá agüentar a impunidade imposta, que se auto alimenta e corrói o tecido social. E aí prossegue a luta acima referida, refletindo o estado da civilização existente em nossa sociedade.

§3º. Este livro foi inicialmente gestado nos idos da plenitude da intervenção do Estado na economia no Brasil, quando a atividade econômica era concentrada basicamente nas estatais brasileiras, e o governo de plantão fazia planos econômicos de laboratório para acabar com a inflação. A economia brasileira, e, em grande parte também a mundial, encontrava-se centrada na forte participação do Estado como agente econômico e como regulador de mercados.

O que se discute após cerca de uma década? Adveio o neoliberalismo e suas teses absenteístas. Grande parte das empresas estatais brasileiras foram vendidas e aparentemente arrefeceu a participação do Estado *sobre* a economia, enquanto agente normativo.

Pareceu-me que as reflexões aqui formuladas haviam perdido por completo sua atualidade, uma vez que, se o Estado não mais intervém na economia, como se poderia falar de indenização decorrente de

danos ocasionados pela intervenção do Estado? Como falar de responsabilidade civil do Estado intervencionista?

Porém, melhor refletindo, constata-se a permanente atualidade das reflexões teóricas constantes deste livro, uma vez que a atuação do Estado como agente normativo, sobre a economia, permanece e se intensifica. Se a participação do Estado enquanto agente normativo, intervindo *no* domínio econômico, através de empresas estatais, arrefeceu, a intervenção *sobre* o domínio econômico, enquanto agente regulador foi bastante intensificada, principalmente em razão do modelo de agências reguladoras que passou a ser adotado no Brasil. Nunca o Estado esteve tão presente, como o grande responsável pelo controle e fiscalização das atividades econômicas: agências reguladoras, Tribunais de Contas, Ministério Público e várias outras formas de controle da atividade econômica pelo Estado nunca estiveram tão acentuadas quanto hoje.

Logo, a tese se impõe e permanece atual. A configuração da economia é diferente, uma vez que o neoliberalismo fez reduzir a participação do Estado enquanto agente econômico, *na* economia, mas intensificou as atividades de agente regulador, *sobre* a economia. Desta forma, as possibilidades de dano se mantêm, hoje como ontem, face à onipresença do Estado na economia, através de sua regulação, controle e fiscalização.

Foi tal constatação que me levou a proceder a esta segunda edição, que foi atualizada nos aspectos dou-

trinários e jurisprudenciais, visando dar ao leitor uma posição mais presente dos autores e das decisões dos tribunais acerca do assunto em tela. Enfim, do estado *da arte*, do estado *da técnica* e do grau de responsabilidade com que nossa sociedade está tratando desta questão.

Julho do ano 2000.

Fernando Facury Scaff