

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS
PRATICADOS POR SEUS AGENTES

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA A UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPE
CIALIDADE DIREITO

ANITA WESSLING FLÔRES

FLORIANÓPOLIS - SANTA CATARINA

ABRIL - 1984

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS
AGENTES

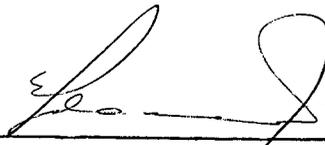
ANITA WESSLING FLÔRES

ESTA DISSERTAÇÃO FOI JULGADA E APROVADA EM SUA FORMA FINAL
PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



PROFESSOR PAULO HENRIQUE BLASI
COORDENADOR DO CURSO E ORIENTADOR

APRESENTADA PERANTE A BANCA EXAMINADORA COMPOSTA DOS PROFES
SORES:



DR. PAULO HENRIQUE BLASI
PRESIDENTE

DR. CESAR LUIZ PASOLD
MEMBRO

DR. CLÓVIS DE SANTOS GOULART
MEMBRO

Para meus filhos:

MARCOS ANTÔNIO

MARISA

REGINA HELENA e

ROSÂNGELA

esta lembrança para ficar

Em especial,

Para o Professor PAULO HENRIQUE
BLASI, Coordenador do Curso de
Pós-Graduação em Direito da
UFSC e Orientador deste traba-
lho, a homenagem pelo inestimá-
vel apoio e amizade que sempre
nos dispensou.

AGRADECIMENTOS

- Ao Mestre Maior, pela nossa existência.

- Aos Professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, pelos sábios ensinamentos que nos transmitiram.

- Aos Doutos componentes da Comissão Examinadora desta Dissertação, pela atenção dispensada ao presente trabalho.

- Aos funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, pela presteza e solicitude com que sempre nos atenderam.

- À Secretária da Justiça do Estado de Santa Catarina, Doutora Heliete Marly Filomeno Leal, pelo incentivo e apoio na realização deste trabalho.

- Ao Doutor Antônio Felisberto Pinheiro, Coordenador de Defesa Civil em Santa Catarina, pela inestimável colaboração.

ÍNDICE

	PÁG.
PARTE I - INTRODUÇÃO	
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA.....	1
PARTE II - DESENVOLVIMENTO	
1. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA DOCTRINA PÁTRIA.....	8
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TEORIAS PRINCIPAIS	
2.1. Teoria da Irresponsabilidade.....	20
2.2. Teoria Mista ou Civilista.....	27
2.3. Teoria da Culpa Administrativa.....	45
2.4. Teoria do Acidente Administrativo.....	54
2.5. Teoria do Risco Integral.....	61
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	89
4. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	114
5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO: LIMITAÇÕES.....	117
6. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS....	132
7. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS.....	144
8. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS NATURAIS.....	169
9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	196

	PÁG.
10. A REPARAÇÃO DO DANO	235
10.1. Ação de Indenização	237
10.2. Ação Regressiva	241
PARTE III - CONCLUSÃO	
1. A Posição da Doutrina em Resumo	251
2. Conclusão Pessoal	255
BIBLIOGRAFIA	270

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo analisar, sob o prisma jurídico, até que ponto é o Estado responsável pelos atos praticados por seus agentes, bem como por danos provocados por fenômenos naturais.

O estudo de situações assim geradas é de fundamental importância, tanto para permitir o conhecimento dos mecanismos utilizados na cobrança da responsabilidade do Estado, como por oferecer subsídios ao dimensionamento do problema. Daí o interesse despertado, não somente entre os agentes públicos, mas sobretudo entre os juristas.

O trabalho se divide em três partes: introdução, desenvolvimento e conclusões, tendo como ponto de partida a pesquisa bibliográfica.

Primeiramente são feitas breves considerações sobre a responsabilidade civil, que implica no dever jurídico de reparar o dano.

A segunda parte desenvolve o tema, enfocando aspectos relevantes da responsabilidade civil do Estado, a partir de sua evolução doutrinária, tais como: principais teorias e sistema predominante no Brasil; o direito positivo brasileiro; elementos constitutivos da responsabilidade e sua limitação; a responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais; o problema da responsabilidade estatal, quanto a danos ocasionados por fenômenos naturais; a extensão do problema na jurisprudência pátria; a recuperação do dano.

Procura-se, na parte final, frente ao posicionamento de alguns autores, a evolução da jurisprudência e a análise de

situações concretas (emergentes em Santa Catarina, em consequência das inundações ocorridas em julho de 1983) demonstrar que há uma tendência cada vez mais acentuada no sentido de responsabilizar o Estado por prejuízos decorrentes de ação ou omissão, bastando, para tanto, a conjunção de dois elementos; o dano e o nexo causal.

Conclui-se, que, em tese, o Estado responde diretamente pelos atos praticados por seus agentes, que, no desempenho de suas funções, venham a causar prejuízos a terceiros.

RESUMÉ

Ce travail a pour objectif d'analyser, d'un point de vue juridique, jusqu'à quel point l'Etat est responsable par les actes pratiqués par ses agents, ainsi que pour les dommages provoqués par des phénomènes naturels.

L'étude de telles situations est d'une importance fondamentale, tant pour connaître les mécanismes utilisés dans la détermination de la part de responsabilité de l'Etat, que pour offrir des subsides à la dimension du problème. De là, l'intérêt constaté non seulement chez les agents publics mais surtout chez les juristes.

Le travail se divise en trois parties: introduction, développement et conclusions, ayant pour point de départ la recherche bibliographique.

En premier temps, on fait des brèves considérations sur la responsabilité civile, qui implique dans le devoir juridique de la réparation des dommages.

Tout en mettant en valeur certains aspects de la responsabilité civile de l'Etat, la deuxième partie, développe le thème étudié, à partir de son évolution doctrinaire: principales théories et système prédominant au Brésil; le droit positif brésilien, les éléments constitutifs de la responsabilité et sa limite; la responsabilité de l'Etat par les actes législatifs et judiciaires; le problème de la responsabilité des Etats de l'Union quant aux dommages causés par des phénomènes naturels; l'extension du problème dans la jurisprudence brésilienne; la récupération du dommage.

Face à la prise de position de quelques auteurs, à l'évolution de la jurisprudence et à l'analyse de situations concrets (emergentes dans l'Etat de Santa Catarina en raison des inondations de juin 1983), nous cherchons, dans la partie finale, à démontrer qu'il existe une tendance chaque jour plus accentuée à rendre l'Etat responsable des préjudices résultants d'actions ou d'omissions, et qu'il suffit, dans ce cas, d'obtenir la conjuction de deux éléments: le dommage et la liaison causal.

Nous concluons qu'en thèse, l'Etat repond directement des actes de ses agents, qui dans l'exercice de leurs fonctions, pourraient causer des préjudices à des tiers.

ABSTRACT

This work aims to analyse, from a juridical point of view, how the State can be responsible for acts practiced by its agents, and for the damage provoked by the natural phenomena.

The study of these situations is of fundamental importance, not only to gain knowledge of the mechanisms used in establishing the responsibility of the State, but to offer a basis for assessing the depth of the problem. This is very important among the public agents and also among the jurists.

The work is divided in three parts: introduction, development and conclusion, parting from bibliograph research.

Firstly are made brief considerations in relation to the civil responsibility, which include the juridical responsibility to repair the damage.

The second part is the theme, including relevant aspects of the civil responsibility of the State, starting from the evolution of its doctrine, such as: principal theories and the predominant system in Brazil; Brazilian "positive rights"; constituent elements of responsibility and its limitation; the responsibility of the State for legislative and juridical acts; the problem of the State responsibility in relation to the damage occasioned by the natural phenomena; the extent of the problem in Brazilian jurisprudence; the repair of the damage.

The author intends, in the final part, considering the position of various authors, to take into account evolution of the jurisprudence and the analysis of the concrete situations

(arising in Santa Catarina in consequence of the floods which hapened in july in 1983) to demonstrate that there is a growing tendency to attribute responsibility to the State for the damages occasioned by action or by omission, being sufficient for this, the union of two elements; the damage and the causal nexus.

It has been concluded in thesis, that the State responds directly for acts practiced by its agents, who are in their functions and can cause injury to third parties.

PARTE I

INTRODUÇÃO

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA

Por entendermos trata-se de um assunto bastante atual e oportuno, achamos válido que se analise, com o objetivo de obtermos uma visão mais ampla sobre o mesmo, o problema da "RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS AGENTES".

Sabe-se que a razão de ser da Administração é a gestão da coisa pública, tendo em vista a realização do bem comum.

Isto é feito pelo Estado através de seus agentes, os servidores públicos em geral.

Pode acontecer que tais agentes, no desempenho de suas funções, provoquem danos ao patrimônio dos administrados.

Assim agindo, levam o Estado à obrigação jurídica de compor tais danos, de indenizar os prejuízos verificados.

Isto importa em afirmar que a Administração responde perante os particulares, pelos atos de seus agentes que causam prejuízos a terceiros.

O fato de assim responder é denominado RESPONSABILIDADE, que não é outra, senão a RESPONSABILIDADE CIVIL, aquela que implica no dever jurídico de reparar o dano.

A responsabilidade penal, por sua vez, nunca poderá ser imputada ao Estado.

Jamais o Estado será réu em ação penal porque no âmbito do direito regressivo, a responsabilidade é pessoal, individual, pois não sendo o Estado pessoa física, não pode ser responsabilizado.

Em suma, os funcionários públicos podem ser responsabilizados penalmente, mas o Estado, a Administração, não.

Cuidando-se da responsabilidade civil, há que distinguir duas modalidades dela: a contratual, que resulta da violação das cláusulas conveniadas em contrato, e a extra-contratual, que nasce da causa estranha ao contrato.

Logo, estamos frente à responsabilidade civil extra-contratual do Estado, por este assumida em razão da atuação dos seus agentes, comissiva ou omissiva, ou seja, provocada por ação ou omissão.

Um rápido retrospecto histórico revela que nem sempre o Estado se responsabilizou pelos prejuízos provocados pela ação de seus agentes.

No passado, o Estado foi totalmente irresponsável. O príncipe, que se considerava representante da divindade, não respondia porque atuava "em nome de Deus", e na conformidade de seus desígnios.

Ou, em versão mais moderna, os Estados prepotentes inadmitiam que a Administração agisse alguma vez com dolo ou culpa, pressuposto da ilicitude que manda ressarcir.

A partir da Revolução Francesa, o regime da responsabilidade estatal evoluiu, para admitir-se na distinção dos atos administrativos, de império e de gestão, os casos frente aos quais o poder público responderia ou não: quando agisse no exercício de sua soberania não indenizava, mas, ao contrário, se o fizesse na gestão de seu patrimônio, sim.

Era uma doutrina privatística, inspirada nas normas do Direito Civil. Embora representasse o resultado de processo evolutivo, tal teoria, calcada na distinção da natureza das

duas barreiras à justa pretensão dos particulares prejudicados pela ação dos agentes públicos, quando violadoras das normas de direito, não ensejava a efetivação da justiça, isto porque o Estado francês subtraía à apreciação do judiciário os chamados atos de império, julgados que sempre foram pelo Contencioso Administrativo.

Impunha-se, por isso mesmo, que tais questões fossem apreciadas à luz das normas do direito público, a fim de que pudessem ser equacionadas com justiça.

Foi em razão disso que vieram à luz, gradualmente, as doutrinas publicistas, as quais veremos mais adiante.

Sabe-se que o problema da responsabilidade civil do Estado foi sempre considerado dos mais graves e complexos que ao jurista é dado enfrentar, apresentando dificuldades de ordem teórica e prática que têm impedido a construção de um sistema doutrinário de linhas estáveis e precisas em torno à matéria.

Já a questão jurídica da responsabilidade, considerada, in genere, oferece, por si mesma, complicações e dúvidas, dando lugar a intensas controvérsias sobre pontos essenciais, como o relativo ao fundamento da obrigação de reparar o dano, fundamento que, para os tradicionalistas, é o princípio subjetivo da culpa enquanto que, para outros, é o próprio fato da lesão patrimonial, procurada apenas a relação de causalidade com o evento danoso. Aprofunda-se o disídio quando se trata de obrigação por fato de terceiros.

Quanto à responsabilidade do Estado o problema agrava-se com a interveniência de questões e interesses de ordem política e econômica que necessariamente devem ser consideradas nas regras e soluções a serem prescritas.

Todos os tratadistas e estudiosos do direito administrativo apontam e acentuam, em regra, esses óbices insuperados da intrincada questão, chegando alguns a conclusões pessimistas quanto à possibilidade de uma demonstração lógica dos fundamentos e das consequências do dever, que se atribui ao poder público, de reparar as lesões decorrentes do exercício de sua atividade.

Tudo o que concerne à responsabilidade é matéria de controversia e, especialmente, no que diz respeito à responsabilidade do Estado.

A maior dificuldade em estabelecer uma doutrina decisiva provém da falta de regras ou princípios escritos que rejam a matéria e, aqui, estamos nos referindo ao caso brasileiro.

Outras dificuldades decorrem, por certo, principalmente, da diversidade ou da oposição de situações, de interesses e de fins entre o poder público, de um lado, e o indivíduo de outro: o primeiro visando um fim altruístico, com a realização de serviços indispensáveis ao bem geral, tendo, contudo, o dever de tutelar e garantir os direitos individuais; e o segundo cumprindo uma finalidade egoística, legítima, mas muitas vezes colidente com o interesse coletivo.

Não é mais possível admitir-se, sem protesto, a velha doutrina da irresponsabilidade absoluta do Estado. E os diversos sistemas existentes, conforme o ponto de vista particular dos autores, ora ampliam, ora restringem, quase sempre sem um critério assaz definido, a responsabilidade do Estado pelos atos dos seus representantes ou funcionários.

Os sistemas engendrados assentam todos eles, em distinções, mais ou menos sutis, que se devem guardar entre os atos,

legais e ilegais, lícitos e ilícitos, de império e de gestão, ou ainda, entre atos praticados, sem culpa ou dolo, por parte do respectivo agente ou funcionário.

Semelhantes sistemas, é de ver, não têm podido satisfazer, nem jamais serão capazes de satisfazer, ao postulado geral de direito e de justiça, que a questão envolve; desde que começa, por distinguir, em princípio, o que, somente em dados casos particulares, seria lícito fazer, e ainda assim, na ocorrência de circunstâncias especiais, segundo a razão e fim do próprio fato.

O Estado tem por objeto dar garantia, da condição primordial da própria vida e ação humana coletiva: o Direito. Isto basta para se contrapor aos argumentos que, invocados sob a inspiração da soberania estatal, consideram inviáveis sua condição de sujeito de obrigações nas relações jurídicas.

Ainda persiste quem sustente que o Estado, ente político ou soberano, age em esfera superior ao próprio direito, e que, conseqüentemente, é irresponsável, se, como tal, violar os direitos individuais.

Todavia, não se pode compreender o Estado com direitos anteriores aos dos próprios indivíduos que o compõem.

A expressão mais elevada do seu poder, a que se dá o nome de soberania, é uma consagração do direito; queremos dizer, - é o direito, que reconhece a necessidade do conjunto das faculdades e isenções, que constituem tamanha atribuição do Estado, por ser, aliás, indispensável à proteção dos próprios direitos individuais.

Embora a legislação dos diversos povos careça ainda de disposições de caráter geral, que assim o declarem, não é menos verdade, que a responsabilidade do Estado já se acha reconhecida por disposições especiais, relativas a certos ramos do serviço público, - e a consciência jurídica moderna reclama, cada vez com maior insistência, que dita responsabilidade seja consignada, como regra geral do direito positivo, por assim ser necessário ao cumprimento da verdadeira justiça.

O Estado, como as demais pessoas jurídicas, tem a sua conduta traçada num contexto geral, pelas regras do direito objetivo e tais regras são, resultantes da natureza da sociedade humana.

Com efeito, no estado atual da razão científica o único ponto de partida verdadeiro é este: o direito é a regra de conduta e proceder, tanto dos indivíduos, como do Estado; consequentemente, assim como sucede com os indivíduos, também deve o Estado, em princípio, responder pelos próprios atos, - salvo se uma razão jurídica superior fizer cessar ocasionalmente a sua responsabilidade.

Apesar das divergências doutrinárias e da multiplicidade de teorias sobre o assunto, o princípio da responsabilidade do poder público pelos atos de seus representantes ou, mais amplamente, pelas consequências da sua atividade, é hoje geralmente reconhecido e aplicado.

As dúvidas e as restrições surgem, todavia, quando se trata de delimitar o alcance do princípio. Que atos ou funções dão lugar à responsabilidade do Estado? Em que medida ou em que condições? Entre essas dúvidas estão as que se referem à responsabilidade do Estado pelas consequências, por exemplo, dos atos judiciais, legislativos, os prejuízos causados por fe

nômenos naturais, assuntos que procuraremos elucidar em capítu
los subsequentes.

PARTE II

DESENVOLVIMENTO

1. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NA DOUTRINA PÁTRIA

Segundo JOSÉ DE AGUIAR DIAS, (Da Responsabilidade Civil, 1983, vol. 2, p. 564), a doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade, para o da responsabilidade com culpa, e deste para o da responsabilidade sem culpa.

Por outras palavras, passou-se da fase da irresponsabilidade da Administração, para a fase da responsabilidade civilística, e desta para a fase da responsabilidade pública em que nos encontramos.

Sob o domínio dos governos absolutos negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada na regra inglesa da infalibilidade real - "The King can do no wrong"- extensiva aos seus representantes; sob a influência do liberalismo assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos de seus agentes, finalmente, em nossos dias, atribui-se à Administração Pública uma responsabilidade especial de direito público.

Para HELLY LOPES MEIRELLES, (Direito Administrativo Brasileiro, 1983, p. 616) a doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam - a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Nor-

te - abandonaram-na. A Inglaterra pelo Crown Proceeding Act, de 1947, e os Estados Unidos da América do Norte, pelo Federal, Tort Claims Act, de 1946, caindo, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes.

Por sua vez, a doutrina civilística ou da culpa civil comum, também vem perdendo terreno, com o predomínio das normas do direito público sobre as regras de direito privado na regência das relações entre a Administração e os administrados.

Resta, então, a teoria da responsabilidade sem culpa como a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos.

Realmente, diz H.L. MEIRELLES, não se pode equiparar o Estado, com o seu poder e os seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e prerrogativas públicas.

Tornaram-se por isso inaplicáveis os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

A doutrina do direito público se propôs resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa, ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros.

Surgiram, então, dessa tentativa, as teses da culpa administrativa, do acidente administrativo e do risco integral, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, variando, contudo, nos seus fundamentos e na sua aplicação..

Após esta breve introdução faremos um retrospecto his-

tórico sobre a responsabilidade do Estado abrangendo a época do Brasil - Colônia, Império e República, esta na primeira fase, nas décadas sucessivas até 1930, depois, no período de grande transformação que se estende até nossos dias, pois que, tratam de modo diverso a responsabilidade pública, instituto regulado pela orientação política vigente em cada momento de nossa história, por sua vez subordinada às grandes colocações políticas universais.

Vejamos, a obrigação de indenizar no Brasil - Colônia. No tempo da monarquia absoluta portuguesa, todos os poderes concentravam-se nas mãos do soberano, sendo que a autoridade pública era sempre considerada absoluta e plenamente irresponsável.

A decisão de qualquer causa, mesmo oriunda de ação administrativa, competia a juizes e tribunais ordinários, mas a magistratura era simples instrumento do Governo, podendo o príncipe intervir a todo instante, substituindo-se aos julgadores, e decidir, em última e inaplicável instância, mesmo as causas pendentes de decisão judicial.

O VISCONDE DE URUGUAI escreveu o seguinte:

"Pela sua forma de governo, absorvia o Executivo, em si, todos os poderes, ou, para melhor dizer, havia um só. Podia o rei avocar as causas que pendiam perante juizes e tribunais judiciais e prover como entendesse conveniente. Nem qualquer autoridade podia ir de encontro ao que o Governo julgasse de interesse público. Tinha este muitos meios para fazê-la embicar no caminho que convinha e era tão forte que não podia ser e não era contrariado. Eram os Juizes seus

delegados e não havia decisão entre o poder judicial e administrativo, que jaziam confundidos". (Visconde do Uruguai, Ensaio sobre o direito administrativo, 1862, t. 1, pp. 135-6).

Portanto, sendo irresponsáveis Estado e soberano, inexistiu o instituto da responsabilidade pública, pela ausência de pessoa que respondesse pelos danos causados pelos agentes do governo, porque "O Estado é o rei", "o rei não comete erros", "a vontade do rei tem vigor de lei".

Assim, os agentes administrativos representam o monarca e este fica acima de qualquer possibilidade de responsabilização.

Referindo-nos ao Brasil - Império, poderíamos dizer que o primeiro - o Brasil-Colônia - é a simples continuação do estado de coisas lusitano, alterado completamente após a proclamação da Independência, visto que durante cerca de três séculos vigorou a teoria da irresponsabilidade estatal, substituída depois, pela preocupação do poder público em ressarcir, em alguns casos, os prejuízos causados pelos particulares por atos de seus agentes.

AMARO CAVALCANTI em sua obra - "Da responsabilidade civil do Estado", 1957, p. 611, diz que no Brasil, "nunca se ensinou, ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes".

Por sua vez RUI BARBOSA ensina que, no direito brasileiro, "é inquestionável a responsabilidade do Estado. Atos Judiciários e monumentos legislativos conspiram em firmá-la".

Diz RUI BARBOSA que:

"Na jurisprudência brasileira, nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos dos seus empregados. Apesar de profundamente repassada na influência do direito romano, a nossa evolução jurídica, modificada pelo concurso dos elementos liberais, que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espírito dos nossos Tribunais essa revivência antidemocrática dos privilégios legalistas".

Continuando, diz ainda:

"Pelo dano causado ao direito dos particulares não hesitou jamais a justiça brasileira em responsabilizar municipalidades, províncias e Estados, o Governo do Império, o da República, tendo por idéia inconcussa a de que, no Ministro, no Presidente, no Governador, no Prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a administração pública verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo princípio da representação, desaparece na do preponente. Não desanimam, é certo, os procuradores do erário. Mas, não obstante o brilho superficial que às veleidades regalistas vai emprestando hoje, entre nós, o reflexo dos Mantellinis, a linha da tradição mantida ainda não se quebrou; os julgados, na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia a dia aumentando o tesouro opulento de arrestos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todos". (Rui Barbosa - A culpa civil das administrações públicas, 1898, pp. 59-61 Apud Cretella Júnior,

O Estado e a obrigação de indenizar. 1980, pp. 185-86).

Quanto à obrigação de indenizar na Primeira República, diz CRETELLA que:

"Os administrativistas dos primeiros tempos, dão maior relevo ao instituto ora em discussão, acentuando, no entanto, que estabelecer os limites da responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários é, no conceito geral dos publicistas, um dos problemas de mais difícil solução, no campo do direito administrativo". (ob. cit. p. 186).

Nesse sentido VIVEIROS DE CASTRO (Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo, 3a. ed. 1914, p. 631) diz que:

"Cada escritor tem a sua maneira especial de resolvê-lo e, diante dessa diversidade de doutrinas e da deficiência das respectivas legislações, as jurisprudências, pátria e estrangeira, não adquiriram ainda a estabilidade necessária para firmar o princípio regulador da espécie".

Por outro lado diz OLIVEIRA SANTOS (Direito Administrativo e Ciência da Administração, 1919, p. 120) que, "a responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus prepostos é uma das questões momentosas da atualidade, principalmente no Brasil".

PORTO CARREIRO conclui que:

"O Estado é, em tese, responsável pelos atos de seus empregados, o que não quer dizer que o seja em absoluto. A distinção decor

rerã da lei, ou como instituição fundamental de direito público, ou como providência geral-legal ou regulamentar - na organização dos serviços administrativos". (Lições de Direito Administrativo, 1918, p. 246, Apud Cretella, ob. cit. p. 187).

OLIVEIRA SANTOS assevera que, dominando o princípio, de que "toda lesão de um direito exige reparação para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica, para manter a situação lógica e natural do Estado de direito", a consequência é que o Estado responde pelos atos de seus prepostos, qualquer que seja a natureza desses atos, de império ou de gestão, sempre que deles resulte violação da lei por ofensa ao direito individual. (ob. cit. p. 126).

Segundo OLIVEIRA SANTOS, a responsabilidade civil do Estado por ato dos seus funcionários ou prepostos deve ir até onde chega a violação dos direitos dos particulares por atos dos representantes do mesmo Estado, praticado no exercício de suas funções. Não é, porém, o Estado responsável por violação do direito individual, mesmo cometida por funcionário ou preposto, se o ato, considerado culposos, não foi praticado pelo representante do Governo ou da Administração no exercício de suas funções. (ob. cit. p. 126).

Quanto a obrigação de indenizar depois de 1930, CRETELLA JÚNIOR (ob. cit. p. 187) diz que nessa década, os primeiros estudos do direito administrativo, afastados da orientação empírica dos anteriores, surgem sucessivamente, cuidando todos da responsabilidade civil do Estado, a partir de colocações rigorosas que conjugam o direito positivo, a jurisprudência e a doutrina dominantes.

MATOS DE VASCONCELOS, após referir-se às várias doutrinas da responsabilidade pública conclui que:

"partidários, embora, da individualização da responsabilidade, para o efeito da reparação por parte do autor da lesão, somos obrigados a reconhecer que a teoria do risco integral é a que melhor consulta o caso brasileiro pelos seguintes motivos:

- a) a noção ainda pouco precisa da responsabilidade dos agentes do poder público;
- b) a força do fato consumado, suficiente para acolher os atos ilegais por eles praticados, e cobri-los com o manto protetor da mais completa impunidade".

(Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1937, v. 2, p. 516).

CIRNE LIMA assinala que:

"a culpa e o risco formam as bases essenciais da responsabilidade da administração pública pelo dano decorrente de fato de seus agentes ou do fato das coisas a seu serviço. A culpa abrange, porém, a maior extensão desse setor das relações jurídicas da Administração. O risco consiste no fundamento excepcionalmente estabelecido à responsabilidade da Administração". (Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo*, 1982, p. 198).

JOSÉ RODRIGUES VALE, assume posição isolada, salientando que:

"não obstante nossa legislação, em numerosos dispositivos, preceituar a responsabilidade do Estado, na prática, é extremamente difícil obter que o Estado repare quaisquer da-

nos, mesmo quando se obtêm uma sentença que o determine indenizar a parte vencedora. Tal sentença se torna inexecutível pois não são penhoráveis os bens do Estado". (José Rodrigues Vale, *Curso de direito administrativo*, 1941, p. 348).

Vejamos agora a obrigação de indenizar na doutrina atual.

A responsabilidade civil do Estado, em nossos dias, tem sido equacionada a partir de um dado fundamental - o dano -, produzido por pessoas ou coisas do Estado - o nexu causal.

A regra é a indenização pelos prejuízos efetivamente causados pela pessoa jurídica pública ao administrado. Se houve dano há que se indenizar o prejudicado.

A grande divergência em torno da responsabilidade do Estado reside na oposição verificada entre as teorias subjetivas e as teorias objetivas, sendo que as primeiras se fundamentam na falta pessoal, no homem, no agente, no sujeito, abrangendo as segundas as que se baseiam na falta do serviço, na falha da máquina.

Enquanto que as teorias subjetivas pressupõem a culpa da Administração pelos seus prepostos, a relação entre a ação pessoal do funcionário e suas consequências, as teorias objetivas levam em conta, principalmente, o dano, a relação entre fato ou ato da Administração e os efeitos produzidos, procurando o restabelecimento do valor econômico, reduzido pelo dano, sem se preocuparem com considerações de natureza subjetiva, humana, expressas no dolo ou na culpa do agente do Estado.

MÁRIO MASAGÃO (*Curso de Direito Administrativo*, 1974, pp. 299-300), leciona que a teoria do risco integral, baseada

nos princípios da repartição dos ônus e encargos sociais, considera os fatos de maneira objetiva, sendo-lhe indiferente que tenha ou não tenha havido culpa, ou irregularidade, no funcionamento do serviço. Importa, somente, verificar se há nexo causal entre o funcionamento e o dano suportado pelo cidadão. Compor esse dano é risco inerente à execução do serviço. Se este aproveita a todos, todos devem participar daquela composição, e até o indivíduo que percebe a indenização contribui para ela, porque paga tributos do Estado.

Por sua vez, GUIMARÃES MENEGALLE entende que, o ato da noso de indivíduo que usurpou o poder é ato ilegal, pelo qual o Estado, em tese, não responde. É ato jurídico inexistente, consoante a teoria moderna do direito administrativo que, de resto, a fez derivar do direito civil.

Ordinariamente, distingue-se, nos atos dos funcionários públicos, aqueles que são praticados em razão de sua condição humana, sob a influência de sentimentos, ambições ou paixões pessoais, capazes de os animarem em qualquer situação, independentemente, portanto, de sua qualidade de funcionário; e os que, mesmo se misturados a impulsos íntimos, eles os praticam necessariamente, na situação do serviço, em relação de dependência com a função que exercem. Portanto, para MENEGALLE, a responsabilidade da Administração é decorrente da falta do funcionário "in offício", ou "propter offíci^{um}", no cargo ou em razão do cargo, por causa do cargo. Daí a consequência (talvez excessiva) de que o Estado é responsável, regra geral, pelos atos danosos de seus agentes, ao menos por haver escolhido mal.

GUIMARÃES MENEGALLE escreve que:

"Critério geral tem que ser da responsabilidade objetiva: então, o comitente é responsável porque, no exercício de sua atividade, por um defeito da ação, produziu-se ato prejudicial ao direito de outrem. Quem praticou o ato? O único possível, isto é, a pessoa física a seu serviço. Logo, responsável é a pessoa moral, a quem interessa o exercício daquela atividade, são possíveis por intermédio do agente humano, e a qual, na hipótese, se exerceu com defeito. Para elidir tal responsabilidade, ser-lhe-á necessário: que o agente humano não esteja a seu serviço ou, mais claro, não seja representante ou preposto; que, no momento em que praticou o ato, não esteja no exercício de sua função; que o ato, sobre ser contrário ao interesse do comitente, não se relacione com a função que o agente humano exerceu a seu serviço. A responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a do agente moral, solidariamente, ou pela ação regressiva da primeira contra ele". (Direito Administrativo, 5a. ed. 1974, pp. 503, 505-527, Apud Cretella Júnior. ob. cit. pp. 189-190).

Segundo CRETELLA JÚNIOR, a análise das obras dos autores brasileiros, no setor da responsabilidade civil do Estado, revela a importância que sempre se consagrou a este instituto, tratado em livros de caráter geral e especializado, nos quais se observa o conhecimento do que melhor existe na literatura de outros países.

E que, salvo a teoria da irresponsabilidade, apenas acolhida no tempo do Brasil-Colônia, repudiada imediatamente após a Independência todas as demais colocações encontram defen

sores entre nossos publicistas, caminhando a doutrina pátria da posição civilística para a publicística e, dentro desta estruturação, dirigindo-se, duma fase a outra, para os três degraus já citados anteriormente, o da culpa administrativa, o do acidente administrativo e o do risco integral, o que veremos em outra parte deste trabalho.

Contudo, distinguindo-se a falta pessoal da falta do serviço, mas exigindo o dano causado, como elemento básico para uma primeira colocação do problema da responsabilidade, a doutrina pátria imanta-se no sentido de indenizar o particular atingido no patrimônio, por fato ou ato que tenha como fonte, direta ou indireta, a Administração.

Observa CRETELLA JÚNIOR (Ob. Cit. p. 191) que o exame das decisões jurisprudenciais revelam as discussões nos tribunais e as divergências dos Juizes, cujas posições, diante dos casos, atestam de maneira eloqüente como estão longe de unanimidade de vistas os nossos mais insígnies magistrados.

Diz ele que, um ponto, contudo, é bem claro em todas as colocações; a tendência cada vez maior em responsabilizar o Estado, em decorrência de prejuízos que a ação ou omissão estatal produza, bastando, para tanto, a presença de dois elementos, o dano e o nexu causal, por um lado, bem como incorrendo, na espécie, qualquer das causas excludentes da responsabilidade.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TEORIAS PRINCIPAIS

Diríamos inicialmente que as numerosas teorias sobre a questão da responsabilidade civil do Estado têm sido classificada na doutrina, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em três sistemas principais, a saber:

- 2.ª a) o da irresponsabilidade ou regalista;
- 2.ª b) o misto, também chamado civilista; e
- c) o da responsabilidade, propriamente dita, compreendendo as denominadas teorias de direito público. Estas últimas são:
 - 2.ª 1. a da culpa administrativa
 - 2.ª 2. a do acidente administrativo
 - 2.ª 3. a do risco integral.

Então vejamos:

2.1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

Os que preconizam o princípio da irresponsabilidade ampla, sustentando que o Estado não deve responder pelos atos danosos de seus agentes fundam-se, essencialmente, no critério da personalidade das faltas. O Estado, entidade moral, não pratica atos contrários ao direito, nem os comete a seus prepostos que, violando a lei ou faltando ao seu dever, serão pessoalmente responsáveis pelos danos que causarem.

Todavia, os partidários dessa doutrina divergem tanto quanto aos fundamentos, como quanto ao alcance da regra adotada.

Na Alemanha, RICHELMANN firmava-se na consideração de que a finalidade do Estado era incompatível com a obrigação de responder por atos estranhos ou contrários a essa finalidade, e negava que os funcionários administrativos fossem órgãos imediatos do Estado, cujo único representante era o chefe do governo (den Regenten) bem como o Estado tivesse mesmo o dever estrito de nomear funcionários capazes, concluindo, assim, pela absoluta e plena irresponsabilidade do poder público.

Referindo-se ao caso particular da perda de depósitos confiados à autoridade judiciária, RICHELMANN era de parecer que ao Estado não incumbia a obrigação de indenizá-los, porque o depósito judicial, obrigatório, não era matéria de direito privado; porque não havendo declaração expressa de garantia assumida pelo Estado, não se podia lançar mão à sua conta nenhuma obrigação jurídica. Entendia, porém, que na questão de responsabilidade, não era lícito distinguir entre os funcionários da Administração e os da Justiça, visto como ambos agem, como órgãos do Estado, o qual, aliás, tampouco podia impedir os danos de uns, como os de outros.

Resumindo o seu pensamento sobre a matéria RICHELMANN dizia que Estado, sendo simples pessoa moral, não podia jamais estar em culpa e, conseqüentemente, não lhe podia caber a obrigação de indenizar os danos dos seus funcionários em caso algum. (Magazin für hannoverisches Rechts, 1852, t.I. pgs. 343 seg. Apud. Amaro Cavalcanti, Responsabilidade Civil do Estado, 1957, t.I. pp. 147-9).

Na Itália, o professor GABBA sustentou amplamente a doutrina da irresponsabilidade, entendendo que o funcionário, agindo fora dos limites de suas atribuições, sem observância das

formalidades legais que condicionam sua ação ou abusando de suas funções, não representa o Estado, cuja atividade, se o contrário se verificasse, seria lenta e embaraçada, com grave dano para o interesse coletivo.

No entender de GABBA não são de incluir na sua tese, além dos casos que se apoiam em obrigação contratual, os seguintes:

- "a) quando a responsabilidade é proveniente de empresas privadas, exercitadas pelo Estado, como vias férreas, correios, telégrafos, transportes;
- b) quando a responsabilidade é por danos, ocasionados no interesse de uma propriedade do Estado;
- c) quando a responsabilidade é por funções relativas à missão acessória, e não natural do Estado".

Além disso, ao princípio geral da irresponsabilidade ele juntara logo uma declaração e duas exceções: a declaração é que a questão se restringe a fatos injustos e ilícitos e não aqueles fatos, que apesar de justos e lícitos, possam dar lugar não a uma indenização propriamente dita, mas a uma compensação; e as duas exceções são estas: uma, relativa aos funcionários diretos que agem sob a vigilância imediata e direção do Governo ou autoridade superior, tais como: a milícia, as guardas aduaneiras e florestais e semelhantes; a outra, concernente à "gestão interna de ofício" dos interesses privados dos cidadãos, confiados às administrações públicas, tais como: desvios de renda inscrita, depósitos aduaneiros de mercadorias, depósitos de valores, etc, etc.

Justificando estas duas exceções, o professor GABBA diz quanto à primeira, isto é, relativa aos agentes militares e se-

melhantes que, a responsabilidade do Estado procede, por não serem eles, verdadeiramente funcionários, ou o serem de um caráter excepcional; dependem tão imediatamente da autoridade governativa, que não são mais do que o braço e instrumento dela e, portanto, em tudo, comparáveis aos prepostos ou criados...; quanto à segunda, procede igualmente, porque os atos relativos à gestão interna do ofício não são propriamente do funcionário, mas do próprio cargo, o qual tem a sua responsabilidade no Estado; não havendo então, como talvez pareça, duas pessoas, a do Estado e a do funcionário mas tão somente a pessoa do Estado; o funcionário fica ignorado do público ou desaparece aos olhos de terceiros.

Admitida, porém, a possibilidade de casos, em que o Estado deva responder pelos atos lesivos de seus representantes, GABBA declara, todavia, terminantemente que: "a irresponsabilidade é a regra, e a responsabilidade a exceção". (Questioni di diritto civile, 2a. ediz. Torino, 1885, p.110 seg.; e Foro Italiano, 1881, I, 932, Apud Amaro Cavalcanti, ob. cit. pp.152-4).

MANTELLINI foi outro campeão da teoria regalista, cujas idéias sobre a responsabilidade civil do Estado propendem, senão para excluí-la totalmente, ao menos para admiti-la, como regra geral.

E para explicar melhor o seu pensamento acrescenta:

"O funcionário que nem para o Estado, nem para si, contrai obrigação resultante da função em si mesma, pode, não obstante contraí-la, e a contrai para si, se no exercício da função excede os limites desta, viola a lei e se torna autor do dolo ou culpa com alheio

dano. Mas desde que ele ultrapassa a sua função, não compromete o Estado, o qual não lhe cometeu senão aquela função; se viola a lei ou regulamento, o ato é do funcionário, e não do Estado, o qual o incumbiu de agir prudentemente e conforme a lei e o regulamento. (Dig. 1. II, tit. XIV, 27, § 4º; Cod. 1, IX, tit. 47, 22).

E continua:

"Os empregados, quer civis, quer militares, são todos servidores do Estado no sentido de que, no serviço que prestam, têm menos direitos a exercitar, que deveres a cumprir. Todos devem desempenhar as suas funções sem culpas nem excessos, e nos limites estabelecidos; se deixam de assim fazê-lo, são obrigados a prestar rigorosa conta à Administração, ao público, ou ao terceiro, com quem ou por quem tenham tido de tratar.

"Contra o terceiro, que se queixa ser lesado em seu direito civil, pode o empregado apresentar uma escusa tirada das circunstâncias do cargo, ou opor uma exceção à causa, que lhe tenha sido proposta. Mas o indivíduo lesado não poderá pretender a responsabilidade civil da Administração, sem mostrar diretamente que o fundamento desta assenta na própria relação institucional, no ato político da nomeação e na atribuição definida por lei... O lesado recorre em vão às regras do mandato, as quais de nenhum modo se podem aplicar a quem é nomeado para um cargo, isto é, a quem é designado para certas funções estatuídas em lei. O mandatário, cujas faculdades são conhecidas, não é obrigado a nenhuma garantia por aquilo que pratique além dos li

mites do mandato; nem o mandante, tão pouco, fica obrigado por aquilo que o mandatário faça, fora ou além do mandato. A responsabilidade de não poderia estender-se ao quase - delicto; nem tão pouco é lícito recorrer aos princípios da ação institutória para suprir a deficiência do mandato. Se o empregado age nos limites da sua função, obriga o Estado, tornando-se o ato do empregado ato do próprio Estado; visto aquele tê-lo praticado, em representação, nome e conta do Estado, que, para isto, o havia expressamente delegado. Mas, fora ou além disto, ou quando não guardados os limites postos, tudo quanto o empregado fizer, não pode obrigar o Estado, nem pelo ato em si mesmo, nem pelas suas consequências; porquanto o empregado deixara de representar o Estado, do qual certamente não recebera delegação para agir com abuso do seu nome, e de modo a obrigá-lo". (Lo Stato ed il Codice civile, t. I, Firenze, 1883, pgs. 13, 148, 154-5, Apud. Amaro Cavalcanti, ob. cit. pp. 154-57.

SAREDO é também contrário ao princípio de uma responsabilidade geral do Estado, senão partidário igualmente decidido da irresponsabilidade do mesmo, pelos atos ilícitos dos seus funcionários.

Para ele, o funcionário não é, nem o representante, nem o mandatário, nem o preposto do Estado; é o próprio Estado em ação.

O ato do funcionário é ato do Estado, mas só quando praticado dentro das normas da lei. Quem contrata com o Estado diz o autor, deve saber que este não viola a lei ou o direito... Logo, nem mesmo no caso de ser subtraído um depósito pelo funcionário infiel, é o Estado obrigado a responder.

Se razões políticas e outras, acrescenta SAREDO, induzem o legislador a derrogar os princípios fundamentais do direito público, não há senão que obedecer; mas a responsabilidade do Estado deve ser, claramente determinada. Na dúvida, se deve entender que só o funcionário responde pelo seu fato culposo; o Estado, nunca. (La Nuova Legge sulla Amministrazione Comunale e Provinciale, t.II, ns. 1489-1507, Torino, 1892, Apud. Amaro Cavalcanti, ob. cit. pp. 158-9).

Não há porque continuar com a citação de autores, que sustentam a doutrina da irresponsabilidade; não são, porque já se fez menção dos principais, como também, porque as razões invocadas por eles são quase sempre as mesmas.

Todavia, é importante que se faça referência, ainda, a determinados pontos sobre os quais se apoiam os adeptos dessa doutrina. Um dos argumentos fundamentais apresentados pelos que negam a responsabilidade do Estado, é tirado do seu próprio conceito de pessoa jurídica, e se resume no seguinte, segundo AMARO CAVALCANTI (ob. cit. p. 159).

"Partindo da noção errônea de que o Estado, como toda pessoa jurídica, é uma ficção legal, e por isto incapaz de ter vontade própria, pretendem os partidários da irresponsabilidade que o Estado não pode jamais ser chamado a responder por ato algum lesivo do alheio direito, uma vez que a existência efetiva da vontade, condição essencial da imputabilidade do ato, falece sabidamente ao Estado. E prosseguindo no desenvolvimento desta tese, acrescentam: que a pessoa jurídica, como criação artificial da lei, não passa de um conjunto de direitos e obrigações, que

são realmente exercitados pelos seus representantes legais; mas não seria de razão supor que, nos poderes dessa representação, se incluía juntamente o de cometer atos ilícitos, isto é, ofensivos do alheio direito; consequentemente, concluem que, se os representantes da pessoa Jurídica do Estado assim o fizerem, eles, e somente eles, devem ser os responsáveis do dano causado, excluída, por completo, a responsabilidade do Estado".

Conclui AMARO CAVALCANTI (ob. cit. p. 163), que a teoria da irresponsabilidade do Estado, incondicional, absoluta, pelos atos dos seus representantes, embora lesivos nos direitos de outrem, não pode ser a regra do Estado, notadamente do Estado moderno, - dados os princípios sociológicos e jurídicos, sobre os quais assenta a sua construção. Por mais elevado que seja o conceito que se queira formar da soberania do Estado, "summum imperium, summa potestas", semelhante conceito não pode ir até ao ponto de excluir a idéia da justiça; porque o Estado é, antes de tudo, a pessoa de direito por excelência.

Os próprios partidários da irresponsabilidade sustentam-na, principalmente, como um postulado dos princípios que adotam em relação à pessoa do Estado; mas, nem por isso deixam quase todos eles de admitir, na prática, a existência de casos diferentes, nos quais seria impossível negar a responsabilidade do Estado.

2.2. TEORIA MISTA OU CIVILISTA

O sistema intermediário ou misto condiciona a responsabilidade do Estado à natureza do ato que o seu representante

pratique, para o que distingue, na atividade do poder público, duas categorias de atos: os de simples gestão e os de autoridade ou de império. Os primeiros, porque realizados pelo Estado simplesmente como pessoa moral ou jurídica ao administrar o seu patrimônio, regem-se pelos preceitos do direito comum e acarretam, conseqüentemente, a responsabilidade.

Os segundos, porém, provêm do Estado no exercício de seu poder soberano e escapam do domínio das normas do direito privado, não sendo, em tais condições, suscetíveis de reparação pela fazenda pública.

Esse critério da bipartição da atividade do poder público em duas classes de atos diferentes foi adotado por numerosos autores e formou uma poderosa corrente doutrinária.

SOURDAT, conhecido tratadista da matéria, encarando a questão nos seus diferentes aspectos, externa os seguintes conceitos: Todos os atos e pessoas morais, o Estado, os departamentos, as comunas, os estabelecimentos públicos, assim como as sociedades civis ou comerciais, são, em princípio, sujeitas ao direito comum, no que concerne à formação das obrigações.

Para aquelas, como para os indivíduos particulares, as obrigações tiram a sua origem das disposições legais, que regem o direito de propriedade, dos contratos, dos quase-contratos, dos quase-delitos, e, se deveria juntar, dos delitos; porquanto, se a natureza das coisas impede que as individualidades morais sejam atingidas pelas penas fisicamente aflitivas estabelecidas nas leis de repressão, - nada impede que elas incorram nas obrigações pecuniárias, em razão dos delitos dos seus agentes. Estes últimos, de certo, são os únicos que podem ser atingidos pela pena corporal. Mas as diversas administrações, às quais eles

pertencem, devem ser sujeitas às reparações civis dos danos causados pelo delito.

Continua o autor suas colocações nos seguintes termos:

"Quanto ao próprio Estado, a imunidade que lhe é reconhecida, se estende somente às penas; mas a responsabilidade puramente civil existe indubitavelmente ao seu respeito, como a respeito de qualquer outro comitente. O delito, a culpa imputável pessoalmente ao agente, é, às vezes, o efeito de uma imprudência, de uma negligência da autoridade superior; em todo o caso, a escolha do agente em si, pode constituir uma culpa: e justo é que a presunção legal estabelecida contra os comitentes em geral, para obrigá-los a não empregar, senão, prepostos de idoneidade segura, se estenda igualmente ao Estado, representado pelas diferentes administrações. O interesse público assim o exige tanto mais fortemente quando os poderes, de que são revestidos os agentes, em razão das suas funções, podem tornar as suas culpas mais prejudicadas aos terceiros do que a dos simples particulares".

SOURDAT adverte que seria ir demasiado longe, se considerássemos o Estado, como responsável pelos atos de todos os funcionários, que ele nomeia ou emprega.

Entretanto, não se tratando de atos, como os que ficam indicados, o autor entende que o Estado deve ser declarado sempre responsável pelos atos dos seus representantes. Os serviços que ele enumera de maneira especial, nos quais semelhante responsabilidade é de regra, são:

1. o dos bens do domínio do Estado;

2. O das repartições fiscais, isto é, administrações a que compete a arrecadação de rendas, inclusive os estabelecimentos de indústria monopolizada, tais como a dos tabacos, a de vias férreas, etc.
3. o das obras públicas, civis ou militares, assim como os que versam sobre a construção de navios, fabricação de pólvoras, armas e outros serviços dos arsenais ou estaleiros da nação. O Estado, como gerente desses diferentes ramos da fortuna pública, age nas mesmas condições, em que o faz um indivíduo particular, muito embora as suas vistas sejam somente dirigidas pelo interesse público.

Segundo SOURDAT, a responsabilidade do Estado é direta ou reflexa. Direta, quando o dano resulta de fatos ordenados e executados pelo próprio Governo, tendo aplicação os artigos 1382 e 1383 do Código Civil (francês); reflexa, quando os fatos são imputáveis pessoalmente a um funcionário, isto é, quando se dá a sanção do artigo 1384 do mesmo Código. No último caso, a ação contra o Estado depende de duas condições essenciais:

- 1a. que o ato danificante seja cometido pelo agente no exercício de suas funções;
- 2a. que dito ato constitua uma culpa caracterizada, quer dizer, que o Estado não poderia responder por um acidente sem causa reconhecida, ou cuja causa não pudesse ser atribuída, com segurança, à negligência dos seus empregados.

De resto, também SOURDAT é de parecer que as regras do mandato ordinário ou civil, não podem ser aplicáveis às funções

públicas por não haver analogia, dizendo, a esse respeito o seguinte:

*"Quando eu trato com o mandatário de uma outra pessoa, sou livre de contratar ou não, e tenho o direito de verificar os poderes do mesmo. Mas, diante do funcionário público, me acho desarmado. Ele não me permite, em regra, discutir a sua autoridade; e como os limites das suas atribuições não são exatamente conhecidos pela maior parte dos cidadãos, fácil lhe será abusar delas... A responsabilidade do Estado é a única garantia eficaz contra o arbítrio e os abusos. Ela se justifica, como a de todo comitente, pela obrigação que lhe incumbe de bem escolher os seus prepostos, fiscalizá-los e dar-lhes as ordens e instruções convenientes". (SOURDAT - *Traité Gén. de la responsabilité*, t. II. Paris, 1902, n.ºs. 1239, 1306-7, Apud Amaro Cavalcanti, ob. cit. pp. 200-5).*

GIORGIO GIORGI, também adepto da teoria transacional, é partidário decidido da doutrina da distinção dos atos do Estado entre atos de império e atos de gestão, como critério ou condição da responsabilidade, resultante dos mesmos atos.

Ato de império, no conceito do eminente civilista italiano é o que "nasce, se desenvolve e se realiza no campo do direito público" e resulta da situação de preeminência do Estado sobre o indivíduo, cuja sujeição aos poderes daquele constitui uma condição essencial à execução dos serviços públicos.

Estariam incluídos entre os atos de império os do poder legislativo e do poder judiciário, bem como, entre os do executivo, os decretos, instruções e regulamentos e ainda, de um modo geral, os que traduzissem a execução de um serviço público essen

cialmente atribuído ao Estado.

Ato de gestão "se entende o ato de economia patrimonial praticado pelos funcionários públicos no interesse da comunidade, ou como administradores dos *bona qual sunt in patrimonio populi*", empregados na realização de um serviço simplesmente de utilidade pública.

Para ele, como atos de gestão são de considerar os seguintes:

- a) todos os que se referem ao domínio privado do Estado (excluídos, todavia, os do domínio público que, tendo seu fundamento no direito público, não pertencem à personalidade jurídica e, sim, à personalidade política do Estado);
- b) todos os que se referem às administrações de caráter industrial ou a empresas dirigidas por funcionários do Estado, tais como: correios, telégrafos, laboratórios e oficinas civis ou militares, quaisquer que sejam e outros serviços semelhantes;
- c) os contratos de obras públicas, fornecimentos e outros de igual natureza - em tudo o que predomina principalmente o regime contratual. (la dottrina delle persone giuridiche o corpo morali, t. III, Firenze, 1900, n.ºs. 81, 96, 88, 94, Apud Amaro Cavalcanti, ob. cit. pp. 235-9).

O francês L. MICHOU, que estudou desenvolvida e, especialmente a matéria, preconizou também o sistema da distinção entre atos de império e atos de gestão ou de poder público, concebendo o Estado como uma personalidade de duplo aspecto: pessoa

moral de direito privado e entidade jurídica superior com a faculdade de agir discricionariamente. Observa que não há no Estado duas personalidades distintas, mas uma só, titular a um tempo dos direitos que provêm da soberania e dos direitos privados, "que são como um acessório indispensável dos primeiros".

Particularizando melhor o seu pensamento, o autor observa: que o Estado, como proprietário, credor, devedor, contratante, é regido pelas mesmas regras que um particular, salvos os casos em que a lei lhe tenha reservado uma situação privilegiada. Não há, por exemplo, uma teoria da propriedade que lhe seja peculiar; ele a adquire e a transfere, quase da mesma maneira que o faz o indivíduo particular, salvo as exceções contidas na lei. Não há do mesmo modo uma teoria de obrigações, feita expressamente para ele; os contratos que celebra são sujeitos a um grande número de disposições especiais; mas a multiplicidade destas disposições não lhes tira o caráter de excepcionalidade; e a respeito de todos os pontos que eles não regulam, é sempre ao direito comum das obrigações que se deve recorrer. Isto que sucede em relação às obrigações contratuais, tem lugar igualmente em relação às obrigações nascidas do quase-contrato, do delito ou do quase-delito. O princípio deve ser, insiste MICHOUUD, que o Estado, como pessoa moral do direito privado, é sujeito, no que lhe concerne, às mesmas regras, que as outras pessoas morais; só escapará dessas regras, se houver disposição expressa ou tácita da lei, que a elas o subtraia.

O fato gerador da responsabilidade, passando-se todo na gestão dos serviços públicos, não constitui o exercício de poder público; o Estado não aparece aí dando uma ordem, editan

do uma proibição, expedindo uma autorização num interesse geral, mas simplesmente, exercendo uma indústria, oferecendo serviços aos particulares que outros lhes poderiam prestar, explorando uma propriedade de natureza especial, como a propriedade territorial, ou enfim, fazendo circular cavalos e carros pela via pública, como o poderia fazer qualquer particular. Nestes casos diversos, se o Estado for responsável, se-lo-á em virtude das regras do direito privado, e sob este ponto de vista, deve ficar sujeito na mesma medida, que qualquer outra pessoa moral (muito embora em ação regida por leis especiais), aos princípios postos pelos artigos 1382 a 1386 do Código Civil (francês).

Não há dúvida, reconhece MICHOUUD, que as operações da administração são quase sempre complexas, concorrendo às vezes numa mesma operação elementos de gestão e elementos de autoridade; mas, pensa que será sempre relativamente fácil determinar a qual categoria pertence o ato que tenha ocasionado o dano. Na verificação da responsabilidade importa também ver se no caso se trata de um simples preposto ou de um dos órgãos do Estado; sendo segundo MICHOUUD, de considerar como revestido desta última qualidade, todos os funcionários investidos do direito de tomar decisões em nome do mesmo; em outros termos, todos os agentes autorizados a fazer em seu nome atos de administração propriamente ditos; ao passo que os simples auxiliares, que o Estado emprega na gestão dos seus serviços, agentes de preparação ou execução de suas ordens, empregados de repartição, operários de manufaturas, agentes de correios e telégrafos, etc, etc. não são mais do que prepostos do Estado. Desta distinção decorre que, com relação aos atos dos primeiros, o Estado deve respon-

der, como se foram atos seus, diretos ou próprios, consequentemente, sujeitos ao artigo 1382 do Código Civil (francês), enquanto que, com relação aos dos segundos, a sua responsabilidade deverá ser regulada nos termos do artigo 1384 do mesmo Código.

Com relação à autoridade administrativa, a questão da culpa, continua MICHOUUD, só poderá ser posta em dois casos: primeiro, quando o ato administrativo, de que provém o dano, é ilegal, seja por excesso de poder da parte do seu autor, seja porque o seu cumprimento se deu sem formalidades legais; segundo, quando o autor do ato, sem sair da legalidade, faz, por dolo ou negligência, mau uso dos poderes que lhe foram confiados. O primeiro caso corresponde à noção de culpa, tal como é admitida no direito privado; do segundo caso, parece, à primeira vista, que nada podia resultar, visto o autor não ultrapassar o seu direito. É, porém, de observar que, fora da culpa consistente no excesso de poder, ou na ofensa consequente do alheio direito, a mesma se pode ainda dar, segundo o direito privado, no faltar a uma obrigação convencional ou legal, a dizer: não só há culpa quando se sai do seu direito, fazendo-se o que se não tinha direito de fazer, como também, quando se deixa de fazer o que se tinha obrigação de fazer.

Nos atos do poder judiciário se pode igualmente dar da no ao alheio direito, com culpa ou sem ela; lhes sendo respectivamente aplicáveis as mesmas considerações precedentes. Há, por exemplo, diz MICHOUUD, culpa numa detenção ilegal, assim como, pelo menos teoricamente, numa detenção legal, mas feita sem causa suficiente, ou prolongada sem necessidade. Todavia, com relação à autoridade judiciária, ocorre uma dificuldade particular

na admissão da responsabilidade efetiva do Estado, resultante do princípio da coisa julgada. Este princípio serve de obstáculo a que, sob a forma de ação de responsabilidade, se ponha em questão um fato, que não se pode fazê-lo diretamente, pedindo a reforma ou anulação da sentença. Existe, portanto, uma razão de inadmissibilidade análoga à que existe também admitida pela jurisprudência acerca do poder governamental. É que, na sua esfera, o poder judiciário é igualmente soberano e, consequentemente, onde a sua soberania por ser invocada, cessa toda a possibilidade de arguir uma culpa.

A responsabilidade do Estado, pois, só seria compreensível, tratando-se de sentença, contra a qual fosse possível a via de recurso ordinário ou extraordinário, e como um acessório dessa via de recurso. (De la responsabilité d l'Etat à raizon des fautes de ses agents. (na Revue du Droit Public, t. III e IV, Paris, 1895, págs. 2, 13, 15, 16, 257, 258, Apud Amaro Cavalcanti, pp. 242-52).

ROBERT PILOTY é também considerado como partidário da doutrina que distingue os atos do Estado, entre atos de gestão e atos de império, para o fim de só admitir a responsabilidade do Estado pelos danos provenientes dos primeiros, negando-a quanto aos segundos.

Antes de tudo PILOTY começa por significar que o preenchimento dos diversos fins do Estado requer um sistema complexamente organizado de funcionários. O funcionário age no interesse do Estado, pelo Estado; e esse fato de agir pelo Estado pode, mas não precisa ser, necessariamente uma representação segundo o direito privado. O interesse comum, por cujo motivo existe o Estado, requer uma ação de órgãos estaduais (públicos)

no círculo do direito privado, e a essa necessidade corresponde a ficção do Estado, como personalidade jurídica do direito privado (Fiscais). Quando o funcionário é chamado a agir em nome deste sujeito de direito, é ele um representante no sentido do direito civil; tratando-se, porém, de atos do domínio do direito público, o Estado não é sujeito de direito, quer opere diretamente por si, quer por meio de representantes.

O sujeito do direito público, no qual o interesse estadual se manifesta, não é fictício: é o titular ou portador da soberania. O funcionário chamado a agir em nome deste sujeito do direito público, é considerado seu representante, visto derivar dele a autoridade que exerce, e, nas suas funções jurisdicionais, fazer as vezes do soberano. Isto quer dizer que o funcionário, pode representar o Fisco, como chefe do poder público, segundo se achar disposto na lei. Agindo contra as faculdades desta, ele não só fere o dever do cargo como também pode lesar os direitos de terceiros; e enquanto de um lado fica sujeito a responder disciplinarmente perante o seu superior, o dono do serviço, de outro lado é obrigado a reparar pessoalmente o dano, que por culpa ou negligência haja causado a esses terceiros.

Pode suceder, entretanto, que o patrimônio do funcionário seja insuficiente para satisfazer o dano causado. E quem neste caso deve carregar com o mal, o lesado, ou o Estado?

A questão, acrescenta PILOTY, não oferece nenhuma dificuldade, em se tratando de atos nos quais o funcionário representa o Estado, como pessoa jurídica do direito privado; por quanto, com relação aos efeitos jurídicos, que as ações ou omissões ilegais dos funcionários acarretam ao Estado, como tal,

têm aplicação os mesmos princípios, que se encontram no direito privado sobre as pessoas jurídicas em geral. Não se pode, porém, admitir que o mesmo se dê, quando o funcionário, em vez de representar a pessoa do Estado-Fisco, exerce a sua atividade como órgão do soberano, por não se mostrar com a mesma evidência que o Fisco deva responder igualmente pelo dano que o funcionário causar ilegalmente a um terceiro, no exercício das suas funções de autoridade.

Continua explicando que, admitida a responsabilidade do Estado, por este ou aquele fundamento jurídico, cumpre verificar:

1. as condições da sua extensão e qualidade;
2. as razões apresentadas, pró ou contra, semelhante responsabilidade. No que diz respeito às "condições" da responsabilidade do Estado, só é lícito cogitar dela em geral, quando a lesão causada é de tal ordem, que o próprio funcionário pode ser chamado a responder por ela. Muito embora não seja impossível que a legislação declare o Estado o responsável exclusivo para com o lesado, conservando ação regressiva contra o funcionário, o fato é que quando nas leis, na doutrina e na prática se trata da responsabilidade do Estado, sempre se tem entendido, ou uma responsabilidade "primária" do Estado, conjuntamente com a do funcionário, ou uma responsabilidade "subsidiária" do Estado, no caso de insolvibilidade do funcionário. Quer dizer, a responsabilidade "primária" deste último deve ser sempre presuposta ou subentendida... O que seria discutível

é a extensão desta responsabilidade; visto não haver acordo de vistas, quanto ao grau de cuidado, exigido do funcionário pelo direito privado, e cuja inobservância constitua uma violação do dever oficial. Ao nosso propósito, continua PILOTY, satisfaz, todavia, ficar estabelecido que a responsabilidade do funcionário pela violação de seus deveres deve ser reconhecida no direito comum como condição fundamental da responsabilidade do Estado. Mas esta condição, embora fundamental, não é a única condição, da responsabilidade do Estado... Condição para que haja a responsabilidade do Estado é também a de que o lesado não se ache em culpa, por exemplo, tendo deixado de fazer valer o remédio legal; é preciso, além disto, que não lhe reste mais nenhum remédio legal ao seu dispor. Entretanto é, por outro lado, supérfluo exigir, como fundamento da ação de indenização contra o Estado, o concurso da violação "objetiva" do direito pelo ato lesivo e da culpa "subjetiva" do funcionário, visto como ambas estas exigências já se contêm na condição geral, de que o funcionário seja declarado responsável.

Além disto, uma vez suposta a responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos de seus funcionários, não se compreende porque certas espécies deles, ou certas funções de alguns funcionários do Estado, devam justificar uma exceção à dita responsabilidade, como se tem pretendido acerca dos magistrados ou atos judiciais. Acentua PILOTY, que a única distinção das fun

ções públicas que pode influir na questão da responsabilidade é:

"a distinção dos atos: - uns, em que o Estado aparece, ativa e passivamente, como sujeito do direito privado; - e outros, em que os funcionários desempenham funções do governo. Esta disposição é de importância, porque a questão da responsabilidade nos dois casos tem de ser decidida de pontos de vista diferentes".

O característico dos atos de governo é a autoridade. Em certos casos, parece difícil afirmar se o ato é, ou não, um ato de governo; tal é o que sucede com relação aos depósitos, cuja responsabilidade, deve ser verificada segundo os princípios do direito público, todas as vezes que os funcionários se acharem em culpa a esse respeito. Entretanto, continua PILOTY, esta questão é fácil: nos depósitos voluntários há um simples contrato de direito privado, o qual, se não é o depositum do direito romano, deve ser, contudo, julgado segundo os princípios do direito privado. O Fisco obriga-se por esse contrato, a guardar o depósito e a restituí-lo no tempo marcado; por isso, no caso de dano causado por culpa ou negligência dos seus empregados, aquele deve responder, como qualquer dono do negócio nos termos do direito privado. No depósito obrigatório, isto é, naquele que é feito por mandado do Juiz ou disposição da lei, a relação dominante em nada diversifica: uma vez que também aqui o Fisco assume a obrigação de conservar e restituir o depósito, deve responder igualmente, segundo o direito privado; pelos delitos dos seus empregados. No depósito ordenado judicialmente ocorre é certo, a consideração de que o ato judi

cial que o ordena é um ato de poder. Mas, a menos que o juiz, ao dar a respectiva ordem, cometa uma ilegalidade, a questão da responsabilidade do Estado, pelo dano resultante, não poderá ser encarada e resolvida do ponto de vista do direito público. E ainda assim, como na guarda e restituição do depósito, o Fisco age pelos seus empregados, dentro do terreno das obrigações do direito privado, o mesmo deve ser declarado responsável como se fora um dono do negócio, pela danificação do depósito. Ligação semelhante e mais estreita dos atos de governo com as matérias do direito privado, é a que se dá nas apreensões e sequestros judiciais. Aqui existe igualmente para o Fisco, a obrigação privato-jurídica de guardar as coisas apreendidas e, satisfeito o fim da apreensão, restituí-las, a quem de direito. A questão de saber se o ato ilegal do funcionário deve ser tomado como exercício de um ato do governo ou como representação do Fisco (dono obrigado do negócio), será ilustrada nos seguintes exemplos:

- a) Um empregado de polícia fez a apreensão de gêneros alimentícios em casa de A, sem haver observado as disposições legais a respeito, e os gêneros, durante a sua apreensão, se deterioraram. Esse ato ilegal é um ato de governo, e portanto, a responsabilidade do Estado deve ser apreciada do ponto de vista do direito público.
- b) Um empregado de polícia foi encarregado da diligência judicial de apreender gêneros alimentícios em casa de A, e levá-los em seguida ao Depósito Público. Fez a apreensão na forma da lei, mas, em vez de levá-los a depósito, os consumiu. Nem o ato de

conduzir os gêneros ao depósito, nem o consumo dos mesmos foram atos de governo. O juiz, ordenando a condução dos gêneros, assim como o empregado policial extraviando-os, procederam, como representantes do dono do negócio, o Fisco, ao qual cabe a obrigação de guardar os gêneros apreendidos nos termos do direito privado; por consequência, a responsabilidade do Estado, no caso, seria julgada pelos princípios deste direito, relativos à responsabilidade das pessoas jurídicas pelos delitos dos seus representantes.

Quanto à extensão da responsabilidade do Estado, pensa PILOTY que ela se devia determinar pela própria responsabilidade do funcionário, ambos solidários por todo o dano causado. Quanto à sua qualidade, a responsabilidade deveria ser primária, opinião sustentada pela maioria dos autores e não simplesmente subsidiária; a menos que, em relações análogas à da fiança do direito privado, o Estado só tenha, porventura, assumido uma responsabilidade desta última espécie.

Tudo isto que acabamos de dizer à conta do ilustre autor, assenta na hipótese de ser aceito, como verdadeiro, o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos e omissões ilegais dos funcionários no exercício do poder público.

São estes, em resumo, segundo o ponto de vista de alguns de seus mais destacados partidários, os traços principais do sistema em exame, que tem tido a designação de teoria civilista porque, em última análise, subordina a responsabilidade do Estado aos atos de direito privado disciplinados na legislação civil.

Como esse sistema se funda no dogma da infalibilidade e impecabilidade do poder público, tem sido considerado como uma sobrevivência da antiga concepção absolutista do Estado, corporificada no conhecido aforismo do direito inglês: "The king can do no wrong".

Esta corrente de idéias, que em certo tempo foi considerada predominante, já há muito está relegada. (Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte (Annalen des deutschen Reichs, nº 4.1888, págs. 245-6, 262, 175, 264-5, Apud Amaro Cavalcanti, ob. cit. pp. 221-30).

ALCINO DE PAULA SALAZAR lembra que, entre os que mais vivamente a combateram destaca-se CHIRONY, que demonstrou a impossibilidade de se fazer uma distinção exata das funções do Estado e, além disso, a dificuldade de se conhecer, muitas vezes, a natureza ou o fim do ato a ser classificado, exigindo uma investigação que excederia o natural limite da esfera de ação do magistrado. (Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais, 1941, p. 44).

VIVEIROS DE CASTRO, nos dá notícia de que o procurador geral AURITI falando perante a Côrte de Cassação de Roma, tendo interrogado desalentadamente onde acabava a gestão e onde começava o ato de império, assim respondeu à própria pergunta:

"A nossa Côrte tem sido chamada a decidir múltiplos casos em que a aplicação dessa distinção se apresentava difícil; mas do complexo dessas decisões eu não pude ainda inferir um critério geral seguro para resolver todas as questões particulares". (Trata

do de Ciências da Administração e Direito Administrativo, 1914, p. 644).

HERMES LIMA, assinalou o sistema com esta apreciação irresponsável:

"Isentar o Estado de responsabilidade quando ele pratica atos de império ou de soberania, porque o fim destes atos "é então essencialmente público", de interesse geral e deve por isso o Estado praticá-los sem que a sua ação possa sofrer impedimentos e embaraços ou incertezas de qualquer ordem será, portanto, deixar ao léu e sem a necessária garantia um mundo inteiro de interesses respeitáveis. Não bastam a responsabilidade do funcionário, o direito de ação contra ele, o recurso, a título gracioso, para se obter a revogação ou a reforma do ato prejudicial.

A garantia constitucional e administrativa exata é a responsabilidade do Estado pelo dano causado ao patrimônio particular por um serviço de fim coletivo". (Atividade Administrativa do Estado, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1927, p. 50).

Abandonada, agora, a teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado, deixada de lado a distinção entre os "atos de império" e os "atos de gestão", repelidas por insuficientes e impraticáveis as "teorias privatísticas", a responsabilidade do Estado, nos tempos modernos, é posta e equacionada em termos de direito público.

ZANOBINI diz que:

"Firmada a concepção do direito administrativo como ramo autônomo em relação ao direito privado, a responsabilidade do Estado assume

o seu próprio caráter de instituto peculiar ao direito público, baseado fundamentalmente em princípios comuns a todos os ramos do direito, mas regulado, em particular, por normas próprias, nitidamente distintas das do direito privado. Segundo uma parte da mais recente doutrina, a responsabilidade do Estado seria única e regida, em todo caso, pelos referidos princípios do direito público". (Corso di diritto amministrativo, 6a. ed. 1950, vol. I, p. 272, Apud Cretella Júnior - O Estado e a obrigação de indenizar, 1980, p. 76-7).

As teorias publicísticas sobre a responsabilidade do Estado, por sua vez, também evoluíram, passando por três estágios, até o momento atual: a teoria da culpa administrativa, a teoria do acidente administrativo e a teoria do risco integral.

2.3. TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

A doutrina da culpa administrativa, fundada em princípios publicísticos, foi elaborada por autores que procuraram equacionar o problema da responsabilidade civil do Estado em bases diversas das concepções civilistas, imaginando, por isso, conceito mais amplo de culpa, exorbitante daquele que vigora para o direito privado, consistente, o último, na imprudência, imperícia ou negligência do agente.

Incluída entre as teses subjetivas, ou seja, aquelas que pressupõem a responsabilidade pessoal do autor do ato, a teoria da culpa administrativa representa grande progresso na ciência do direito público, tendo sido aceita por nosso direito positivo, doutrina e jurisprudência, conforme veremos a seguir

pelas lições de renomados autores.

Na doutrina pátria, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, por exemplo, entende que, pela teoria da culpa administrativa, ou culpa do serviço público, só há direito à indenização quando se prova que houve negligência, imprudência ou imperícia, culpa in vigilando, em resumo, violação de qualquer dever jurídico por parte dos representantes do poder público. (Curso de direito civil; parte geral, 1967, vol. 1, p. 114).

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, escreve que:

"Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade so se configura em face da culpa de determinados agentes do poder público, essa distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda que praticada no exercício do cargo, empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função". (Da Res-ponsabilidade Civil, 1983, vol. II, p. 623).

Alguns adeptos desta teoria entendem que existe culpa do serviço quando se verifica a imperícia, a negligência ou o erro do funcionário e que estas causas é que ocasionam o mau funcionamento do serviço, que não é autômato, mas que funciona através da atividade e da iniciativa dos funcionários.

Portanto, os subjetivistas indagarão se houve culpa, imperícia, negligência, inércia do funcionário, e daí deduzirão a responsabilidade, ou não, do Estado.

Os outros estabelecerão as premissas - o serviço não funcionou, ou funcionou mal, retardado, inadequado, insuficiente, o que ocasionou danos particulares - logo, o Estado deve indenizar.

Na França têm sido dado à noção de culpa um sentido mais lato, mais geral e segundo informa JOSÉ DE AGUIAR DIAS, assim se resume essas tendências:

- 1º - A responsabilidade administrativa é primária e não indireta;
- 2º - a culpa ou falta do serviço não pressupõe a culpa de certo e determinado funcionário;
- 3º - não se confunde com a do risco, porque não há responsabilidade objetiva, mas pela culpa ou falta verificada no serviço;
- 4º - não basta qualquer defeito no serviço para acarretar a responsabilidade, mas um certo grau de imperfeição, de defeito no serviço.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI faz as seguintes interrogações às objeções acima:

- Como atribuir-se à Administração, impessoalmente, a responsabilidade, sem a investigação da existência ou não da falta?
- Como, ainda, admitir-se a falta sem a possibilidade da precisão do evento?
- Como estabelecer-se, ainda, a responsabilidade sem a determinação de uma relação de causa e efeito entre o evento e o serviço?

Entretanto, ele considera uma teoria objetiva, porque

ela encara o problema não em suas origens, na existência ou não da culpa, mas em seus efeitos, no bom ou no mau funcionamento do serviço. (Teoria dos Atos Administrativos, 1973, p. 238).

ORLANDO GOMES, acentua que:

"O individualismo jurídico fundamenta a responsabilidade civil na idéia de culpa. Todo dever jurídico, nessa filosofia, há de resultar da vontade individual. Uma vez que a responsabilidade civil de uma pessoa consiste na obrigação de reparar o dano que causou, sõ se explica e determina por atividade ou abstenção ilícita. Assim, a noção de culpa surge como construção técnica necessária a fundamentar essa obrigação. Elaborou-se, em consequência, a teoria subjetiva da responsabilidade". (Introdução ao direito civil, 6a. ed. 1979, p. 113).

RUI CIRNE LIMA, é quem nos dá os seguintes ensinamentos:

A culpa e o risco formam as bases essenciais da responsabilidade da Administração pública pelo dano decorrente do fato de seus agentes, ou do fato das coisas a seu serviço. A culpa, abrange, porém, a maior extensão desse setor das relações jurídicas da Administração.

Na verdade, a culpa supõe que o agente tenha ou deva ter conhecimento pleno de todos os fatores e circunstâncias capazes de determinar os efeitos e resultados do ato. A questão da apreciação dos resultados do ato torna-se, então, uma questão exclusivamente moral. Houve-se o agente com culpa, ou não? Falhou ao que deveria ter feito? Deixou de considerar o que deveria ter considerado?

A noção de responsabilidade, baseada na culpa, preende-

se a leis morais. A culpa revela-nos os lindes de cogência das leis morais sobre a conduta humana, no curso desse progresso. Vencida a natureza, o homem há de ser plenamente responsável pelo uso que fizer das forças e dos bens naturais. (Princípios de direito administrativo, 1982, pp. 198-9).

Vendo, agora, a culpa no direito positivo pátrio na parte geral, o nosso Código Civil dispõe:

"As pessoas jurídicas de direito público são, civilmente, responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano". (Art. 15).

Embora diga MÁRIO MASAGÃO que esta passagem "não faz alusão à culpa", (Curso de Direito Administrativo, 1974, p.302), na realidade tal elemento se acha aqui presente, consistindo no "modo contrário ao direito", o que configura uma espécie de ilegalidade.

RUI CIRNE LIMA, diz que o dispositivo estabelece a regra de que todo dano resultante de ilegalidade é indenizável pela Administração. Dispensa-se qualquer demonstração de culpa subjetiva do agente. Tem-se, de outra parte, na própria ilegalidade, a prova da concorrente culpa in eligendo ou in vigilando da pessoa administrativa. (ob. cit. p. 200).

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, também sustenta que, no art. 15, as expressões "procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei", são tomadas como significativas de culpa do funcionário, portanto, está presente a idéia de culpa, não sendo possível objetar a tal interpretação. Portanto,

o funcionário acarreta a responsabilidade do Estado quando obra culposamente. Poder-se-ia falar, então, em culpa do Estado? Parece que não. O Estado responde porque o culpado é seu representante. A condição de qualidade de representante significa que o funcionário agiu em função da representação. (ob. cit. vol. II, p. 615).

A Constituição Federal de 1967, no art. 105, confirma a disposição do diploma legislativo maior anterior e a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, preceitua no artigo 107 que:

"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo".

Quanto à responsabilidade do agente, temos que o parágrafo único do artigo 107 acima transcrito, diversamente, acolhe a teoria da culpa administrativa, esta sim adequada para determinar a responsabilidade pessoal. Fala-se aí do regresso que a Fazenda Pública, tendo indenizado o terceiro prejudicado pela ação de seu servidor, pode promover contra este último. Para que tal ocorra importa colher na ação do agente um dado subjetivo que a Constituição explica como dolo ou culpa. É claro que se o servidor agiu com dolo, isto é, se pretendeu alcançar o resultado prejudicial ao administrado ou à Administração, deliberadamente, caberá ao Estado fazê-lo pagar por isso. Também se agiu com culpa responderá perante a Fazenda depois que esta respondeu perante o administrado. Ora, a culpa se caracteriza pela imperícia, pela imprudência ou pela negligência do agente público no desempenho

de seus misteres funcionais. Se daí resulta dano terá, por justiça, de reembolsar o Estado daquilo que teve este de pagar ao terceiro sacrificado. Se, todavia, não ocorreram dolo ou culpa do servidor, a Fazenda arcará sôzinha com o ônus, uma vez que carecerá de ação regressiva. Logo, e em linha de princípio, o Estado sempre compõe os danos, mas só regressa contra o servidor responsável se teve ele comportamento doloso ou culposo.

A teoria da culpa administrativa não só no passado, como em nossos dias, teve adeptos no direito brasileiro, refletindo-se em importantes julgados de nossas Cortes de Justiça.

Em 21 de janeiro de 1947, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre indenização por depredações feitas por populares, não excluindo que possa haver responsabilidade patrimonial do Estado por danos verificados em motins ou movimentos multitudinários, mas exigiu, na ocasião a ocorrência da culpa, conforme o disposto nos arts. 15 e 159 do Código Civil (STF, RDA, 15:72).

JOSÉ CRETELLA JUNIOR (ob. cit. p. 318) afirma que, em inúmeros casos, conseguindo-se chegar ao ato ou omissão do agente que produziu o dano, perfilha-se a teoria da culpa adminstrativa, como nas hipóteses, tantas vezes julgadas, de bombardeio imprudente, de revoluções, de tratamento médico descuidado ou negligenciado, de inércia do poder público, de falta de vigilância em depósito de armas perigosas ou de cadeias públicas, bem como na fiscalização de obras ou serviços de pessoas a quem se confiam determinados bens. Sempre a culpa administrativa, quer "in eligendo", quer "in vigilando", quer ainda "in omittendo", como fundamento jurídico para a condenação do Estado por ato prejudicial dos serviços públicos.

A culpa no direito público, se não se opõe à culpa

no direito privado, apresenta-se como matiz mais rico e todo peculiar, mercê da posição do funcionário diante da pessoa jurídica que representa.

A natureza jurídica do vínculo que une o empregado ao empregador, no direito privado, é diversa daquela que liga o funcionário público ao Estado; a primeira, submetida a regime jurídico privatístico, a segunda, sujeita, regra geral, a regime jurídico de direito público.

O funcionário público, que age em nome do Estado, não o faz exatamente como o preposto do direito privado, dentro da tradicional relação empregatícia, de preposto a comitente, patrão ou amo.

Daí o banimento da transposição pura e simples para o campo do direito administrativo de princípios do direito privado, no campo da responsabilidade civil, para obrigar o Estado, em termos de direito civil, a ressarcir o administrado pelos prejuízos sofridos.

A teoria da culpa ou teoria subjetiva, é baseada no elemento humano, na pessoa física do funcionário, sujeito causador do dano. É a culpa da Administração por ato de seu preposto fundada no nexu causal entre o ato ou omissão do funcionário, culposo ou doloso, e as consequências danosas daquela voluntariedade ou involuntariedade.

A ação humana, fonte de prejuízos, é que vai permitir a responsabilidade do Estado.

Se houve dano, se isto afetou pessoas ou coisas, se contribuiu para a diminuição do patrimônio econômico ou moral do administrado, haverá, então, ressarcimento a cargo da pessoa jurídica pública, desde que se prove o nexu causal entre a

pessoa responsável e o dano causado.

Em suas conclusões sobre a teoria da culpa administrativa va CRETELLA JÚNIOR (ob. cit. p. 319) diz que, na raiz de todo caso, que envolve a culpa administrativa, está o ato do homem a quem se atribui o dano, o que empenhará a responsabilidade do agente ou da Administração por ato danoso do próprio funcionário. No mínimo, responderá o Estado por haver escolhido mal aquele que deveria representá-lo (culpa in eligendo).

Desse modo, salvo as hipóteses típicas de exclusão de responsabilidade por danos provenientes, de maneira direta ou in direta, dos serviços públicos, a fonte maior dos prejuízos é a atividade ou a inércia humanas.

Os serviços públicos funcionam mediante providências dos agentes administrativos. Em atividade, causam danos atribuídos aos esforços que lhes determinaram o dinamismo, ou a inércia que lhes impediu o poder destrutivo.

Difícil é saber, em muitos casos, se a culpa é do agente ou do serviço; ou se o mau funcionamento, o não funcionamento, ou o funcionamento atrasado do serviço público é que originou o dano. É de se perguntar: até que ponto a falha do serviço é falha do agente?

O serviço público não é automático. É ligado à iniciati va pessoal, que o põe em movimento. E, funcionando, ou deixando de funcionar, precisa ficar sob a vigilância de alguém.

Os subjetivistas, como já dissemos, indagam se houve culpa - imperícia, imprudência, negligência -, ação ou omissão danosa do agente, deduzindo de tal conduta a responsabilidade ou não da pessoa jurídica pública.

Esta teoria leva em conta a falta do serviço para dela

inferir a responsabilidade da Administração.

É uma teoria que ainda exige muito da vítima que além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização.

Se não se prova que o funcionário agiu com imprudência, imperícia ou negligência, isto é, que tenha cometido o ilícito, não haverá reparação pelos cofres públicos.

2.4. TEORIA DO ACIDENTE ADMINISTRATIVO

Como noção do acidente administrativo, poderíamos dizer que o serviço público, em tese, tem de apresentar-se perfeito, regular, contínuo sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie plenamente com o seu funcionamento. Não pode funcionar mal; deve funcionar de maneira contínua; não deve funcionar com atraso. Continuidade sem falhas é a marca que caracteriza o serviço público.

O acidente administrativo atinge o serviço público, alterando-lhe o funcionamento e trazendo na maioria das vezes, prejuízos aos administrados.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS diz que, de três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem:

- de mau funcionamento do serviço (onde estão incluídos os atos positivos culposos da Administração);
- do não funcionamento do serviço (onde estão os fatos consequentes à inação administrativa; quando o serviço estava obrigado a agir);
- do tardio funcionamento do serviço (onde estão in-

cluídas as consequências da lentidão administrativa). Quanto a este aspecto o STF, proferiu importante julgado publicado no Diário da Justiça de 2.2.43. Tratava-se de mercadoria que veio a inutilizar-se em virtude do seu tardio desembaraço na Alfândega. (ob. cit. vol. II. p. 623).

Por sua vez, MARIO MASAGÃO (ob. cit. p. 299) escreve que:

"Entende-se que ocorre o acidente administrativo quando o serviço público:

- a) funciona mal;*
- b) quando não funciona, devendo funcionar, como na hipótese de inexecução de trabalhos públicos, na de ausência de vigilância policial, quando havia motivos para que se exercesse;*
- c) quando o serviço funciona, mas são tardiamente e do retardamento advém dano;*
- d) quando a execução contravém preceito legal, regulamentar, ou mesmo de caráter técnico".*

Não se podendo imputar o evento a ninguém, pessoalmente, fica excluída a culpa pessoal do agente, mas resta a culpa do serviço, de caráter anônimo, mas danosa.

Percebe-se a contínua evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado, em casos de danos trazidos aos administrados.

Da culpa pessoal à culpa do serviço, da responsabilidade de "identificada" à responsabilidade "anônima", consubstanciada esta na doutrina do acidente administrativo, vai um grande passo, um progresso inegável.

Cabe, também, aqui, a lição de JOSÉ DE AGUIAR DIAS

quando escreve que:

"Decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade se configura em face da culpa de determinado agente do poder público, essa distinção é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, se empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função". (ob. cit. vol. II. p. 623).

JEAN RIVERO diz que, a despeito do silêncio dos textos, a Jurisprudência francesa estabeleceu que o Estado é obrigado a indenizar as pessoas que sofreram prejuízos, em consequência de acidente administrativo, fixando esta noção sempre que a organização ou o funcionamento do serviço público é inferior à média que poderia ser razoavelmente exigida.

E continua dizendo o mesmo autor que, percebe-se que a falha do serviço que ocasiona o acidente administrativo não é noção absoluta, indagando-se, em cada caso, o que se poderia esperar do serviço, ponderando-se a respeito da dificuldade maior ou menor dos objetivos esperados, as circunstâncias de tempo, períodos de calma ou de crise, de lugar, de recursos disponíveis, pessoais e materiais. (Droit administratif, 8^a ed., 1977, p.276, Apud. José Cretella Júnior, ob. cit. p.82).

Enfim, funcionamento defeituoso, falha no funcionamento ou funcionamento tardio têm um caráter relativo, de tal ma-

neira que o mesmo fato pode, segundo as circunstâncias, ser apreciado de modos diferentes, reputando-se causa suficiente ou não para efeitos de responsabilidade civil da Administração.

CRETELLA JÚNIOR informa que a jurisprudência francesa é pródiga em exemplos de acidentes administrativos que levaram a Administração a indenizar o administrado, em razão de falhas do serviço público. Entre outros, cita: explosão de granada alemã que, manejada sem cuidado, determinou a morte de uma pessoa; manifestante ferido por soldados no interior do quartel, para o qual fora levado preso; recebimento de pensão do Estado com o atraso de dez anos; agricultor impedido de utilizar seu pessoal, por ocasião da colheita, em virtude de medidas policiais exorbitantes; homicídio cometido por alienado mental, não obstante reiterados pedidos de medidas acautelatórias. (ob. cit. pp. 82-3).

Como vimos anteriormente, a teoria do acidente administrativo pode ser identificada pelo mau funcionamento do serviço, pelo não funcionamento do serviço ou pelo tardio funcionamento do serviço.

Vejamos tais características, com DUEZ e DEBEYRE.

O acidente administrativo pode ser ocasionado pelo mau funcionamento do serviço público configurando casos em que as atividades ou iniciativas da Administração se erigem em falhas, provocando ferimentos e mortes, como por exemplo, o funcionamento defeituoso da polícia administrativa (guarda campestre que, pretendendo matar cão hidrófobo, fere transeunte; pessoa ferida por tiro desfechado por policial que visara automóvel cujo condutor transpusera a barreira), do serviço de aferição de pesos e medidas (lasca de metal se desprende e fere o olho de um as-

sistente), do serviço de transporte em automóveis (pedestre fe rido por carro do serviço público) ou em aviões (prejuízos cau sados pela queda de avião militar que, em virtude de grave im prudência do piloto, cai sobre residência) do mau aparelhamento de locais destinados ao serviço público ou a seus agentes (into xicação por óxido de carbono, atribuindo ao aparelhamento defei tuoso de lugares destinados aos funcionários), de trabalhos con duzidos ou executados em desacordo com a técnica exigida (aci dente produzido pelo asfaltamento de estrada, desobedecendo-se às prescrições regulamentares).

Ao lado de tais falhas, relativas à ordem material, e xiste também a responsabilidade em razão de erros relacionados com a ordem jurídica, tais como, por exemplo, os nascidos em consequência de interdições irregulares (proibição de acesso a certas partes de uma catedral), de irregularidades no decorrer de requisições (cometidas por uma comissão de abastecimento em requisição de gado), de falsa aplicação ou violação de texto de lei ou regulamento (comissão de classificação de funcionários que, por haver interpretado erroneamente o texto legal, prejudi ca funcionário que tem direito à promoção).

Vejamos a característica do não funcionamento do servi ço: reconhecer que o não funcionamento do serviço configu ra a culpa é o mesmo que dizer que o serviço era obrigado a fun cionar e que o Estado responderá por essa inação, reparando pe cuniariamente as consequências disso advindas.

Mais um passo para frente é dado no setor da responsa bilidade e esse progresso se acha ligado ao desenvolvimento das idêias concernentes ao funcionamento dos serviços públicos; o

exercício da competência não é privilégio, mas dever para o agente que tem a obrigação funcional de ser vigilante, mesmo em casos de competência discricionária.

Graças a essa aplicação da responsabilidade, o Conselho de Estado na França, adquire certo direito de fiscalização sobre a Administração e se não pode obrigá-la expressamente a agir, poderá declará-la responsável pelas consequências da inação, mesmo que esta inação não configure ilegalidade no sentido estrito do termo, visto que não se está diante de caso de competência vinculada.

É em matéria de trabalhos públicos que surgem as primeiras decisões. O Conselho de Estado francês declara que o acidente imputável à ausência de obra pública necessária ou à insuficiência de conservação normal da obra pública é suscetível de gerar a responsabilidade do Estado (ausência de estrada em aterro; capotamento de caminhão que circula na rua, em virtude de desgaste sensível do calçamento).

Reduz-se à mesma idéia a responsabilidade administrativa por acidentes devidos a defeito ou insuficiência de sinalização dos trabalhos executados (ausência de sinalização de braseiro coberto de terra; ausência de muro em domínio fluvial, perigo excepcional para sinalizar) e também vícios perigosos, que pode apresentar a obra pública, aguardando tais trabalhos (pedestre que cai em buraco feito na calçada, próxima da parada de condução, sem que haja o menor sinal de proteção especial).

Por último, vejamos o tardio funcionamento do serviço.

O último estágio da teoria da culpa do serviço é atingido com a denominada responsabilidade pela lentidão administrativa. Dessa época em diante, o funcionamento do serviço público

é suscetível de ser declarado defeituoso e, pois, falho (culpa), quando é demasiado lento.

A Administração tem o poder - dever funcional de ser diligente e a falta de um certo grau de diligência administrativa será sancionada pela responsabilidade, tal como, por exemplo, o atraso da autoridade militar em liberar uma pessoa irregularmente alistada (menor sem conhecimento do pai se alistara na Legião Estrangeira sob falso nome. O alistamento era nulo. Verifica-se a irregularidade, mas a autoridade militar custa a liberar o rapaz: o pedido do pai é dirigido ao Ministro, porém só três meses depois é que se defere a solicitação, mas nesse meio tempo o moço morre em combate); o atraso na transmissão de reclamação (cão preso no depósito é reclamado pelo proprietário, mas a transmissão do pedido dirigido ao serviço competente é tão lenta que o cão é abatido antes que a reclamação chegue ao conhecimento dos agentes do depósito). (Traité de droit administratif. 1952, pp. 423-26, Apud Cretella Júnior, ob. cit. pp. 83-5).

Se o serviço funciona mal, se não funcionou ou se funcionou com atraso, temos a culpa do serviço, acarretando a responsabilidade civil do Estado por defeito ou falha do serviço público.

No fundo, o não funcionamento ou o mau funcionamento do serviço, com falha ou atraso, está relacionado com a ação ou a omissão do agente administrativo que, de modo direto ou indireto, deveria ter diligenciado para que o serviço se apresentasse perfeito.

Completando, CRETELLA JÚNIOR (ob. cit. p. 85) diz que, mesmo que não se apure a identidade do agente responsável pelo

mau funcionamento do serviço público, basta a prova inequívoca do prejuízo ocasionado, como decorrência da falha da máquina do Estado (nexo causal), para empenhar a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica pública a quem está afeto o serviço e a respectiva indenização patrimonial, o que, em outras palavras, significa que, superada a teoria subjetiva, que pressupõe a identificação do agente causador do dano, o direito administrativo chega à teoria objetiva, que prescinde da culpa do homem, da identificação do funcionário, fixando-se na falha do serviço.

Em suma, é uma teoria que se funda no princípio da equitativa distribuição dos encargos sociais, pois o Estado é quem os deve suportar, mas não despreza a idéia de culpa, embora concebendo-a de modo especial e estrito.

Se o agente da administração incidiu em culpa, dá-se a indenização.

Porém, esta é devida, igualmente, quando ocorre uma irregularidade ou uma falha na execução do serviço público, decorrente da má organização ou do funcionamento defeituoso do aparelho administrativo.

2.5. TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A teoria do risco administrativo, é de natureza objetiva, abandonando a noção de culpa, fundamentando-se na noção da distributividade dos encargos sociais.

Com efeito, o dano provocado pela Administração, que opera em favor da coletividade, por esta última deve ser suportado, de maneira tal que todos participem, e não unicamente, a

pessoa prejudicada pela ação ilícita do agente do Estado.

Ora, se todos devem contribuir para o custeio dos ônus pelos quais responde o Estado, através do recolhimento de impostos, destes deverão ser tirados os recursos para o atendimento dessas situações.

Para tanto, importa somente verificar se ocorre uma relação de causa-efeito (nexo-etiológico) entre o ato do agente e o evento danoso. Em caso positivo cumpre ao Estado cobrir os danos apurados, o que constitui um risco próprio da atividade administrativa.

Cabe lembrar que o direito positivo brasileiro tem norma expressa sufragando tal orientação, relativamente à pessoa jurídica de direito público. O legislador constituinte dispôs sobre a matéria, na Carta Magna, cujo "caput" do específico art. 107, está assim redigido, como já colocado anteriormente.

"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros".

A responsabilidade extra-contratual do Estado sempre foi reconhecida pela lei e pela jurisprudência brasileiras, embora variasse quanto à sua exata colocação. As Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a atual de 1969 (Emenda nº 1) consagraram, sem exceção, tal responsabilidade, não obstante variasse relativamente ao alcance, em particular à posição do agente causador a propósito da obrigação de repor. Também o Código Civil dispõe sobre o assunto, na combinação dos artigos 159 e 15, na sua parte geral. O texto constitucional acima transcrito e em pleno vigor repetiu, em linhas gerais aquele que vigou na Carta de 1946 (art. 194).

Pela teoria do risco integral, segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, de todos os prejuízos, de todas as lesões de direito ocasionadas aos particulares pelos funcionários, cabe indenização, quer se trate de ato de império ou de ato de gestão, quer seja regular ou irregular o funcionamento do serviço público. Na responsabilidade do Estado, que independe do pressuposto subjetivo da culpa, prepondera o caráter objetivo.

(ob. cit. p. 113).

Esta teoria, nos ensinamentos de H. L. MEIRELLES, faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo é injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

Por esta teoria não é cogitada a culpa da Administração ou de seus agentes, basta que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.

Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública.

O risco e a solidariedade social são, pois, os supor-

tes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos en cargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194, da Constituição Federal de 1946. (Direito Administrativo Brasileiro, 1983, p. 538).

AMARO CAVALCANTI é pela aplicação desta teoria, defendendo-a nos seguintes termos:

"Assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos po vos civilizados. Portanto, dado que um indí víduo seja lesado nos seus direitos como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encar gos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto, é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa - Quod omnes tangit, ab omnibus debet supporttari". (ob. cit. vol. I, p. XV).

Leciona JOSÉ DE AGUIAR DIAS (ob. cit. p. 639) que, tem-se inocentado demais o Estado, entre nós. Parece que é tempo de dizer que, se os governantes cumprissem melhor os seus deveres, não precisaria o Estado de se ver defendido nos tribunais por argumentos que o colocam, illogicamente, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo do risco de empobrecer o erário, por via de indenização.

Segundo ele, o problema não pode ser discutido, se não se toma em consideração o exemplo da Inglaterra. Nesse país on

de prevalece o sistema da irresponsabilidade, e onde há liberdade para a crítica aos governantes, o sistema só se torna possível, em face da força real da opinião pública, pela honestidade e correção que tem o governo e os funcionários no desempenho de suas funções e pela linha de respeito que guardam religiosamente ao direito do mais humilde dos cidadãos. Nesse país, o governo central e as administrações legais são exercidos por uma classe dirigente que, ao lado de reconhecida capacidade e probidade funcionais, dispõe de patrimônio capaz de suportar os encargos das indenizações. Precisamente dessa condição de fato é que depende, em grande parte, a situação de responsabilidade do Estado por ato dos funcionários.

No sistema inglês, continua DIAS, é condição para o exercício dos cargos, em certas situações, que o candidato tenha patrimônio capaz de garantir a Coroa e os administrados. A Inglaterra não precisa estabelecer a responsabilidade do Estado, porque a pessoa acaso prejudicada por eles encontra suficiente garantia do ressarcimento no próprio patrimônio deles. Se conseguirmos esse nível, que ao governo, antes dos seus jurisdicionados, toca procurar atingir, então, veremos nos tribunais, muito menos ações de indenização: assim, o erário não se esvairá, como acontece agora, para aflição dos que o têm como coisa estranha e até oposta ao bem-estar coletivo, em reparações vultosas, que poderiam bem se destinar a outras finalidades, porque haverá menos revoluções, menos depredações, menos tropelias policiais, enfim, menos abuso e menos desvio de poder.

É um pensamento externado por muitos dos melhores autores, inclusive pelos que se atêm ao princípio da culpa. Assim JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO entende que:

"... a responsabilidade do Estado, longe de constituir um perigo para este, teria os mais proveitosos efeitos, seria de uma enorme conveniência, conduzindo naturalmente a uma escolha cuidadosa dos empregados públicos e garantiria os direitos dos cidadãos nas suas relações com a autoridade pública. A inteira responsabilidade do Estado é ... de um valor e de uma importância prática de primeiro plano, sendo talvez a falta de aplicação destes princípios uma das causas que mais preponderantemente concorrem para o estado menos próspero de alguns países".

Por esta razão PINTO COELHO recomenda uma conveniente e regular organização do instituto, no interesse de assegurar a própria prosperidade do Estado. (A responsabilidade civil baseada no conceito de culpa, 1906, p. 200, Apud J. A. Dias, ob. cit. p. 640)

Como fundamento, poderíamos dizer que, enquanto a teoria da culpa é fundada na ação ou omissão do homem, a teoria do risco baseia-se no princípio da causalidade.

Abstraindo o elemento culpa, as teorias objetivas fixam-se no elemento dano que, incidindo sobre o patrimônio do administrado e desnivelando-o, exige a reparação.

BRANDÃO CAVALCANTI, leciona que é suficiente o nexu causal entre a pessoa e o dano, desprezando-se a imputabilidade que se arrima na culpa, no procedimento, nas circunstâncias que geram o dano. O princípio econômico supera o princípio de natureza moral para efeitos da responsabilização, motivo por que alguns denominam esta teoria de teoria da causalidade objetiva.

(Tratado de direito administrativo, 3a. ed. 1955, vol. I, pp.

373-4).

Segundo CRETELLA, a teoria do risco administrativo é mais absoluta no campo do direito administrativo do que no campo do direito civil, porque neste, a responsabilidade repousa no elemento culpa, o que envolve considerações sobre a existência do ato ilícito de negligência, de imperícia, de imprudência, ao passo que, no direito público, o eixo da responsabilidade é o elemento dano, o que envolve considerações sobre a obrigatoriedade da reparação mesmo no caso de ato legítimo, mas danoso, assim como nas hipóteses de atos praticados de acordo com as leis e regulamentos, ou seja, ato lícito. (ob. cit. p. 322).

Para PEDRO LESSA, o princípio fundamental em que repousa a teoria do risco administrativo, no direito brasileiro, é o chamado princípio da igualdade dos ônus e encargos, consagrado em várias leis dos povos cultos.

E que, os serviços públicos nem sempre funcionam como deveriam funcionar. Acarretam, por isso, necessariamente, certos males e estes devem ser sofridos por todos, contribuindo cada um para a indenização do dano que incidiu numa só pessoa. (Do Poder Judiciário, 1915, p. 164).

CRETELLA nos ensina que o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais articula-se com o princípio da justiça distributiva, que ordena sejam repartidos por todos, os prejuízos que iriam incidir sobre um só. Trata-se de filosofia jurídica orientadora de uma política econômica, mais do que a condenação do Poder Judiciário, que interviria como distribuidor da Justiça.

O princípio da solidariedade humana estaria, enfim, no âmago da questão, informando toda a teoria objetiva, fundamenta

da no risco.

A pessoa é parte integrante da sociedade, para a qual, deve contribuir desde sua estruturação, até a organização e continuidade dos serviços públicos. Todos contribuem com tributos. As taxas e impostos saem da coletividade e, sob forma de ingresso, aumentam o patrimônio do Estado, revertendo depois, novamente para todos, sob a forma benéfica dos serviços prestados.

Se da solidariedade de todos nasce a máquina administrativa, a empresa, do prejuízo ocasionado pelo aparelhamento público, para um só que seja, nascerá a obrigação eqüitativa de indenizar, que se difundirá por todos os administrados solidários com aquele que, individualmente, suportou o dano. (ob. cit. p. 323).

Vejamos o risco administrativo no direito pátrio.

No início do século, PEDRO LESSA ressaltava que:

"para a satisfação das necessidades sociais é necessário organizar os serviços públicos. Da execução dessa ordem de serviços, que podem ser da União, do Estado, da Província, do Município, ou do Distrito, procedem danos, prejuízos, lesões de direito para os particulares, pessoas singulares e coletivas. São ressarcíveis pelo poder público?" (Ob. cit. p. 162).

Filiando-se à teoria do risco integral, mostra PEDRO LESSA que nada tem a ver o direito privado com esta questão, que tem de ser equacionada e resolvida em termos de direito público.

A teoria do risco integral é a que se estruturou de acordo com a lógica jurídica.

Nem se objete que, diz ele, adotado esse sistema, desaparece em grande parte o estímulo dos funcionários públicos no desempenho de suas obrigações: tudo se concilia, pagando o Estado a indenização do dano, punindo os agentes que tiverem procedido culposamente e condenando-os por seu turno à reparação devida ao Estado. Não procede, tampouco, o argumento dos que lembram a probabilidade de crescer demasiadamente esta nova fonte de despesas para o Estado.

O que importa ter em mente é que, para haver condenação é necessário que o autor prove que de fato se deu a lesão de um direito, que essa lesão acarretou dano certo, e não apenas eventual, presente, e não futuro; finalmente, que, entre a prestação ou desempenho do serviço público, o ato ou omissão do serviço público que ocasionou o dano, e este, se verificou relação direta de causalidade, laço direto de causa e efeito.

(Do Poder Judiciário, 1915, pp. 165-66-67-70).

Em posição contrária, atacando a teoria do risco administrativo, entre nós, BRANDÃO CAVALCANTI ressalta que tal colocação é insustentável, diante do sistema jurídico pátrio, visto existir texto legal expresso, consagrando o princípio da responsabilidade por culpa, embora não admita adequada sua inclusão no Código Civil.

Seria de todo recomendável conforme BRANDÃO, a existência de texto legislativo expresso, dando feição mais elástica ao princípio da responsabilidade, coibindo os excessos na aplicação da teoria do risco de um lado, e, de outro, dando forma mais objetiva ao problema.

Para ele, a consagração pura e simples da teoria do risco, por via legislativa, constituiria medida perigosa, por-

que a construção da doutrina pode se fazer com muito mais elasticidade por via jurisprudencial, de acordo com a aplicação dos princípios aos casos concretos.

Inclinando-se para a teoria moderada do risco, diz BRANDÃO CAVALCANTI que aos tribunais cabe a tarefa de verificar o justo limite da reparação, levando em conta a participação da vítima no fato danoso, fazendo também sobre ela recair, por meio de uma redução da indenização, a parte da responsabilidade que lhe deve ser atribuída. (ob. cit. pp. 444-5, vol.I).

RUI CIRNE LIMA, traça paralelo entre a culpa e o risco, que formam as bases essenciais da responsabilidade da Administração pelo dano decorrente do fato de seus agentes, ou do fato das coisas a seu serviço.

Continuando, assevera que o risco constitui fundamento excepcionalmente estabelecido para a responsabilidade da Administração. O risco supõe que o agente não possa ter conhecimento pleno de todos os fatores e circunstâncias, suscetíveis de determinar os efeitos resultantes do ato, criando-se, portanto, com a prática do ato, o risco, quer dizer, a possibilidade de efeitos ou resultados imprevistos. A questão que, dessa forma, se propõe, é inteiramente vazia de conteúdo moral. Cuida-se meramente de estabelecer quem deverão suportar o risco que se cria. A lei incumbirá dizê-lo, se não houver dano de ser suportado por quem a verificação do risco feriu.

E que, as noções da culpa e do risco dilatam-se com a elevação crescente dos padrões da consciência jurídica. A culpa amplia-se até a culpa levíssima; o risco, a algumas figuras, antes somente cabíveis dentro do conceito do caso fortuito ou da força maior. (ob. cit. pp. 198-9).

Assinalando a diferença entre o risco administrativo e o risco integral, mostra HELLY LOPES MEIRELLES que, a teoria que admite o primeiro por fundamento faz surgir do ato lesivo e injusto a obrigação de indenizar o dano, causado à vítima pela Administração, sem que se exija falta do serviço público ou culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, fato do serviço e não falta do serviço, como na teoria da culpa administrativa. Embora dispense prova da culpa do Estado, a teoria do risco administrativo permite que o poder público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. Isto, porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral.

Para LOPES MEIRELLES, risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas, e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

A teoria do risco integral para MEIRELLES, é a modalidade extremada da teoria do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí, diz ele, ser denominada de brutal, em vista das graves consequências que haveria de produzir, se aplicada de maneira total. (ob. cit. p. 539)

ONOFRE MENDES JÚNIOR, que considera a responsabilidade do Estado um problema social salienta que:

"Sendo objetivo do Estado a realização do bem comum, que é o de todos e o de cada um, assim como não se pode sacrificar o direito da coletividade em benefício do indivíduo, também não é lícito o sacrifício do direito individual, em benefício da coletividade, sem a conseqüente reparação. Se o Estado puder se impunemente oprimir o indivíduo, prejudicando-o em seu direito ou em seus legítimos interesses, em proveito da coletividade, evidentemente a repetição desse gesto importaria, afinal, em ameaça à própria sobrevivência do regime: É que a repetição do fenômeno, em extensão ilimitada, geraria em diminuição cada vez maior do patrimônio privado, em benefício do patrimônio público".

E continua considerando que:

"O dano a um elemento individual da coletividade significa teoricamente, a diminuição do patrimônio da mesma coletividade. O enriquecimento desta, representada pelo Estado, é transitório, se figurar a hipótese da repetição do dano, em extensão indefinida, alcançando diversos patrimônios privados, cujo decaimento reverterá em prejuízo à própria coletividade, pela redução das fontes de iniciativa privada que, em conjunto, contribuem, com o seu desenvolvimento, para o fortalecimento da coletividade".

É ainda ONOFRE MENDES JÚNIOR quem esclarece:

"Toda lesão partida do Estado, por seus representantes ou prepostos, a um legítimo direito individual, não afeta somente o bem de um mas o de todos, ou da coletividade. Impõe-se assim, na solução jurídica do problema da

responsabilidade do Estado, essa investigação do aspecto sociológico da questão".

E arremata suas considerações nos seguintes termos:

"Se em vez dessa situação, o Estado pudesse apropriar-se ad libitum do patrimônio de todos, sem qualquer indenização, resultaria disso uma alteração da ordem jurídica e do regime. Nesse caso, nada haveria que indenizar, certamente; mas, ao regime de respeito à propriedade privada, sucederia o da estatização ou coletivização total da propriedade. O problema da responsabilidade do Estado deve ser hoje considerado à luz dos princípios do direito social, das teorias solidaristas que pregam a defesa do direito do fraco contra o forte, inscrevendo-se entre aqueles que devem ser resolvidos às inspirações da justiça comutativa, já que, se tocam a todos os benefícios da coexistência social, todos devem suportar-lhe os ônus. Do ponto de vista prático, o problema, que é de justiça social, encontrará solução na socialização da responsabilidade do Estado, a fim de que todos respondam, proporcionalmente, pelos danos que a Administração acarretar ao direito individual". (Onofre Mendes Júnior, *Direito Administrativo*, 2a. ed. 1961, v. 1, pp. 314-5)

Vejam agora a teoria do risco no direito positivo.

Em nossos dias, abandonada a teoria subjetiva da culpa, de índole privatística, o nosso direito positivo aceitou a responsabilidade objetiva, consubstanciada na teoria do risco administrativo.

Risco administrativo ou risco integral? eis o problema

que ainda não recebeu unanimidade da doutrina, ressalta CRETELLA JÚNIOR (ob. cit. p. 327). Contudo, não tem dúvida o mestre CRETELLA em sustentar que:

"não obstante algumas vozes em contrário, o direito administrativo brasileiro caminha no sentido da aceitação da teoria do risco integral, há muito defendida por PEDRO LESSA e exposta com grande clareza por MÁRIO MAZAGÃO, aquele Ministro do Supremo Tribunal Federal, este, constituinte em 1946".

E diz mais. Excetuando-se os casos típicos de exclusão do Estado, diante de certas e determinadas causas que desvinculam o poder público de quaisquer obrigações indenizatórias, como por exemplo, a força maior, o caso fortuito, a culpa da vítima, a culpa de terceiros, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal -, a responsabilidade civil do Estado, em face de nosso direito positivo e da inclinação de eminentes julgadores de nossos Tribunais, é fundamentada na teoria do risco administrativo integral.

O exame do texto do art. 107 mostra-nos que o legislador constituinte adotou nele duas teorias distintas. Assim no "caput" do preceito, já transcrito anteriormente, está adotada a teoria objetiva do risco integral, por força do qual, estabelecido o nexu causal entre a conduta do servidor e o dano superveniente, o Estado se obriga a ressarcir o prejudicado.

Há, todavia, limites para essa responsabilidade, nas hipóteses de caso fortuito, força maior ou de culpa da vítima, situações que podem ocorrer em variadas circunstâncias, inclusive em casos de comoção intestina, ou de outros movimentos multitudinários. Nestes casos os estragos eventualmente veri-

ficados serão passíveis de composição pelo Estado se a ação da polícia preventiva, solicitada em tempo hábil, podia, com eficácia, ser desenvolvida, não tendo sido. Em caso inverso a tendência jurisprudencial é no sentido de abrandar as consequências para a Fazenda Pública.

Não poderíamos deixar de ver a teoria do risco administrativo também na jurisprudência.

Salienta CRETELLA (ob. cit. p. 328) que, em exaustivo e erudito voto, proferido no Supremo Tribunal Federal, o Ministro FILADELFO AZEVEDO examinou a responsabilidade do Estado sob vários ângulos, principiando por dizer que "esse problema ainda não encontrou, entre nós, o terreno sedimentado em que pudesse descansar, após tormentoso debate na doutrina e na jurisprudência". (Revista Direito, 1943, 22:245).

CASTRO NUNES já dissera que:

"A questão da responsabilidade do Estado por atos praticados como poder público poderá ser posta em outros termos, que alteram a concepção civilista dessa responsabilidade".

E continuando, o mesmo CASTRO NUNES leciona o seguinte:

"Coube ao direito administrativo, cuja formação como disciplina autônoma, com um corpo de doutrina próprio, e um dos grandes acontecimentos jurídicos de nossa época, dar as primeiras diretrizes da relação contra os velhos postulados do direito civil, assentando a responsabilidade do Estado em novas bases". (Castro Nunes, do Mandado de Segurança, 5a. ed. 1956, pp. 438-9).

Aceitando o princípio do risco, mais avançado no campo do direito administrativo do que no campo do direito civil, o

Ministro FILADELFO AZEVEDO responsabiliza o Estado pelos danos causados por motim popular. (Revista Direito, 1943, 22:250).

Comentando aquele pronunciamento, orientado pela teoria do risco, baseada no seguro e no equilíbrio econômico, BRANDÃO CAVALCANTI salienta:

"A construção da doutrina, feita por aquele jurista é maleável; atende principalmente a considerações de ordem econômica e objetiva, à necessidade de evitar o desequilíbrio econômico em consequência de danos causados pelo Estado ou pelos serviços públicos e mesmo de contingências de ordem geral, como aconteceu entre nós e em outros países, com as crises da agricultura que obrigaram o Estado a amparar a lavoura por meio de um reajustamento dos créditos. E isto tem ocorrido em outros casos em que o Estado espontaneamente acudiu para satisfazer a reparação do dano, atendendo aos princípios da justiça distributiva" (Brandão Cavalcanti. (ob. cit. vol. I. pp. 401-2).

Podemos dizer que grande número de juristas responsabilizam o Estado fundamentados em teorias publicísticas, invocando, conforme o caso, a doutrina da culpa administrativa, mas indo até a doutrina do risco integral, caso não se consiga fixar a culpa pessoal do agente, causador do dano.

A teoria do risco, quer sob a forma comedida do risco parcial, ou moderado, quer sob a modalidade mais avançada do risco integral, há muito vem sendo objeto de profunda cogitação da doutrina e da jurisprudência brasileiras.. Observa-se tendência acentuada para a receptividade progressiva na responsabilização do Estado por atos danosos, advindos da máquina es-

tatal, em qualquer dos três Poderes, desde que se prove a efetividade do prejuízo, o dano e o nexo causal. Isto possibilita a imputabilidade perfeita da pessoa jurídica de direito público, fonte próxima ou remota do desnível patrimonial do administrado, sem prejuízo da futura e obrigatória ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, em hipóteses de dolo ou culpa.

RIPPERT, define esta teoria com as seguintes palavras: "Todo dano deve ser atribuído ao seu autor e reparado por aquele que o causou porque todo problema de responsabilidade civil resume-se em um problema de causalidade; todo ato do homem obriga aquele que causou um dano a terceiro a repará-lo". Rippert - De la regle Morale nº 115 - Apud T.B. Cavalcanti - Teoria dos Atos Administrativos, 1973, p. 230).

Ninguém criticou com mais veemência a teoria do risco aplicada à Administração, do que HAURIUO que diz:

"1º) A teoria do risco da empresa, em sua brutalidade, só é tolerável, em matéria de acidente de trabalho, porque existe o seguro para os chefes da empresa; ora, a Administração não tem seguro e não pode segurar-se contra as faltas de serviço;

2º) em matéria de acidentes industriais, a indenização é fixa e determinada pela lei; este processo é impraticável para os prejuízos determinados pelas deficiências e faltas do serviço;

3º) a teoria do risco tem o inconveniente de eliminar toda preocupação moral de diligência e zelo no cumprimento da função, o que é urgente e imprescindível à tarefa administrativa;

49) historicamente, a noção do risco é primitiva, mas precisa ser aperfeiçoada pelos elementos fornecidos pela noção de culpa".
 M. Hauriou - *Précis de Droit Administratif*.
 pág. 486, nota 1 - Apud T.B. Cavalcanti -
Teoria dos Atos Administrativos, 1973, pp.
 231-2).

SANTI ROMANO, sustenta que basta a existência do dano para verificar-se a responsabilidade do Estado. Mesmo quando se verifica a culpa, desde que o Poder Público impõe ao indivíduo um sacrifício, que não se compreende nos limites de suas funções normais, deve ressarcir o dano. (Santi Romano - *Principii di Diritto Administrativo*, pág. 59 - Apud. T.B. Cavalcanti - *Teoria dos Atos Administrativos*, 1973, p. 235).

CAVALCANTI diz que a responsabilidade objetiva tem, as sim a sua aplicação no direito administrativo.

E o risco deve ser integral, completo, e a responsabilidade, o dever de indenizar, decorrem diretamente do dano, sem outras considerações.

Daí dizer TIRARD, que a teoria do risco no direito público é mais absoluta do que a do direito civil, porque no di reito civil a responsabilidade é baseada na presunção de culpa, onde se faz a análise da noção de ato ilícito, de imperícia, im prudência, etc., enquanto que, no direito público, a idéia de culpa é excluída e admite-se a reparação mesmo dos atos legíti mos e aqueles praticados no exercício regular de um direito.

(TIRARD - *De la Responsabilité de la Puissance Publique*, p. 195
 Apud - T.B. Cavalcanti - *Teoria dos Atos Administrativos*, 1973,
 pp.235-6).

As observações feitas por TIRARD, são do maior alcance

e têm como fundamento a distribuição dos encargos, porque o indivíduo prejudicado é também um membro da comunidade.

Os encargos são comuns, é preciso distribuí-los entre todos, tanto mais quando os danos são conseqüentes à execução dos serviços públicos, serviços de interesse coletivo.

A teoria do risco integral, pondo de lado a investigação do elemento pessoal, voluntário ou não, preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares praticados por agentes públicos no exercício regular de suas funções.

Para ZANOBINI, os elementos que mais profundamente contribuem para diferenciar a responsabilidade do direito público são a exclusão, nesta, dos princípios relativos à responsabilidade indireta e a exclusão, de outro lado, do requisito da culpa, como elemento necessário para integrar a responsabilidade. (Zanobini, Corso di diritto amministrativo, 6a. ed., 1950, v.1, p. 272-3 - Apud - J.C. Júnior - ob. cit. p. 87).

A responsabilidade civil do Estado, considerada pela teoria do risco integral, conduz a pessoa jurídica de direito público ao pagamento do prejuízo causado ao particular por fato ou ato da Administração, de acordo com o princípio já conhecido pelo nome de princípio dos ônus e encargos públicos.

Para CRETELLA (ob. cit. p. 91) o princípio da repartição eqüitativa dos ônus e encargos públicos poderia, à primeira vista, dar a impressão de ser demasiado severo para com o Estado, mas uma análise mais profunda revela que a própria pessoa jurídica pública tem interesse em ressarcir os danos ocorridos, conciliando-se os interesses das duas partes, administrado e Administração, porque ambos constituem, no fundo, a mesma unidade,

e o desequilíbrio econômico de uma das partes acaba refletindo-se na outra.

Diz ele que, as grandes transformações do direito de nossa época influíram sobre a doutrina jurídica que substituiu o elemento culpa pelo elemento indenização ou reparação, este último mais condizente com a evolução social de nossa época, que leva em conta os princípios da justiça distributiva.

Se o membro do grupo sofre danos produzidos pela mais alta expressão do próprio grupo, que é a pessoa jurídica pública, síntese de todos, não é razoável: que se procure explicação fantasista que exima, da obrigação de indenizar, a entidade, causa do dano.

Houve dano, haverá indenização, distribuindo-se esta por todos, numa expressão econômica de solidariedade de todos os agrupados.

Não é justo que o ônus ou encargo seja suportado por um só, pela vítima, sobre a qual incidiu a consequência do fato nocivo, cuja causa, próxima ou remota, é o Estado.

Portanto, pela teoria do risco integral, o Estado responde invariavelmente pelos atos que os seus agentes pratiquem no exercício, regular ou irregular de suas funções. O simples liame de causalidade entre o dano e o fato ou omissão do funcionário, desde que este tenha agido na esfera de suas atribuições, determina a responsabilidade da fazenda pública, sem que seja necessário indagar se houve culpa em qualquer de seus graus.

O fundamento desta teoria, frisamos, é o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. O Estado ao realizar os seus objetivos, agindo no interesse e para o bem de todos os

membros da coletividade, prejudica, inevitavelmente, o patrimônio ou o direito de alguns desses membros da comunhão política. E já que as lesões a estes impostas, resultam de uma atividade exercida no benefício comum, justo e razoável é que toda a sociedade componha os danos assim verificados.

Em defesa à teoria do risco, um dos seus fervorosos partidários, o eminente professor ALVINO LIMA, refutando algumas objeções dos seus adversários, reúne e expõe ordenadamente os argumentos objetivistas, mostrando, em resumo:

- a) - Que é falsa a mais não ser a acusação de materialismo irrogada à doutrina do risco. É verdade que considera o fato em si mesmo e dele faz derivar a responsabilidade. Mas assenta nos mais lúdimos princípios de justiça e equidade. Atende aos mandamentos democráticos fundamentais: a igualdade, porque o risco desfaz a superioridade de condições das empresas poderosas; doutrina de fraternidade é ela, porque resulta do aprimoramento das consciências em movimento de solidariedade humana; não nega, portanto, a liberdade humana, porque é a sua própria proclamação, a garantia de sua estabilidade.
- b) - Que é contraditória, além de improcedente, a afirmação de que a doutrina do risco conduzirá à inércia e paralizará a iniciativa humana. Contraditória, porque a doutrina da culpa, ao considerar os casos em que estabelece presunções *juris et de jure*, como no caso de culpa na guarda, consagra pura e simplesmente o próprio risco, uma vez que

não admite a prova de ausência de culpa. E a im procedência da objeção é evidente. A doutrina do risco tem sido ampliativamente aplicada e não há sinal de que tenha afetado o desenvolvimento eco nômico. As grandes empresas, considerando os riscos uma condição de atividade, já os fazem fi gurar no seu próprio passivo.

- c) - Que a alegação de ser a doutrina do risco um retrocesso às concepções primitivas da responsabilidade não pode, só por si, impressionar. Se se reporta a noções que foram um dia abandonadas, ela o faz sob plano mais perfeito e, se a sua aplicação dá bom resultado, provará que foi um er ro abandoná-las. Mas nem isso se dá, porque não há assimilação possível entre a concepção bárbara da vingança privada e a doutrina do risco. Aquela não tinha a justificá-la nenhum princípio de ordem moral. Esta é essencialmente fundada na moral e na equidade, atendendo ao imperioso clamor em favor das vítimas dos acidentes, multi plicados pela vida moderna.
- d) - Que a ausência de proveito não influi na con cepção objetivista e é superficial a objeção a este propósito levantada. Na doutrina do risco, não se alude a proveito in concreto, mas como fi nalidade da atividade criadora do risco; este é o mais provável, não o realizado.
- e) - Que, se se admitir que a teoria do risco não ofe

rece um princípio definido, igual defeito se pode atribuir à doutrina da culpa. É confissão comum de todos os seus próprios partidários que a noção da culpa é imprecisa, vaga e incerta. O que se deve recordar, porém a este respeito, é que "não há princípio jurídico, por mais lógico nas suas conclusões, por mais primoroso no seu conceito, por mais preciso nos seus contornos, que possa abranger todos os casos que pretende regular. (Culpa e Risco, 1963, 1a. ed. pp. 207-213).

Agora, seria de se perguntar; qual a corrente ou teoria vencedora, segundo o estado atual do direito, quanto à responsabilidade do Estado em face dos particulares, por lesões patrimoniais decorrentes de atos dos agentes públicos?

Inicialmente, vejamos a opinião de alguns autores estrangeiros.

O professor H. BERTHÉLEMY, o conhecido decano da Faculdade de Direito de Paris e autorizado tratadista do direito administrativo, admitindo como fundamento da responsabilidade o princípio de equidade segundo o qual todos devem suportar em igualdade de condições os ônus do serviço público, afirmou que esta solução acabou prevalecendo no direito positivo, por obra da jurisprudência. Corolário desse princípio é que todo dano causado pela atividade do Estado deve ser por este indenizado. É a teoria de direito público denominada de risco integral ou por causa do serviço público, segundo a classificação adotada por PEDRO LESSA. (H. Berthélemy - *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Rausseau et Cie., 1933 - Apud - Alcino de Paula Salazar - ob. cit. p. 51).

ROGER BONNARD, professor de direito administrativo da Faculdade de Direito de Bordeaux, confirma a asserção expondo que a jurisprudência francesa evoluia no sentido da responsabilidade, chegando a aceitar o sistema do risco. (BONNARD - Précis. Élém. de Droit Administratif. Paris, Recuilil Sirey - 1926, p. 372 - Apud - Salazar - ob. cit. pp. 51-2).

Outro especialista da matéria, ainda na França, o professor PAUL DUEZ, assinala o sucesso que alcançara a teoria do risco no seio do Conselho de Estado, tendendo já a uma consagração definitiva. (DUEZ - La Responsabilité de la puissance publique, 1927, p. 34 - Apud - Salazar - ob. cit. p. 53).

Na Bélgica, segundo o testemunho de RENÉ MARCQ, o princípio passara a ser considerado um dogma constitucional. O cidadão prejudicado pelo funcionamento de um serviço público tem no postulado da igualdade dos encargos o direito à reparação do prejuízo sofrido. (MARCQ - La Responsabilité de la puissance publique, 1911, nº 260 - Apud - Salazar - ob. cit. p. 53).

Na Itália a jurisprudência evoluiu no mesmo sentido, desprendendo-se do conceito antiquado da aplicação das regras de direito privado à responsabilidade da administração e do absoluto critério da dicotomia dos atos administrativos.

SANTI ROMANO, que é um dos mais acatados publicistas italianos, menciona essa transformação, afirmando que a administração pública responde pelos danos que causa a terceiros, quer provenham de atos legítimos, em razão dos princípios "di giustizia distributiva", quer com maior razão, resultem de atos ilegítimos ou de uma ação material ilícita. (SANTI ROMANO - Corso de Diritto Administrativo, 1937, 3a. ed. P. 299 e 303 - Apud Salazar - ob. cit. p. 53).

Dessas referências ao direito estrangeiro, infere-se que o princípio da equitativa distribuição dos ônus públicos ou do risco integral como fundamento da responsabilidade civil do Estado em face dos particulares, vai se impondo irresistivelmente.

No Brasil, mais talvez que em qualquer outro país, se tem afirmado, segundo SALAZAR, o predomínio desse sistema, em consonância com as tradições de nosso direito e o sentido liberal da nossa cultura.

Legisladores, juizes e publicistas nacionais, sempre consagraram as idéias mais adiantadas e mais justas no tocante ao árduo problema dos direitos individuais lesados pelos agentes do poder público, salvo, naturalmente, os surtos reacionários e efêmeros que as reivindicações de direitos geralmente provocam.

Em tais condições haveria de ter, como efetivamente sucedeu, franca acolhida no direito brasileiro, a tese da responsabilidade fundada no princípio da igualdade dos encargos dos serviços públicos, princípio que se impõe irresistivelmente como uma expressão lídima de justiça, de equidade, de solidariedade social e de equilíbrio econômico.

Convém que vejamos aqui, para deixarmos bem fixada tal proposição, a palavra dos mestres e estudiosos do nosso direito administrativo.

AMARO CAVALCANTI, concluindo longo e minucioso exame das inúmeras teorias sobre a matéria, destacou, para apoiá-las, as conclusões de VACCHELLI e de DUGUIT, com este comentário um trecho deste último:

"Nesta breve transcrição se contém realmente toda verdade sobre a questão no atual momento. Dela se vê que, em se tratando da responsabilidade civil do Estado ou de outra qualquer administração pública, a lesão do direito objetivo, devidamente verificada, pode ser admitida como razão determinante de dita responsabilidade, sem indagar previamente da condição concorrente de ilegalidade ou de culpa por parte do respectivo agente. Esta teoria, que cada dia mais prepondera é a única capaz de oferecer razão ou argumento sobre o qual se possa apoiar a ação extraordinariamente crescente do Estado moderno, sem, por isso, serem sacrificados os direitos dos indivíduos particulares" (ob. cit. p. 349).

PEDRO LESSA, como já ficou dito em referência anterior, foi dos mais ardorosos defensores da idéia solidarista.

HERMES LIMA, também lhe dá apoio, considerando-a uma regra geral cujo alcance caberá aos tribunais fixar.

No mesmo sentido é o parecer de MATTOS VASCONCELOS, declarando reconhecer que a teoria do risco integral é a que melhor consulta as conveniências do caso brasileiro. (Direito Administrativo, vol. 2, 1937, p. 516).

Foi, porém, o Ministro FRANCISCO CAMPOS, cuja autoridade em matéria de direito público conquistou já foros de indisputável primazia, quem com absoluta precisão e segurança de raciocínio, fez a consagração definitiva desta doutrina, em parecer proferido como Consultor Geral da República, neste trecho que é indispensável transcrever:

"A responsabilidade do Estado pelos atos dos seus agentes não é hoje matéria de controvérsia. A jurisprudência, em todos os países do

mundo, evolui, de alguns anos a esta parte, no sentido de alargar o campo daquela responsabilidade, reconhecendo que, pelo fato de investir-se o Estado do monopólio dos serviços públicos, corre-lhe o dever de velar pela regularidade desses serviços, respondendo, portanto, por todas as consequências resultantes do seu mau funcionamento.

A base da responsabilidade do Estado pelas consequências prejudiciais ao patrimônio individual resultantes do funcionamento ainda que normal dos serviços públicos, se encontra um princípio de equidade, que resulta, precisamente, da natureza e do destino desses serviços.

Como foram eles instituídos em benefício de todos ou em proveito da comunhão, não seria equitativo que as consequências do seu funcionamento, seja normal, seja defeituoso ou irregular, viessem a incidir apenas sobre o patrimônio do indivíduo lesado em virtude desse funcionamento.

O princípio sobre que se funda a responsabilidade do Estado pelos danos resultantes do funcionamento dos serviços públicos é assim, pela sua própria natureza, da ordem daqueles cujo campo de aplicação, ao invés de sujeito aos limites estritos a que o direito civil submete, em regra, a responsabilidade dos particulares, tende, ao contrário, a ampliar-se no sentido de identificar a responsabilidade do Estado com a responsabilidade objetiva ou a responsabilidade pelo risco. Assim, o Estado responde não somente pelos danos ocasionados pelo funcionamento normal dos serviços públicos, isto é, quando não houve falta ou não se verificou ne-

nhuma culpa por parte dos seus agentes, como também pelos danos resultantes de faltas, erros ou atos culposos praticados pelos seus representantes por ocasião ou por motivo do funcionamento dos serviços". (in Pareceres, 1a. série, Rio de Janeiro, 1934, p. 230, cf. Salazar - ob. cit. pp. 56-7).

Parece que a conclusão que naturalmente se projeta neste particular é a de que, o princípio dominante, como regra geral, em doutrina, quanto aos danos que ao patrimônio particular cause o exercício da atividade do Estado é o da plena responsabilidade deste pelas consequências do funcionamento dos serviços públicos, objetivamente consideradas, compreendendo os atos de qualquer natureza que os seus agentes pratiquem por ocasião ou por motivo da execução dos referidos serviços, sendo fundamento dessa responsabilidade a idéia solidarista da equitativa distribuição dos ônus e encargos públicos entre todos os membros da comunhão política.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

ALCINO DE PAULA SALAZAR em sua obra "Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais", (pág. 15), elucida que o primeiro assento legal do princípio da responsabilidade civil do Estado por atos lesivos de seus representantes foi, entre nós, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 que "realizou, em um dos seus dispositivos as aspirações de doutrina", (art. 13), como frisou CLÓVIS BEVILAQUA, nas observações sobre o projeto do código civil.

Prescreveu a citada lei, no art. 13:

"Os juizes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União".

Continuando diz que, fixando o alcance dessa função revisora de atos administrativos, determinou que a autoridade judiciária anulasse, no todo ou em parte, o ato impugnado quando este fosse ilegal, em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente, abstendo-se de apreciar o merecimento do ato referido sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade ou quando a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário tivesse emanado de autoridade incompetente ou resultasse de excesso de poder (art. cit. § 9º, letras a e b).

A Fazenda se deu direito regressivo contra o funcionário culpado, mas apenas para dele haver as custas que tivesse

sido obrigada a pagar (§ 14).

No art. 84 foi regulada a indenização garantida pelo art. 86 do Código Penal no caso de erro ou injustiça da condenação do réu reabilitado, restringindo-se a amplitude do dispositivo, tendo a União ou o Estado ação regressiva "contra as autoridades e as partes interessadas na condenação" que fossem convencidas de culpa ou dolo (art. 84 § único).

O Código Penal vigente não manteve a disposição do art. 86 do anterior, nada dispondo a respeito.

Mas o nosso código de Processo Penal dispôs no art. 630 que:

"O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo civil, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º - A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada".

A lei de 1894 acolheu, portanto, em termos amplos, o princípio da responsabilidade do Estado, pelas conseqüências dos atos ilegais da administração pública, dando ação fundada em lesão de direitos que tais atos causassem.

Informa SALAZAR, (ob.cit.p.16) que antes da Lei nº 221

de 1894, não havia texto que consagrasse, de um modo geral, o sistema assecuratório de tal responsabilidade, embora a doutrina o admitisse como imposição dos princípios gerais de direito.

Diz ele que, na verdade o decreto nº 451 B, de 31 de maio de 1890 (art. 61) estabelecendo o registro e transmissão de imóveis pelo sistema Torrens, criou para a Fazenda Nacional a obrigação de indenizar os danos que alguém sofresse em consequência da inscrição de imóvel ou de direito real seu em nome ou em favor de outrem.

E que, nesse mesmo ano, o Código Penal então promulgado (Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, art. 86) reconheceu ao condenado que obtivesse a sua reabilitação, o direito "a uma justa indenização por todos os prejuízos sofridos com a condenação", impondo à Fazenda Pública a obrigação de repará-los, o que constitui uma inovação em nosso direito criminal.

A primeira Carta Magna brasileira preceituava que:

"os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subordinados". (Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, art. 179, inc. 29).

AMARO CAVALCANTI, lembra que inúmeros diplomas legislativos reconhecem de modo expresse a responsabilidade nos casos de lesão dos direitos individuais cometida pelos representantes da administração pública. (Responsabilidade Civil do Estado, t. II, 1957, p.614)

CRETELLA JÚNIOR elucida que, partindo sempre da ocorrência do dano, condição básica para o ressarcimento do administrado atingido em seu patrimônio por pessoal ou máquina do

serviço público, as leis imperiais disciplinam com minúcia inúmeros setores da Administração, tais como as estradas de ferro, responsabilizadas civilmente pelos danos que seus empregados, no exercício de suas funções, causem a terceiros (Dec. nº 1.930, de 26.4.1857); a repartição dos telégrafos, responsável pelos danos causados à propriedade particular, na colocação de postes e linhas (Dec. nº 1.663, de 30.1.1894, art. 552; Dec. nº 4.053, de 24.6.1901, arts. 538 e seg.); o serviço dos correios, causando danos, oriundos de perdas, extravios, acarreta responsabilidade da União (Dec. nº 1.692-A, de 10.4.1894, art. 8º; Dec. nº 2.230, de 10.2.1896, art. 6º); os serviços aduaneiros, responsáveis pelos danos em mercadorias ou seus envoltórios (Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas, arts. 246 a 250); o tesouro público, responsável por objetos recolhidos às diferentes caixas ou cofres, em caso de extravio por negligência ou fraude do respectivo funcionário (Decs. de 8.1.1835, de 1.12.1845, de 22.1.1847, de 19.1.1898); os oficiais de registro, responsáveis pelos seus atos, principalmente quando deles resulta falsidade ou nulidade, com prejuízo das pessoas interessadas no registro (Dec. nº 3.453, de 20.4.1865, art. 101, reproduzido pelo Dec. nº 370, de 2.5.1890, art. 98). (O Estado e a obrigação de indenizar, 1980, p.193)

A primeira Constituição republicana, promulgada a 24 de fevereiro de 1891, dera lugar a uma grande controvérsia, dividindo-se as opiniões em correntes antagônicas quanto à interpretação dos artigos 60, letra c, e 82.

Vejamos o que prescreviam os citados dispositivos:

"Art. 60 - Compete aos juizes ou Tribunais Federais processar e julgar:

a).....

b).....

c) as causas provenientes de compensação, reivindicações, indenização de prejuizos ou quaisquer outras, propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa".

Art. 82 - os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos".

Segundo uma das correntes, tendo sido declarada, neste último artigo, a responsabilidade pessoal dos funcionários pelas faltas que cometessem no exercício de seus cargos, estava excluída implicitamente a responsabilidade do Estado pelas consequências de tais faltas. (Salazar, ob.cit.p.17)

Outras leis e decretos, em consonância com a Magna Carta passaram a disciplinar o instituto da responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes públicos.

Entre outros textos, temos os seguintes.

As causas que se fundassem na lesão de direitos individuais, por atos ou decisões das autoridades administrativas da União, seriam processadas e julgadas por juizes e tribunais federais (Lei nº 221, de 20.11.1894, art. 13)

Alguns anos mais tarde sobreveio uma disposição legal que instituiu de modo expresso a responsabilidade da União pela reparação dos danos resultantes de certa classe de atos de agentes seus: foi o Decreto legislativo nº 1151, de 05 de janeiro de 1904, que reorganizou o serviço federal de higiene.

Por esse decreto se criou, no Distrito Federal, o Juízo dos Feitos da Saúde Pública, competindo-lhe conhecer de todas as ações concernentes à execução das leis e dos regulamentos sanitários.

Vedando à justiça, sanitária ou ordinária, federal ou local, a concessão de interditos possessórios contra os atos das autoridades sanitárias praticados *ratione imperii*, fez o citado decreto esta ressalva:

"Fica salvo à pessoa lesada o direito de reclamar judicialmente, perante a justiça federal, as perdas e danos que lhe couberem, se o ato ou medida da autoridade sanitária tiver sido ilegal, e promover a punição penal, se houver sido criminosa". (Salazar ob.cit.pp. 18-9)

"Entre as causas de natureza federal, em matéria civil, de competência dos Juizes seccionais, compreendem-se as que corriam pelo extinto Juízo da Fazenda Nacional, assim contenciosas como administrativas, as que delas foram dependentes ou constituírem medidas preventivas assecuratórias dos direitos da mesma Fazenda. Assim, compete aos juizes seccionais processar e julgar, em primeira instância, todas as causas civis ordinárias ou sumárias em que a Fazenda Nacional for interessada por qualquer modo e em que houver de intervir por seus procuradores, como autora, ré, assistente, ou oponente" (Lei nº 3.084, de 5.11.1908, 1ª. parte, art. 57)

Em 1915 um outro diploma legal, o decreto legislativo nº 2.945, de 9 de janeiro desse ano, conferindo ao Presidente da República autorização para abrir crédito destinado a ocorrer a pagamento de condenação judicial, corroborou a norma vigente,

dispondo no artigo 2 o seguinte:

"Sempre que a União for condenada por sentença judiciária a pagamentos resultantes de le sões de direitos individuais, o Ministro da Fazenda, na mesma ocasião em que ordenar o pagamento, enviará à autoridade competente os papéis respectivos, a fim de ser proposta pelo representante da Fazenda Nacional ação regressiva contra a autoridade que deu causa à con denação".

Este o regime legal que vigorou até a promulgação do Código Civil.

Comentando o inciso constitucional, CARLOS MAXIMILIANO assinala que o Estado indeniza o dano causado por seus funcionários. A doutrina é recente, muito posterior à Revolução Francesa. Depois de estabelecida, ainda prevaleceram distinções especiosas entre atos de gestão e atos de império, faltas pessoais e faltas de serviço, culpa grave e leve. O critério hoje é muito mais amplo e liberal. O Estado impõe o serviço, não o propõe. Cerca de embaraços a atividade do cidadão: elege, ampara e prestigia os seus funcionários. Todos suportam ônus em proveito comum. Verificado o dano desnecessário, ilegítimo, ressarcível, tem ação o prejudicado contra quem escolheu mandatário ou agente violento ou inepto. Quanto ao dano causado no exercício do cargo, embora tenha havido excesso ou abuso de poder, discute-se apenas a responsabilidade pessoal do empregado que, em casos raros, poderá ser acobertada por ordem superior ou pela boa vontade de servir o interesse coletivo. Cabe ao prejudicado o direito de acionar o Estado, o que preferirá, em regra, pela certeza de se encontrar, na execução da sentença, com um devedor solvente. Exige-se a prova de três requisitos:

"1º - ter-se verificado a lesão de um direito;
 2º - haver esta acarretado um dano certo, e não apenas eventual, presente, e não futuro;
 3º - existir uma relação direta de causalidade, laço direto de causa e efeito entre o dano sofrido e um ato de omissão de serviço público". (Comentários à Constituição Brasileira, ed. de 1918, pp.783-4).

Quando se tratou de codificações do nosso direito civil entraram em choque as idéias, teorias e tendências em que se dividiam as opiniões sobre o complexo e discutido problema da responsabilidade civil do Estado.

Inicialmente, o projeto de CLOVIS BEVILÁQUA, seguindo a jurisprudência nacional, acolheu a tese da responsabilidade do Estado por atos de seus representantes, sempre que estes agissem no exercício de suas atribuições e quer se tratasse de atos chamados de autoridade, quer dos designados como simplesmente de gestão, tendo enunciado o princípio nestes termos:

"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos causados por seus representantes:

1º - quando estes obrarem no exercício da porção de poder público que lhes é confiado, se a lei não tiver determinado, para o caso, a simples responsabilidade pessoal do funcionário;

2º - quando, em nome delas, praticarem atos de direito privado, dentro dos limites de suas atribuições". (Projeto primitivo, art. 42)

No título das Obrigações resultantes dos atos ilícitos, está descrito:

"a responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, a que se refere o art. 42, n. 1, pode provir da omissão do funcionário no cumprimento dos deveres que lhe incumbem, ou do mau uso da porção de poder público que lhe é confiada". (art. 1.647)

E também:

"todo aquele que responde pelo dano causado por outrem pode repetir do autor o que houver pago por ele, salvo se este for seu descendente. Essa disposição aproveita à União, aos Estados, e aos Municípios, quando reparem danos causados por seus funcionários" (art. 1.648).

A Comissão revisora do projeto manteve a disposição do artigo 42, mas com uma restrição, pela qual se excluía dos casos de responsabilidade do Estado a hipótese de abuso ou omissão do funcionário, tendo sido substituídos os termos do n.1 do artigo em referência por estes outros:

"quando estes agirem no exercício de suas funções, exceto se praticarem abusos ou omissões, pelos quais serão os únicos responsáveis".

Ao tratar das Obrigações resultantes de atos ilícitos, a Comissão suprimiu o disposto no art. 1.654, posto agora sob o número do art. 1.826.

Na Câmara dos Deputados a tese da responsabilidade sofreu forte impugnação, ficando circunscrita por sugestão de um parlamentar, aos atos de direito privado, segundo os termos da seguinte emenda, que foi aceita e passou a ser o art. 15 do Projeto da Câmara:

"As pessoas jurídicas de direito público são responderão pelos danos causados por seus

representantes, quando estes, em nome delas, praticarem atos de direito privado dentro dos limites das suas atribuições".

No título das Obrigações resultantes de atos ilícitos, não se faz mais nenhuma referência às pessoas de direito público.

Consagrava-se por este dispositivo, o sistema da responsabilidade do Estado apenas pelos atos de gestão, pondo-o a coberto da contingência de reparar os danos resultantes dos atos praticados *jure imperii*.

No Senado, porém, fez-se uma reação contra essa tendência restritiva, senão negativa, do princípio da responsabilidade e veio a prevalecer uma emenda do Senador ARTHUR LEMOS, a qual, restabelecendo a doutrina do Projeto CLÓVIS BEVILÁQUA, transformou-se, com ligeira alteração de redação e aprovada finalmente pela Câmara, no atual art. 15 do Código Civil, com este teor:

"As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

Inscreveu, dest'arte, em nosso direito positivo, de modo expresso e em termos amplos, o regime da responsabilidade civil do Estado por atos lesivos de seus representantes, sem se distinguir quanto à natureza desses atos.

Comentando o art. 15 do Código Civil, MÁRIO MASAGÃO teceu as seguintes considerações:

"Não é fácil aproximar este artigo a nenhuma das teorias do direito público, que deixamos assinada. Não faz alusão à culpa. Não se inclina para a doutrina do risco integral, por que condiciona a indenização a ter sido o dano causado por procedimento contrário ao direito, ou com falta a dever prescrito por lei. Todavia, por esse mesmo motivo, de alguma forma pende para a teoria do acidente administrativo.

O legislador tratou da responsabilidade do Estado no parte geral do Código Civil, e muito de indústria o fez, para mostrar que ela se rege por princípios diferentes dos que disciplinam a responsabilidade extra-contratual dos particulares, prevista na parte especial. Adotou o Código a melhor doutrina quanto à responsabilidade dos funcionários, mandando responder perante a vítima a Fazenda Pública, e dando a essa ação regressiva contra os causadores do dano". (Curso de direito administrativo, 5^a ed. 1974, p.302)

HELLY LOPES MEIRELLES também comentando o art. 15 do Código Civil, diz que:

"Neste dispositivo ficou consagrada, embora de maneira equívoca, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Todavia, a imprecisão do legislador deu margem a divergências na interpretação e aplicação do texto". (Direito Administrativo Brasileiro, 1980, p.540)

Segundo ele alguns juristas viam no citado artigo, a exigência da demonstração da culpa civil da Administração. Outros já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a responsabilidade civil sem culpa, em determinados casos de atuação lesiva do Estado.

O mesmo autor entende, que o art. 15 do Código Civil nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos, a demonstração desse elemento subjetivo, para a responsabilização do Estado.

E acrescenta que, na orientação para a composição dos danos causados pela Administração Pública, permaneceu entre nós, a doutrina subjetiva, até o advento da Constituição de 1946 que, com o disposto no art. 194, acolheu a teoria objetiva do risco administrativo, revogando em parte o art. 15 do Código Civil, e a mesma diretriz é mantida na Constituição vigente. (art. 107), que harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI diz que, resumindo os princípios sobre os quais se assenta a responsabilidade do Estado por atos de seus representantes, escreveu CLÓVIS BEVILÁQUA em suas observações para o esclarecimento do projeto do Código Civil, o seguinte:

- "1. que o funcionário tenha obrado no exercício de suas atribuições, pois que, fora desses limites ele deixa de ser funcionário, e assume, por seus feitos, responsabilidade exclusivamente pessoal;
2. que o ato danoso seja em mau uso no exercício de suas atribuições legítimas (abuso de poder), pois, por excesso de poder, por exorbitância de mandato, não responde o mandante, assim como pelo exato cumprimento de seus deveres legais não causa o funcionário dano que deva ser ressarcido;
3. que a lei não tenha expressamente isentado as pessoas jurídicas de direito público da responsabilidade civil resultante do ato

prejudicial de seu agente". (Teoria dos Atos Administrativos, 1973, p.223)

SEABRA FAGUNDES também ressalta que anteriormente ao Código Civil, já se admitia, em princípio, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas públicas, pelos atos lesivos de direitos, lembrando que a lei federal nº 221 de 20.11.1894, no art. 13, § 10, tratando da competência do Judiciário para julgar "as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo Governo da União contra particulares e vice-versa", admitiu implicitamente, a obrigação para o Estado, de indenizar os prejuízos causados pelos atos dos seus agentes. (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 1957, p.215)

RUI CIRNE LIMA, também comentando o Código Civil Brasileiro, na parte que trata da responsabilidade Civil do Estado escreve:

"Na verdade, o art. 15 não abrange todo o campo da responsabilidade das pessoas administrativas fora do contrato. Nele, fixa-se somente a presunção de culpa, juris et de jure, das pessoas administrativas, quando o dano provier de fato, comissiva ou omissivamente, ilegal de seus representantes. A técnica do direito público informa o conteúdo do artigo 15. Inteiramente diversa é, realmente, a técnica privatística, que preside a regulação da responsabilidade do patrão, amo, ou comitente, por seus empregados, no art. 1521, III, e no art. 1523". (O Código Civil e o Direito Administrativo, 1960, p.42)

CLÓVIS BEVILÃQUA, comentando o art. 15, pelo qual foi em parte responsável, elucidada:

"As condições, para que se dê a responsabilidade civil da administração pública, em consequência de ato de seus representantes, são as seguintes:

a) que um representante pratique o ato nessa qualidade, isto é, no exercício de uma função pública e não em seu caráter individual, de pessoa privada;

b) que o ato cause dano a alguém, lesando-lhe o patrimônio ou produzindo-lhe ofensa aos direitos;

c) que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei, ou por violação do direito. Definindo este ato gerador de responsabilidade para a pessoa jurídica de direito público, dir-se-á que é um ato ilícito do representante do poder público. O artigo assinalado consagra o direito regressivo da pessoa jurídica de direito público, contra os causadores do dano. É a aplicação de um princípio geral de direito que, tornado efetivo, seria um freio eficaz aos abusos a que se deixam arrastar autoridades arbitrarias. Para dar maior precisão a esse direito regressivo, foi apresentado um projeto de lei especial; mas o dispositivo do artigo, independentemente de outros preceitos complementares, já habilitava o poder público a reclamar do funcionário o que teve de despender, para satisfazer o dano por ele causado". (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 1940, vol. 1, p. 215)

Continuando, tivemos o decreto nº 24.216, de 09 de maio de 1934, o qual, provendo especialmente sobre a responsabilidade civil da Fazenda Pública, veio alterar radicalmente o regime exposto, declarando o Estado irresponsável pelos atos

criminosos de seus representantes, ainda quando praticados no exercício da função, salvo se fossem mantidos nos seus cargos após a verificação de tais atos.

A seguir, o texto do decreto inovador:

"A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, salvo se neles forem mantidos após sua verificação.

§ 1º - O representante, funcionário ou preposto, cujos atos forem assim qualificados pelo Tribunal, quando apreciá-los, mesmo em ação cível, será demitido, seja qual for o tempo de serviço, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

§ 2º - Os bens do representante funcionário ou preposto, nas condições acima referidas, ficam sujeitos a sequestro, que poderá ser desde logo requerido pelo prejudicado, para garantia da respectiva indenização"

O Decreto nº 24.216, de 9 de maio de 1934, diz AGUIAR DIAS, "é produto de pura inocência legislativa".

E acrescenta:

"Ora, enquanto a se condiciona a responsabilidade da Fazenda Pública por atos criminosos dos seus representantes a permanência no serviço após a prática do delito, a Constituição de 1934, a Carta de 1937 e a Constituição de 1946 admitem a responsabilidade da Administração por quaisquer prejuízos decorrentes de omissão, negligência ou abuso. Assim se derrogou, iniludivelmente, a disposição restritiva.

A responsabilidade do Estado não depende da permanência do funcionário no cargo". (Da Responsabilidade Civil - 1983, vol. II, p. 630, nota 1024)

CIRNE LIMA fulminando também com sua crítica o referido decreto, que denominou de aberrante dos princípios pátrios, sendo, pois, felizmente revogado, frisou:

"Basta assinalar que tal disposição supõe de ver adstringir-se a vigilância da administração, no que concerne ao regular funcionamento dos serviços públicos, a sã obrigação de destituir o funcionário culpado, depois de cometido o crime". (Princípios de direito administrativo, 1982, p.202)

A inovação trazida com o Decreto nº 24.216, de 9 de maio de 1934, de sentido nitidamente regalista, teve a efêmera duração de pouco mais de dois meses.

Efetivamente, a Constituição de 16 de julho de 1934, no art. 171, revigorou a doutrina já tradicional no direito brasileiro, embora condicionasse a responsabilidade dos prejuízos decorrentes de atos dos funcionários públicos à ocorrência de culpa destes quando, no exercício de seus cargos, praticassem tais atos.

Assim ficou formulado o preceito constitucional:

"Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda Pública e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executado a sentença contra a Fazenda esta promoverá execução contra o funcionário culpado".

Para MÁRIO MASAGÃO (ob.cit. p.303), não conseguiu o legislador o intento de beneficiar o erário. Responsável perante o credor pela responsabilidade do débito, a Administração somente poderia cobrar do funcionário causador do prejuízo a sua cota, de acordo com os princípios que regem a solidariedade passiva.

Segundo PONTES DE MIRANDA, na vigência de nossa primeira Constituição republicana, art. 82, a responsabilidade era do funcionário público, até que sobreveio o art. 15 do Código Civil, explicitando a regressividade.

O princípio da regressividade tornou-se vencedor, mas é evidente que o funcionário público da pessoa jurídica de direito público pode ser citado, quando da propositura da ação. (Comentários à Constituição de 1946, 2a. ed. 1953, v.5, p.263). A Constituição de 1934 adota o princípio da solidariedade.

No período ditatorial, a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, no art. 158, reproduziu "ipsis litteris" a disposição da Constituição anterior, suprimindo, apenas, os dois parágrafos que regulavam o direito regressivo da Fazenda Pública contra o funcionário causador do dano de que tivesse resultado a ação intentada pelo lesado.

O Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 37, estabeleceu o seguinte:

"Além dos casos expressamente consignados, os oficiais de registro serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa ou dolo, causarem, pessoalmente ou por seus prepostos e substitutos, estes quando de sua indicação, aos interessados no registro.

Parágrafo Único - A responsabilidade Civil dependerá da criminal, pelos delitos que praticarem".

O mesmo decreto, art. 38:

"Os oficiais ficarão, também, responsáveis pela ordem e conservação dos respectivos livros, documentos e papéis, sob as penas legais".

A Constituição de 18 de setembro de 1946 dispôs, em seu art. 194 e parágrafo único que:

"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo Único - Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

CRETELLA JUNIOR diz perceber-se pela análise do texto da Constituição de 1946, que a teoria do risco integral informa, fundamentando-o, o art. 194.

Havendo dano e imputabilidade à pessoa jurídica de direito público (nexo causal), a indenização é devida. O Estado paga.

Por outro lado, o sujeito passivo da ação é a pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados-membros, Municípios, bem como toda e qualquer pessoa que o direito público criar). As pessoas jurídicas de direito público, na órbita

internacional, estão excluídas da responsabilidade constitucional de 1946.

A palavra funcionários é usada, no texto, em seu sentido mais amplo, abrangendo todos os que operam em nome do Estado, inclusive os agentes políticos, os chefes do Executivo, como se depreende de lei federal posterior, que definiu o funcionário público nos seguintes termos:

"Considera-se funcionário, para os efeitos desta lei, qualquer pessoa investida em função pública na esfera administrativa, seja qual for a forma de investidura ou a natureza da função". - (Lei Federal nº 4.619, de 28.4.1965, art. 1º, parágrafo único).

Pela disposição de 1946 não se indaga a respeito da legalidade ou ilegalidade da investidura. Se o Chefe da repartição, na falta de um funcionário público, aceita no serviço pessoa não funcionária, nem regularmente contratada, e a pessoa causa danos ao administrado no exercício do cargo que lhe foi confiado em caráter excepcional, o Estado responde pelos prejuízos, com base no art. 194.

O princípio adotado pela Constituição de 1946 foi o princípio da responsabilidade em ação regressiva. Move-se ação direta contra a pessoa jurídica de direito público interno, perante uma das justiças (federal, estadual, municipal); não contra o funcionário público, diretamente, embora causador do dano. O Estado, réu na ação, pode requerer a citação do funcionário, visto haver conexão de causas (C.P.C. art. 88).

PONTES DE MIRANDA elucida que:

"Os interesses do Estado passaram, a segundo plano; não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, ou contra a pessoa jurídica de direito público interno. Há, apenas o direito de regresso". (Comentários à Constituição de 1946, 2a. ed. 1953, v. 5, pp. 520-4)

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 seguiu a mesma orientação da anterior, com mínima alteração dispondo no art. 105:

"As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo".

Os textos diferem, no tocante às pessoas jurídicas responsáveis, porque na Constituição de 1946 falava-se em pessoas jurídicas de direito público interno e na de 1967 a referência abrangia as pessoas estrangeiras de direito público, acrescentando PONTES DE MIRANDA:

"donde a enorme importância de se saber se a personalidade é de direito privado ou de direito público, inclusive se o direito público importou a personalidade do direito privado. O dano há de ser no Brasil ou ao Brasil, isto é, a bem situado no Brasil, ou regido pela lei brasileira, ou a pessoa, brasileira ou estrangeira, que se achava no Brasil". (Comentários à Constituição de 1967, v.3, 1967, pp. 520-4)

O art. 105 rege, portanto, a responsabilidade da União, dos Estados - membros e dos Municípios, bem como a das autarquias federais, estaduais e municipais, além de toda e qualquer pessoa jurídica de direito público internacional brasileiro (criada por lei) e de direito público estrangeiro; segue a de 1946, adotando o princípio da responsabilidade em ação regressiva; rejeita o princípio da solidariedade das Constituições de 1934 e de 1937, aceitando o direito de regresso; pressupõe ação movida contra a pessoa de direito público, exigindo depois o demandado a repetição do que pagou, cobrando do funcionário se houver culpa deste; se não houver culpa do funcionário, o Estado paga.

O art. 105, no entendimento de CRETELLA (ob.cit.p.201) desdobra-se em duas partes. Na primeira, está implícita a teoria objetiva ou teoria do risco integral. O dano causado pelo funcionário público a terceiros empenha a responsabilidade da pessoa jurídica pública a que se acha vinculado o agente. Se o funcionário, na qualidade de funcionário, ou seja, no exercício do cargo ou em razão do cargo causa danos a terceiros, o Estado responde. Em qualquer caso, quer haja culpa ou dolo, quer não haja a ocorrência desses elementos, como por exemplo, no caso em que o funcionário causa dano, manejando máquina que falha (culpa da coisa). Neste último caso, o Estado responde sozinho; nos outros casos, o Estado exerce o direito de regresso.

Estende-se a responsabilidade civil do Estado aos concessionários dos serviços públicos, porque estes suportam o risco da exploração, embora executem obras ou explorem serviços de maneira indireta.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de

1969, prescreve textualmente em seu art. 107:

"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário, no caso de culpa ou dolo".

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, analisa do seguinte modo este artigo:

"Mantêm-se na Constituição vigente, a solução adotada na Lei Magna de 1946, art. 194, ou seja, a responsabilidade, dita objetiva, do Estado, por danos causados no exercício de função pública a particulares. Em face desse princípio, quem sofreu o dano, para haver do Estado a reparação desse dano, apenas deve provar ter sido ele causado no exercício de função pública. A reparação prescinde de prova de culpa ou dolo por parte do causador, depende exclusivamente de estar este no exercício de função pública. Esta solução é de justiça social. Visa a repartir de modo equitativo os encargos sociais. O custo do serviço público, no qual se inclui o dano causado a particulares, deve ser repartido por todos. Se a vítima do dano arcasse com este ou tivesse de comprovar culpa ou dolo para vê-lo ressarcido, estaria suportando mais do que sua parte, integrante da comunidade.

O causador do dano deverá ressarcir o Estado do que este despendeu para reparar o dano. Todavia esta reparação pressupõe culpa ou dolo. Assim, este ou aquele deverá ser demonstrado para que o funcionário tenha de reparar o dano que causou". (Comentários à Constituição Brasileira, 1983, pp. 446-7)

Como salienta NELSON SCHIESARI, embora a Constituição fale em "funcionário", o que tecnicamente deve corresponder ao servidor de cargo público, o alcance da expressão para fins de responsabilidade civil é o maior possível, cobrindo as ações de todo e qualquer servidor público, provido por qualquer forma, e sob qualquer regime jurídico, seja federal, estadual, municipal ou autárquico das três esferas, devendo até mesmo incluir-se o denominado "Servidor de fato", isto é, de situação funcional irregular e, ainda, mesmo o usurpador de função. (Direito Administrativo, 1982, p.234)

Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário, é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.

Observe-se que o art. 107, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Portanto, diz H.L.MEIRELLES (ob.cit. p.543) o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí para situações diversas, fundamentos também diversos.

O exame do art. 107 da Constituição Federal, revela

que o constituinte, desde 1946, estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos. (cf. H.L.M. ob.cit. p.542)

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, outro insigne publicista, referindo-se à opinião do eminente administrativista HELLY LOPES MEIRELLES, escreve:

"Entendemos que o art. 107 e seu parágrafo único não têm caráter defensivo do funcionário perante terceiro.

A cabeça do artigo visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrador, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao autor do dano.

A seu turno, o parágrafo único, que prevê o regresso do Estado contra o funcionário responsável volta-se à proteção do patrimônio público.

Daí, na cabeça do artigo e em seu parágrafo único são há preceptivos volvidos à defesa do administrado e do Estado, não se podendo vislumbrar neles, intenções salvaguardadoras do funcionário. A circunstância de haverem acatado os interesses do primeiro e do segundo

não autoriza a concluir que acobertaram o agente público, limitando sua responsabilidade de ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado.

Então, parece-nos incensurável o ensinamento de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, manifestado antes mesmo do novo Código de Processo Civil, segundo quem a vítima pode propor ação de indenização contra o funcionário, contra o Estado ou contra ambos, como responsáveis solidários nos casos de dolo ou culpa. A Fazenda Pública, por seu lado, quando acionada pelo lesado, pode chamar o agente público à solidariedade passiva, em se configurando dolo ou culpa deste". (Ato Administrativo e Direitos do Administrado, São Paulo, 1981, pp. 168/169)

Pode-se dizer que, a teoria da irresponsabilidade do Estado, jamais foi acolhida no Brasil, salvo na época em que nosso país era colônia de Portugal. Nossos doutrinadores demonstram contínua evolução, até os que perfilharam as doutrinas publicísticas, nos seus três estágios, a saber, o da culpa administrativa, o do acidente administrativo, e do risco integral.

4. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Muito rapidamente, neste particular, o professor MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, em sua mais recente obra (Atos Administrativos, 1980, pág. 341), leciona que, da mesma maneira do que se passa no direito privado, assim, também, no direito público, o problema da responsabilidade tem seus elementos constitutivos essenciais.

Sabe-se que, após sua edição, o ato administrativo estabelece relações entre as partes, estando de um lado a Administração, e de outro, o administrado, situação que leva a pressupostos doutrinários, tais como os apresentados pelo referido autor:

- "- da existência, na responsabilidade, do elemento objetivo da violação de um direito;
- da presença, na responsabilidade, do elemento subjetivo agente administrativo;
- da ocorrência de lesões que o ato possa causar em virtude dos efeitos;
- da condição competência exercitada conforme atribuições conferidas e a norma aplicável". (ob. cit. p. 341)

Sem dúvida, os elementos essenciais, constitutivos da responsabilidade, de certa maneira lógica, correspondem na prática aos elementos da responsabilidade civil. A diferença, no entanto, está em que as pessoas envolvidas possuem qualificações que não se confundem diante da competência e capacidade.

Por sua vez, afirma AMARO CAVALCANTI que devem concorrer como elementos essenciais, constitutivos da responsabilidade do Estado.

- "- o elemento objetivo da violação de um direito;
- o elemento subjetivo da culpa do agente;
- e a condição, de que o ato arguido se dê no exercício e limites das atribuições do respectivo agente". (Responsabilidade Civil do Estado, 1957, t.I., p. 195)

Por outro lado, FRANCO SOBRINHO atenta para o fato de: "saber que o Estado, ou a Administração, é imputável pois responde por obrigações de suportar riscos, mesmo sem culpa quanto a fatos e atos lesivos". (ob. cit. p. 342)

Na verdade, quem faz a lei, quem subordina-se a princípios mandamentais, a regras de adequado comportamento administrativo, está condicionado às limitações impostas.

AMARO CAVALCANTI ensina que:

"A responsabilidade incumbente ao Estado, pode, segundo a sua origem ou causa resultar:

1. de uma culpa imputável ao Estado;
2. da obrigação do Estado de suportar o risco;
3. de um fato lesivo, mas não culposo, do Estado". (ob. cit. p. 258).

Neste particular, HENRI BAILBY, procurando verificar se a pessoa Estado é capaz de culpa, conclui de que o ato do órgão ou representante da pessoa moral, na esfera da sua competência, é ato dela própria; "despindo-se o indivíduo - agente da sua personalidade, para deixar aparecer somente a do ente coletivo nas suas relações com os terceiros".

Explicando ou justificando a obrigação que deve caber ao Estado, de suportar um risco, BAILBY lembra o princípio de equidade, geralmente aceito como justo, que o Estado repare o dano sofrido por um particular, para o fim de manter entre os seus membros a igualdade na contribuição dos encargos da coletividade. Entende ele que, se o Estado tem por função assegurar, na gestão dos interesses comuns, a igualdade entre os indivíduos, o mesmo satisfaz apenas a uma das suas obrigações, respondendo por certos riscos; conseqüentemente, trata-se de responsabilidade inerente ao próprio fim do Estado.

Finalmente, segundo o citado autor, a responsabilidade do Estado, por um fato lesivo, mas não culposo, do Estado, se dá quando ele ofende interesses individuais no intuito de satisfazer ao interesse coletivo. O Estado cumpre nisto a sua missão; não viola obrigação alguma e, conseqüentemente, não se lhe pode imputar uma culpa. A justificação teórica desta responsabilidade assenta, como no caso do risco, no mesmo princípio de igualdade dos particulares na contribuição dos encargos comuns: "um dano sofrido por um particular, em vista de procurar uma vantagem à coletividade, deve ser reparado por esta última, isto é, pelo Estado". (Henry Bailby - De la Responsabilité de l'Etat envers les particuliers. p. 205, Paris, 1901 - Apud - Amaro Cavalcanti - Responsabilidade Civil do Estado - 1957, pp. 258/60).

5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO: LIMITAÇÕES

Aqui, veremos, ainda que de forma perfunctória, a limitação ao princípio da responsabilidade do Estado, no Estado Romano e Medieval, sua aparição na Idade Média, a tendência dos princípios modernos, o caráter da responsabilidade civil do Estado e para concluir, quando e onde deve cessar tal limitação.

Para melhor entendimento é aconselhável que se veja, embora superficialmente, os fatos e argumentos principais relativos ao conceito político-jurídico do Estado e, para tanto servimo-nos dos ensinamentos do Mestre AMARO CAVALCANTI (Responsabilidade Civil do Estado - 1957, t.I, págs. 370 e segts.)

A concepção do Estado moderno, tida como uma entidade que existe pelo direito e para os fins de direito, daí resulta claramente a responsabilidade geral do mesmo, ao menos em tese, pelos efeitos de seus atos que possam danificar o direito alheio. Assim, se o seu papel principal é, antes de tudo, a tutela e garantia dos direitos da coletividade e de cada um integrante dela, nada mais lógico que violados tais direitos por atos do próprio Estado, a sua responsabilidade deve ser a regra; mesmo que, levado em conta motivos e considerações de igual força, se devam conjuntamente admitir numerosos casos de exceção ao princípio de semelhante responsabilidade.

No Estado Romano, apesar do desenvolvimento que alcançaram as suas letras jurídicas, parecia repugnante caber ao indivíduo "jure próprio", o poder de acionar o Estado ou a administração pública, em virtude da lesão de um direito seu, pró

prio. Aceita a regra, *quod principi placuit, legis labet vigorem" (Inst. Justin, l, I, tít. III, 5), - e considerado na pessoa do príncipe a pessoa do Estado, seria lógico admitir que, pelos atos do seu funcionário ou representante jamais lhe pudesse ser imputada injúria ou obrigação conseqüente. Eram sob este aspecto, atos sempre legítimos, supondo-se feitos para o bem, como, no qual se incluía justamente o dos indivíduos, a quem tais atos pudessem parecer lesivos.

A regra no Estado era, que o lesado só tinha ação de reparação contra o funcionário, inclusive o magistrado, cujo processo corria perante a autoridade civil ordinária. Só mais tarde, nos tempos do Baixo-Império, também se entendeu que, quando a lesão fosse feita por um funcionário subalterno, (o qual ordinariamente não possuía meios de reparar o dano), a respectiva responsabilidade se pudesse estender, não apenas contra o Estado, mas conjuntamente contra o funcionário superior, que houvesse nomeado o subalterno. Todavia, para que o funcionário superior fosse declarado co-responsável, era preciso que tivesse concorrido dolo ou negligência na nomeação ou escolha do funcionário inferior. Lembre-se que em direito romano, a palavra injúria - como sinônimo de culpa - era essencial à existência jurídica do dano.

Não foi pelo desconhecimento dos bons princípios da Justiça, que o Estado Romano deixava de reparar os danos causados pelos seus representantes. A explicação tinha outra causa conhecida; não se admitia no Estado antigo, que o indivíduo pudesse ter um direito definido contra o Estado, sendo o Estado considerado como criador dos próprios direitos individuais.

De acordo com os princípios do direito público dominante, o Estado não podia ser chamado a Juízo; conseqüentemente, faltava ao indivíduo o meio legal ou coercitivo de se fazer indenizar do dano sofrido. Ressalte-se, também, não havia a separação dos poderes do Estado, tal como hoje se entende e se pratica no Estado moderno. Sendo o Estado, o legislador e o Juiz ao mesmo tempo, não se compreendia que ele assumisse, acidentalmente, o papel de réu, e passasse a responder perante si mesmo, nos casos em que, como tal, figurasse.

Da mesma forma, no Estado Medieval, onde as noções dos direitos individuais, foram substituídas pelas idéias feudais de soberano e vassalo, seria impossível, também, cogitar da existência de uma obrigação jurídica do Estado, ou do soberano, para com o indivíduo; quando ao contrário se sabe que, a liberdade, os bens e quaisquer outros interesses legítimos do mesmo, não passavam de coisas, das quais o soberano do feudo podia dispor, como melhor achasse, não sô em nome do bem comum, como tam**ê**m em nome dos interesses da sua família ou, ainda, do simples capricho, pessoal.

Na verdade, mesmo na Idade Média já se encontra na dou**tr**ina corrente, que a coletividade devia responder pelos danos causados por alguns dos seus membros. Mas, além de que, seme**l**hante doutrina era apenas uma consequência do conceito errôneo que se fazia da associação, desconhecendo-se a distinção de per**so**nalidade entre ela e os indivíduos que a compunham; acresce juntamente que, segundo os exemplos conhecidos, não é lícito afirmar que a coletividade se reconhecesse, por ventura, obrigada a indenizar ao indivíduo, lesado pelos atos de seus representa**nt**es.

tes, obedecendo a um princípio de justiça, como hoje se pretende, sob o título de responsabilidade civil das administrações públicas. De forma alguma era o que se continha na doutrina medieval; o que por ela se ensinava era o seguinte: considerados os membros de uma coletividade como porções inseparáveis, integrantes dela, a reparação da lesão causada pelos mesmos podia ser exigida da coletividade pelos estranhos prejudicados. De fato, em mais de um caso assim sucedera, de comunidade a comunidade, de uma cidade a outra cidade, de município a município, ou mesmo, dos membros individuais de umas coletividades em relação aos de outra. Mas, relativamente às lesões sofridas pelos próprios indivíduos, componentes de uma mesma coletividade, não se conhecem exemplos, dos quais se possa inferir que esta se considerasse obrigada a nenhuma reparação.

Segundo se sabe o princípio da responsabilidade aparece desde a idade média. Todavia, como os princípios do direito individual e da justiça são imanentes à vida social, qualquer que seja o governo dos povos em dada situação histórica, o fato é que, ou por uma aplicação extensiva da referida doutrina medieval, ou por argumentos pedidos aos textos do próprio direito romano, a questão da responsabilidade civil da administração pública não só começara a chamar a atenção dos filósofos e juristas, como também, penetrando cada vez mais na consciência pública, vemo-la realmente aceita, por assim dizer, à vista do seu simples aspecto de boa razão e justiça.

Apesar de que os próprios autores que sustentavam à época a responsabilidade civil, não se mostrassem, às vezes, coerentes consigo mesmos, ensinando ao mesmo tempo, ora a responsabilidade, ora a irresponsabilidade do poder público, con-

tudo, não se pode contestar que aos jurisconsultos mais distintos da idade média cabe a glória de haverem reconhecido, já então, os verdadeiros princípios da representação, sobre os quais assenta a teoria hodierna do Estado, com respeito aos atos dos seus funcionários e das obrigações daí resultantes.

É, sobretudo, para o grande manancial do direito romano que ainda se voltam as vistas dos indagadores, procurando cada um achar ali os fundamentos da sua doutrina particular, com relação à responsabilidade civil do Estado.

Com respeito à tendência irresistível dos princípios modernos, começaríamos dizendo que não é de invenção moderna a idéia da responsabilidade civil do Estado pelos atos lesivos dos seus funcionários; pelo contrário, essa idéia já vem de muito longe; muito embora não tenha ela conseguido ser formulada na legislação dos diversos Estados, senão em data relativamente recente e, ainda, apenas de modo parcial.

Contudo, seja como for, semelhante responsabilidade já se acha consagrada como instituto jurídico e, sem dúvida, geralmente aceita, ao menos em princípio, pela consciência jurídica dos povos civilizados.

Para os que persistem em ver no Estado antigo o modelo da verdadeira organização política dos povos, (o criador do direito, o árbitro supremo da razão e da justiça, e portanto, irresponsável); deve-se alertar que a consciência jurídica dos povos atuais, vai exigindo cada dia, que sejam restringidas, senão suprimidas, algumas das próprias regalias e privilégios de que ainda se reveste o próprio Estado moderno.

Seria de indagar se, na concepção teórica do Estado, considerado como associação necessária, podemos ou não, cogitar da preexistência de direitos pertencentes, em exclusivo, aos indivíduos que o compõem; mas, embora não entrando neste mérito, o que não negamos, por ser fato histórico, é que os direitos individuais não vêm da organização concreta do Estado... Praticamente encarado, este se nos apresenta como uma união ou composto de indivíduos, cada um deles dotado de direitos próprios, aos quais procuram melhor prover por meio dessa união, isto é, atender aos interesses gerais ou ao bem-estar comum, segundo regras fundamentais, ou seja, o direito constitucional da própria associação.

Portanto, a esse respeito conclui, AMARO CAVALCANTI (ob. cit. pág. 380), "que no objeto e fim da união do ente coletivo - Estado, se inclui institucionalmente:

- a) - um poder superior, capaz de reger as relações ou interesses comuns;
- b) - a obrigação desse poder de guardar e fazer guardar os direitos individuais dos membros da associação, os quais continuam a subsistir, de modo certo e definido, em todos os atos e fatos constitutivos da vida comum ou associação. Consequentemente, é na boa e justa coordenação destes dois elementos jurídicos do Estado que estará a sabedoria e a felicidade de todo governo ou administração pública. Nem enfraquecer ou suprimir o primeiro, conforme a pretensão dos individualistas exagerados, - nem eliminar o segundo, como queriam os regalistas: "in medio tutissimus ibis". Ou ain

da, servindo-nos de linguagem mais positiva; em vez de partir da supremacia dos direitos individuais para anular a ação do poder público, aliás, essencial à própria tutela e efetividade daqueles direitos; ou em vez de partir da onipotência ou irresponsabilidade do Estado para, em nome do bem público, desconhecer ou suprimir os direitos individuais; o que realmente importa é procurar a verdadeira solução do problema no princípio geral, superior, que domina, tanto aos indivíduos, como ao Estado; a idéia fundamental do direito, e que se resume na própria justiça: - "Suum cuique tribuere, alterum non laedere" - (Inst. Justin. l. I, tít. I, 3).

Portanto, o poder ou a prerrogativa institucional do Estado sobre os direitos individuais é enorme, pois vai até ao ponto de violar conscientemente tais direitos, desde que se proponha aos seus fins do bem público ou comum, razão fundamental do próprio Estado. Mas, nem por tudo isso, pode ele considerar-se estranho ao princípio do direito, mesmo porque, é o direito que lhe reconhece tamanho poder tendo em vista a sua grande missão.

Colocados, assim, os termos gerais da questão, podemos particularizá-la em dois pontos:

1. Qual o caráter ou grau de responsabilidade civil cadente sobre o Estado, - primária ou subsidiária, - exclusiva ou solidária;

2 - Até onde se pode estender, e onde deve cessar dita responsabilidade.

Quanto ao primeiro é evidente que se os atos do funcionário na qualidade de representante do Estado, são atos deste, nada mais lógico inferir que ao Estado, cabe responsabilidade primária nas lesões do direito alheio, que as lesões provenham de atos contratuais e lícitos, quer de atos extracontratuais ou ilícitos.

Quanto ao segundo, se ela deve ser exclusiva do Estado ou solidária com o funcionário, divergem as opiniões. Há quem entenda que, imposta ao Estado a obrigação de reparar o dano, sofrido por um particular, ele não poderá pretender uma compensação regressiva do patrimônio do funcionário, desde que o funcionário, embora tendo cometido uma culpa, se mantenha no espírito de sua função, isto é, tenha prosseguido o fim conforme a regra de direito e cuja realização o Estado quisera assegurar ao constituir semelhante função. Se ele prossegue um fim funcional, por mais grave que seja a culpa, é uma culpa de função e não culpa pessoal; portanto, o funcionário não é responsável ... A culpa pessoal só se dará quando o funcionário prosseguir outro fim que não aquele, em vista do qual, a lei lhe conferir determinada competência, Portanto, fica excluída por completo a co-responsabilidade do funcionário, desde que se conserve dentro dos fins para os quais fora nomeado.

AMARO CAVALCANTI (ob. cit. p. 385) não concorda com tal posicionamento pois entende que, sendo o funcionário, pessoa dotada de inteligência e vontade própria, pelo fato da representação, não desaparece totalmente na pessoa do representado. Não pode, portanto, o funcionário, mesmo no exercício dos direitos que lhe são peculiares e no desempenho dos deveres correlatos, deixar de também responder pelas lesões que por acaso cometa contra o

direito alheio; é um princípio ou obrigação elementar de justiça. Excluir o funcionário, em princípio, de toda responsabilidade, é incorrer no mesmo erro de excluir ao Estado, como muitos têm pretendido.

Na opinião de AMARO CAVALCANTI, deveria ser seguida a regra seguinte:

- "a) - sempre que o funcionário agir, fora de sua qualidade própria de representante, a responsabilidade do ato lesivo é toda sua, exclusivamente dele;
- b) - quando agindo, embora nessa qualidade, o fizer de modo ilícito ou ilegal, cabe-lhe responsabilidade solidária com o Estado, podendo ser chamado a responder pelo dano, tanto pelo lesado, como pelo Estado; tendo este, - além do emprego das penas disciplinares, o direito de indenização regressiva, se tiver sido obrigado a reparar o mesmo dano.
- c) - quando, porém, o ato do funcionário for praticado, conforme as normas legais estabelecidas, a reparação da lesão, por ventura resultante, deve ser toda imputável ao Estado somente, o qual, ainda que tenha de efetivamente indenizá-la, não terá por isso ação regressiva contra o seu representante; porque ele nada mais fez do que cumprir com o seu dever de funcionário nas circunstâncias.

Há ainda quem pretenda, que o funcionário, em qualquer caso, só deveria responder ao Estado, e

jamais aos indivíduos lesados, por não ter aquele nenhuma dependência ou obrigação, propriamente dita, para com estes". (ob. cit. p. 385)

Sobre a questão de saber até onde vai, e onde deve cessar a responsabilidade do Estado, veremos o entendimento de algumas razões apresentadas por AMARO CAVALCANTI (ob. cit. pp. 386-401).

Como primeira razão diz ele que, para muitos autores, tal responsabilidade se restringe aos atos praticados dentro dos limites legais da ação do funcionário, porque fora de tais limites já não é mais representante do Estado.

Argumentando, coloca que, se por esta proposição se quer significar que o funcionário, fora de sua qualidade ou caráter público, não é representante do Estado, ela é verdadeira; mas, se pela mesma, se pretende que o ato ilegal ou feito com excesso de competência, só por isto, deixa de ser ato do representante do Estado, pela alegação sabida de que o representante não recebera a faculdade de proceder fora da lei; então, já não poderá ser tida por verdadeira a aludida proposição.

E continua seu argumento observando que, não é de razão nem de justiça admitir que seja lícito ao Estado considerar o funcionário, num mesmo tempo e funções, como sendo e não sendo o seu representante, segundo os atos deste lhe mereçam a provação ou lhe tragam proveito; quando, aliás, impõe aos indivíduos o dever ininterrupto de sempre obedecê-lo, como seu legítimo representante nos diferentes atos.

O argumento de que o funcionário, agindo com culpa ou excesso de poder, deixa de ser representante do Estado, não

tem força para dirimir a responsabilidade deste último. É incontestável que o Estado incumbe assumir a responsabilidade do dano resultante dessas funções, sem assistir-lhe o direito de distinguir nas hipóteses referidas de culpa ou excesso de poder por parte do funcionário. Entende o autor que o representante age nesta qualidade, nas seguintes condições:

- "1º - quando pratica o ato no exercício das suas funções e dentro dos limites da sua competência;
- 2º - quando pratica o ato, mesmo com excesso de poder, mas revestido da autoridade do cargo, ou servindo-se dos meios deste, isto é, meios de que não poderia dispor na ocasião, se não se achasse na posse do cargo;
- 3º - quando o cargo tenha influido, como causa ocasional do ato. Convém observar que, a não se tratar de casos de omissão, ou de certos casos especiais, a questão de culpa ou dolo é impertinente, desde que o ato do representante, seja o ato lícito ou ilícito". (ob. cit. p. 388).

Observa também que, a teoria em questão se mostra contraditória na sua própria aplicação aos fatos; nos atos ilícitos extra-contratuais, diz-se que o Estado não deve responder, porque o funcionário age fora da lei, isto é, com dolo ou culpa, que a lei veda; no entanto, nos atos ilícitos contratuais, não obstante o funcionário agir com igual dolo ou culpa, se entende que o Estado deve responder; ou porque o ato é reputado dentro da vontade desde, ou porque semelhante responsabilidade é um preceito de justiça...

O exame do excesso de poder, da culpa ou do dolo do funcionário serve, com certeza, para apurar a responsabilidade civil ou criminal do mesmo, quer para com o Estado, quer para com os indivíduos interessados; mas, não é da culpa ou dolo, nem do excesso de poder, que se pode tirar argumento fundamental da responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado.

Ainda que excepcionalmente, há casos nos quais é preciso mesmo, cogitar da culpa como elemento concorrente para se poder afirmar a responsabilidade do Estado. No entendimento do citado autor tais casos são:

- "1) quando a lesão provier de uma omissão verificada do funcionário;
- 2) quando, tratando-se de ato que a lei autorizara, mesmo na previsão de trazer um dano relativo ao indivíduo por assim exigir o bem público, - se demonstrar, todavia, que na sua execução se procedeu com excesso de poder, culpa ou dolo". (ob. cit. p. 391).

Como segunda razão, inferimos das suas lições (ob. cit. p. 391) que, uma teoria, procurando distinguir os atos, praticados pelos funcionários prepostos, dos praticados pelos funcionários-órgãos, admite a responsabilidade do Estado quanto aos primeiros, e a nega quanto aos segundos. Considera infundada tal teoria pois entende que, chamem-se órgãos, funcionários ou prepostos, todos eles dentro do círculo das próprias funções ou competência legal, representam a pessoa-Estado. Admite que há funcionários superiores, representando a vontade ou a função central da vida coletiva, e funcionários inferiores, de nomeação dos primeiros, desempenhando apenas funções restritas so-

bre dado serviço; mas uns e outros são igualmente representantes do Estado, e qualquer deles só o é na esfera de suas atribuições peculiares. A própria competência dos órgãos superiores, soberanos, é limitada pelas competências dos demais, embora seus inferiores ou subordinados.

Como terceira razão o autor (ob. cit. p. 392) fala sobre a teoria que, segundo ele, é dominante para alguns e absurda para outros, a qual, dividindo os atos do Estado em atos de gestão e atos de império, simplifica a solução da controvérsia, - declarando o Estado responsável pelas consequências dos primeiros, como qualquer outra pessoa jurídica do direito privado, - e irresponsável pelas dos segundos, por se tratar de atos da sua pessoa política ou soberana. Não obstante a sua singeleza, a referida doutrina não se mostra capaz de firmar uma regra, geral, certa, segura, acerca de todos os casos, em que a responsabilidade civil do poder público deva com razão cessar ou não ser admissível. A impugnação que se lhe faz, consiste em afirmar que, não sendo sempre possível fazer a preconizada distinção entre os atos do Estado, ela não pode servir de base a um sistema, nem tão pouco, fornecer o critério necessário para, segundo o mesmo, se dizer quais os atos que são e que não são suscetíveis de criar uma responsabilidade civil para o Estado. Não há no Estado, duas pessoas distintas como alguém tem dito, uma civil e outra política. O Estado é uno; exerce, apenas, como acontece com os indivíduos, funções de natureza diversas. Quando exercita funções, cuja natureza é idêntica àquelas que exercitam os indivíduos privados, é de razão que se lhe apliquem as mesmas regras, que regulam tais funções

entre os particulares, - "ubi eadem ratio, ibi idem jus"; quando, ao contrário, exercita funções de natureza essencialmente diferente, como são os atos de legislador, de governo e de Juiz, é de ver que a tais atos já se não podem aplicar regras idênticas, até mesmo porque no seu estado atual, o direito privado não os compreende na sua esfera. Assim entendida, não há porque fazer-se objeções contra a distinção dos atos de gestão e atos de império ou poder público; contanto que daí não se conclua a responsabilidade pelos primeiros e a irresponsabilidade pelos segundos. Isto repugna a idéia da justiça, segundo a qual, toda lesão de um direito exige reparação, para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica.

AMARO CAVALCANTI, após fundamentar as razões do seu entendimento sobre até onde vai, e onde deve cessar a responsabilidade do Estado, conclui o respectivo assunto convencido de que se pode, fundadamente, estabelecer o seguinte:

"Ela cessa nos casos positivos:

- a) quando se tratar de ato discricionário ou isento de responsabilidade por disposições da lei;
- b) quando o lesado der causa direta ou ocasional para que suceda o ato em questão;
- c) quando o ato for de considerar um caso de força maior;
- d) quando o dano resultante de atos, reconhecidamente essenciais à vida coletiva ou ao bem comum, como os de segurança pública e outros análogos, for de efeitos relativamente pequenos, e não provenientes de culpa ou excesso de poder por parte do respectivo agente;

e) quando o ato for praticado pelo agente, fora de sua qualidade de representante. A responsabilidade cessa igualmente, quanto ao dano, proveniente de omissão, desde que se não provar que a omissão foi proposita, isto é, motivada por culpa ou dolo do funcionário". (ob. cit. p. 401).

6. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Enquanto que, para os atos administrativos vigoram a regra constitucional da responsabilidade objetiva da Administração, no tocante aos atos não só legislativos, como também judiciais, entende H.L. MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 1983, pp. 544-5), que se faz necessária a comprovação de culpa manifesta de maneira ilegítima e lesiva na sua expedição, para que responda por eles a Fazenda Pública.

E por que essa distinção? O autor justifica dizendo que a própria Constituição Federal só se refere aos agentes Administrativos (funcionários), sem mencionar os agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são funcionários da Administração Pública e, sim, membros de Poderes de Estado.

Para o autor, sendo norma abstrata e geral, atuando sobre toda a coletividade em nome da soberania do Estado, o ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, pois, visando a reparação civil do Poder Público estabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado a um ou mais membros da comunidade, não há porque falar em indenização coletiva.

Só muito excepcionalmente explica ele, uma lei inconstitucional poderá causar um dano injusto e reparável ao particular e, se tal acontecer, é necessário demonstrar a culpa do Estado pela atuação dos seus agentes políticos. Contudo, no regime democrático, em que o povo escolhe os seus representantes para o Legislativo e, não tendo os demais Poderes nenhuma ação disciplinar sobre agentes políticos, diz não haver fundamenta-

ção jurídica que possa responsabilizar a Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.

JOSE DE AGUIAR DIAS (Da Responsabilidade Civil, 1983, V.II, p. 696) assevera que:

"O ato legislativo, isto é, aquele que cria uma situação jurídica geral, objetiva, impessoal, abstrata, considera-se ao abrigo da responsabilidade. Bem entendido: sempre que silencie sobre as consequências danosas que possa acarretar".

AGUIAR DIAS assinala a lição de DUEZ:

"Assim, a responsabilidade extracontratual do Estado com base em atos legislativos só opera quando o legislador expressamente a reconheça". É conveniente observar, alerta DIAS, que a regra tem exceções, mas estas se fundam na ilegalidade do ato ou são meros aspectos da responsabilidade contratual. Enfim, para ele a base doutrinária da irresponsabilidade está, aqui, na existência do prejuízo excepcional, anormal, que é condição para a constituição da responsabilidade do Estado.

DUEZ acrescenta que:

"A mudança de legislação é ato normal e corrente na vida social: o ato legislativo é essencialmente modificável a todo momento e ninguém tem direitos adquiridos à manutenção dos poderes legais que a lei cria e organiza... De fato, certos indivíduos são mais particularmente atingidos, mas tal resultado não é de ser tomado juridicamente em consideração, porque a lei modificou para todos a esfera de poderes legais até então existentes; na sua causa jurídica, o prejuízo não é especial".

Mas, segundo ele uma distinção deve ser feita em relação aos decretos leis.

"Não se poderia, evidentemente, em face de sua própria natureza, fazer funcionar qualquer princípio de responsabilidade em face da ditadura.

O retorno à legalidade, porém, coloca o ditador na situação de chefe de Estado ordinário, tornando possível a aplicação da responsabilidade". (PAUL DUEZ. La responsabilité de la puissance publique, 1927, pp. 101-106-108. Apud. JOSÉ DE AGUIAR DIAS, ob. cit. 1983, vol. II, p. 696).

AMARO CAVALCANTI, (Responsabilidade Civil do Estado, 1957, t.I. p. 313), observa que a lei pode ser objeto de impugnação, mesmo no que respeita à sua validade, não sendo lícito afirmar de modo absoluto, em face das Constituições que admitem a impugnação judiciária da lei, que o Estado não deve reparação pelo dano resultante do ato legislativo.

Pelos ensinamentos de AMARO CAVALCANTI, podemos reconhecer a responsabilidade do Estado pelos danos causados pela lei nula, inconstitucional ou inválida, porque temos um regime que nos permite impugná-la.

É o que sustenta MENEGALLE:

"Toda vez que o ato legislativo ofende direito individual ... é lícito ao prejudicado chamar o Estado à responsabilidade pelo ato de um de seus poderes constituídos e em todos os graus de hierarquia estatal ou qualquer que seja a espécie do ato legislativo". Isso, explica MENEGALLE, "porque o ato da autoridade não pode contrair os mandamentos constitucionais. Se o faz e do seu ato

resulta dano ou lesão, o Estado é obrigado a repará-lo". (GUIMARÃES MENEGALLE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 1939, t.29, p.364. Apud. J.A. DIAS ob. Cit. p. 698).

GONÇALVES DE OLIVEIRA, sustenta a absoluta irresponsabilidade do Estado por atos legislativos e não hesita em defender a tese de que, mesmo quando arbitrária e injusta, hostil aos seus princípios do direito, a lei não rende ensejo à responsabilidade do Estado. (G. DE OLIVEIRA, *Cláusula ouro - Responsabilidade Civil do Estado por ato legislativo. Juízo Arbitral*, Rio 1943. Apud. J.A. DIAS, p.697)

Embora reconheça J.A. DIAS, que no caso concreto lhes assista razão, ele diz não ir tão longe quanto à irresponsabilidade do Estado por ato legislativo.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*O Estado e a obrigação de indenizar*, 1980, pp. 233-4), ensina que o Estado responde por prejuízos decorrentes de ato legislativo em dinheiro e em espécie nos seguintes termos:

"Em dinheiro, quando é necessário fazer prova concreta da ofensa gerada pelo ato legislativo danoso. Em espécie, quando o simples exame dos autos possibilita ao magistrado a verificação imediata do prejuízo".

E diz mais à página 284:

"Não interessa, no caso, a modalidade da ação de que se socorre o prejudicado para demonstrar, em juízo, o seu direito violado. Basta que se demonstre o dano e o nexo causal para o empenho da responsabilidade do Estado, em decorrência de danos causados por ato legislativo promulgado. Provada a responsabilidade

de esta gera o direito subjetivo público - nem sempre líquido e certo -, oponível ao Estado, pelo prejudicado".

Conforme lembra ALCINO DE PAULA SALAZAR, os agentes do Estado, órgãos de sua atividade, dividem-se em três classes, correspondentes a cada um dos Poderes em que se desdobra o exercício da soberania nacional: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. (Responsabilidade Civil do Poder Público por Atos Judiciais, 1941, p.59).

BRANDÃO CAVALCANTI (Tratado de Direito Administrativo 3a. ed. 1955, vol. I, pág. 437) coloca que, a boa harmonia dos Poderes, a supremacia de cada um dentro de suas funções específicas são argumentos suficientes para justificar a irresponsabilidade, porque estes emanam da própria soberania.

Para CRETELLA, (ob. cit. p.224), em tese, parece que a doutrina da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos é a única que tem aplicação quando surgem problemas referentes à possibilidade da responsabilidade extracontratual do Estado, em virtude de atos parlamentares. E acrescenta:

"Se cada parlamentar é protegido pela imunidade, inerente ao cargo, a qualquer tipo de responsabilidade será também imune o ato emanado do colégio parlamentar, que é a síntese da manifestação da vontade de cada um de seus membros. Caracteriza-se o ato legislativo ou ato parlamentar por especialíssima configuração, visto que é criador de situação jurídica geral, impessoal, abstrata, genérica".

Na verdade, a lei não tem endereço certo. Não se dirige a uma determinada pessoa, não atinge especificamente, situa-

ções jurídicas individuais, e, sim, refere-se aos habitantes de um país, em um dado momento histórico.

Em meio as suas considerações, J.C. JÚNIOR (ob. cit.p. 284-5) formula as duas seguintes interrogações:

"Se o ato legislativo se confunde sob vários aspectos com a soberania, faculdade incontestável de decidir sobre a positividade do direito, em última instância; se a lei é abstrata e impessoal; se a imunidade, tornando incólume cada um dos integrantes do parlamento, resguarda também o produto específico desse colégio - a lei -, como entender que a própria expressão da soberania pudesse transformar-se em fonte geradora de responsabilidade do Estado fora do contrato? Lei em tese pode causar dano e empenhar a responsabilidade estatal?"

Pondera que, desse modo, parece aplicar-se a teoria da responsabilidade civil do Estado por ato legislativo, de maneira absoluta à hipóteses em que a lei causa danos ao administrado. No entanto, diz ele, o problema não é tão simples como se apresenta à primeira vista, porque inúmeras vezes a lei, que deveria ser uma proposição geral e impessoal, acaba atingindo um número restrito de casos, quando não, até um só caso, cogitado pelo legislador.

Continua CRETELLA, com outra interrogação: à pág. 285 da citada obra: "Deve, então, o particular atingido suportar sozinho todo o dano, ou caberia, na hipótese, a aplicação do princípio genérico da responsabilidade pública - o princípio da repartição eqüitativa dos ônus e encargos sociais"?

Argumenta neste sentido que o próprio legislador prevê, inúmeras vezes, as consequências diretas do ato parlamen-

tar e insere, na própria lei, o correspondente dispositivo compensatório, como meio de equilíbrio para compensar o desnível dos interesses econômicos atingidos.

Como vimos anteriormente, H.L. MEIRELLES entende não haver fundamentação jurídica para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.

O mestre CRETELLA rebate a questão, dizendo categoricamente que o Estado responde sempre por atos danosos, causa dos quer por lei inconstitucional, quer por lei constitucional.

Considera lei inconstitucional toda aquela que fere a Constituição, em todo ou em parte, como também considera inconstitucional a lei que infringiu os passos para a tramitação legislativa, desde a iniciativa até a promulgação, contrariando o que prescreve a Constituição. (ob. cit. p. 286).

Num acórdão firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RDA, 8/134) foi declarado que:

"Sem dúvida, as leis inconstitucionais podem legitimar o pedido de reparação de dano que porventura tenham causado, mas é indeclinável que essa inconstitucionalidade tenha sido reconhecida e declarada pelo Poder judiciário, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade pelo Tribunal, como diz Carvalho Santos, repetindo Pedro Lessa".

Ensina GUIMARÃES MENEGALE o seguinte:

"O ato da autoridade legislativa deve confrontar-se com a Constituição e, se lhe contravier aos mandamentos, tem de ser expungido; e, se de sua promulgação ou execução proveio danos ou lesão, o Estado o reparará".
(Direito Administrativo, 3a. ed., 1957, pp.

508-9, Apud. J.C.JÚNIOR, ob. cit. p. 287).

Se o Poder Judiciário nunca declarar a inconstitucionalidade de uma lei, tudo acontece como se constitucional fosse, gerando todos os efeitos nela consubstanciados. Entretanto, decretada a inconstitucionalidade, todos os atos praticados durante sua vigência são considerados ilícitos, empenhando a responsabilidade civil do Estado em virtude de ato legislativo ilícito.

O Estado é irresponsável se agir de acordo com lei inconstitucional não questionada, já que limita a favor do dispositivo legal a presunção de constitucionalidade até que o Poder competente lhe proclame a inconstitucionalidade, invalidando-a quanto aos efeitos.

Na Revista de Direito Administrativo (RDA, 20/42), o Supremo Tribunal Federal expende o entendimento de que, se alguma dúvida houver quanto aos danos causados por leis inconstitucionais, está acorde a doutrina ao entender que, pelo dano causado, em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional, o Estado é responsável.

E, para efeitos de responsabilidade civil do Estado, o decreto inconstitucional e a lei inconstitucional têm o mesmo regime jurídico, antes da decretação da inconstitucionalidade e depois da decretação da inconstitucionalidade.

Por outro lado, pode, também, uma lei constitucional, no todo ou em cada uma de suas partes, trazer prejuízo ao particular. Como já vimos anteriormente, algumas vezes, o ato legislativo, ao invés de dirigir-se a todos de maneira objetiva e impessoal, enquadra uma só pessoa ou um número muito restrito de administrados. Como diz CRETELLA:

"É lei na forma, mas, na realidade, é verdadeiro ato administrativo pela substância ou conteúdo, o que não estava na previsibilidade do legislador. Outras vezes, o próprio legislador insere na lei dispositivo atenuante, para compensar o prejuízo que o administrado sofrerá com a edição do ato parlamentar". (ob. cit. p. 290).

CRETELLA lembra o que já escreveu BRANDÃO CAVALCANTI, no sentido de que muitas vezes o Poder Legislativo manda indenizar o dano, e nesse caso é o próprio Estado que reconhece o direito à indenização e acode às exigências dos lesados.

Doutrinariamente, ensina AMARO CAVALCANTI (ob. cit. p. 623), que o direito positivo e a jurisprudência do tempo do Império aceitavam a regra de direito público de que os indivíduos não podiam reclamar indenização do Estado pelos danos que as leis porventura trouxessem aos direitos individuais, salvo se das próprias disposições legais não resultasse o reconhecimento de um direito à reparação.

Tal regra de direito público, fundamentada no princípio da irresponsabilidade do Estado por leis prejudiciais, sofre atenuações no tempo da República: cabe agora ao Poder Judiciário julgar a validade das leis, facultando-se ao indivíduo lesado por seus dispositivos, recorrer ao referido Poder e, assim que tiver obtido a anulação da lei, poderá, conforme as circunstâncias do caso, exigir justa indenização pela lesão sofrida.

Declarada a invalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser o de obrigar a União, Estado ou Município, a reparar o dano cau

sado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente lhe foi exigido, como nos casos de impostos, taxas ou multas inconstitucionais, quer satisfazendo-se os prejuízos, provavelmente sofridos pelo indivíduo com a execução da suposta lei.

Nos ensinamentos de PEDRO LESSA, onde vigora o direito público federal, tal como no Brasil, desde que as leis inconstitucionais não são aplicadas pelo Poder Judiciário e podem causar danos aos particulares, os danos causados por tais atos legislativos são ressarcíveis. (Pedro Lessa - Do Poder Judiciário - Rio, 1915, p. 164).

BRANDÃO CAVALCANTI, justifica "a irresponsabilidade, em tese, do Estado pelos atos legislativos, porque estes emanam da própria soberania", não lhe parecendo sustentável a responsabilidade do Estado, porque não tem sentido que o Poder Judiciário obrigue o Estado a indenizar os efeitos dos atos legislativos, cabendo àquele Poder a função específica de criar normas de convivência social, não sendo lícito atribuir a outro Poder esta competência. (Tratado de Direito Administrativo, 1955, pp.437 e 435).

E conclui:

"Se o ato legislativo produz dano a terceiro, se as suas consequências podem causar prejuízos, ao próprio legislador cabe verificar e determinar os danos sujeitos à indenização e fixar as normas de equilíbrio econômico, a fim de restabelecer a justa distribuição dos prejuízos e dos encargos pela coletividade". (ob. cit. pp. 435-6).

Quanto ao ato regulamentar danoso, explica o Mestre CRETELLA que, embora a lei e o regulamento apresentem muitos

pontos de contato, o que é reconhecido até pela jurisprudência, na realidade, de maneira alguma se confunde o exercício da função legislativa (e seu resultado, a lei), com o exercício da função regulamentar, que se concretiza no decreto editado pelo Chefe do Poder Executivo. Em sentido amplo, tão somente, mas sem rigor técnico, o termo lei abrange e absorve o regulamento, mas este é apenas auxiliar das leis, jamais podendo tomar o lugar daquela.

Assim, havendo no regulamento, alteração ou extinção de direitos, não há regulamento, há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo, porque o regulamento exorbitou, ultrapassando o terreno em que deveria movimentar-se. Se o regulamento é ilegal ou inconstitucional, se o processo de edição do regulamento se desvia das normas traçadas para seu nascimento válido, ou se contém disposições conflitantes com o texto legal matriz, o regulamento é passível de revisão judicial para que seus efeitos danosos afetem o patrimônio dos administradores.

Regulamento defeituoso, na forma ou no conteúdo, pode causar danos e, neste caso, responde o Estado pelos prejuízos advindos; regulamento imune de vícios, mas despido do caráter de generalidade, acabando por atingir uma só pessoa, física ou jurídica, também possibilita a responsabilidade da Administração, obrigada a ressarcir os danos ocasionados. (ob. cit. p.293)

Retomando, mais particularmente, o assunto do presente capítulo, pelas lições de CRETELLA, já vistas anteriormente, o Estado é responsável civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a um ou a um número restrito de administrados.

Contudo, no dizer de CRETELLA, o responsável não é o Estado, como síntese dos poderes soberanos; responsável é o Estado pessoa jurídica de direito público interno: União, Estados-membros ou Municípios, no Brasil.

CRETELLA afirma que:

"Se apesar de todos os cuidados, o ato legislativo perfeito ocasiona lesão ou direito subjetivo do particular, precisamente pela responsabilidade ímpar que cerca sua elaboração, empenhará a responsabilidade civil do Estado". (ob. Cit. p. 295).

Do exposto, podemos concluir, que o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause aos seus administrados.

7. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS

Tanto quanto aos atos legislativos como com relação aos atos judiciais, a possibilidade da reparação de danos deles decorrentes tem sido objeto de discussões e dúvidas.

Para os defensores da teoria da absoluta irresponsabilidade do Estado pelas consequências dos erros Judiciários, ela tem dois fundamentos principais, senão exclusivos: a força in contrastável da coisa julgada e a soberania do poder judiciário.

Interroga ALCINO DE PAULA SALAZAR:

"Mas estes motivos capitais com que jogam os defensores dessa irresponsabilidade sem limites justificam e legitimam, realmente, o privilégio de irrestrita imunidade atribuído aos agentes do poder público na esfera da administração da justiça?"

E pondera que:

"não nos parece que a solução, pela afirmativa, da questão assim posta, deva ser aceita e tida como exata e verdadeira. Desde que, como é fora de dúvida, prevalece o princípio geral da responsabilidade do Estado por atos de seus representantes, não se compreende, em tese, como excluir dessa regra dominante os atos de uma certa classe de agentes do mesmo Estado, de executores de um de seus serviços essenciais, sem que um outro princípio especial e da mesma força orgânica venha derogar aquele postulado mais amplo. A alegada soberania do poder judiciário não constitui, de

certo, este princípio derogatório e excepcional". (Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais, 1941, p.73)

ARAUJO CASTRO, diz que:

"a soberania reside no Estado como um atributo inerente a sua personalidade e não em qualquer dos órgãos do governo, nem mesmo no conjunto desses órgãos, aos quais compete unicamente o exercício da soberania, dentro dos limites traçados na Constituição". (A Constituição de 1937, Rio, 1937, p.37)

Para AMARO CAVALCANTI, desde que aceito o princípio da responsabilidade do Estado por atos de seus representantes não se compreende porque se deva excluir dessa responsabilidade os atos de certos funcionários ou de certas funções, havendo, como há, para com todos os funcionários as mesmas relações de subordinação por parte dos súditos e de representação ou nomeação da parte do Estado. Atos do governo e atos dos Juizes são todos atos do Estado, praticados com autoridade provinda da mesma fonte originária e tendendo ao mesmo fim geral - a realização de um serviço público.

E este, diz ele, é também o pensamento de DREIYER, o qual fazendo decorrer do princípio da representação a responsabilidade do Estado escreveu: "Entre os atos que a podem ocasionar se devem indubitavelmente incluir os dos juizes, os quais participam da mesma natureza dos demais funcionários". (Responsabilidade Civil do Estado, t.I, R.J. 1957, pp.317 e 173)

Portanto, para SALAZAR é inaceitável o argumento que procura fundar a imunidade dos atos judiciais no caráter supostamente soberano do poder de que emanam.

O segundo fundamento da alegada irresponsabilidade é o da eficácia absoluta da coisa julgada que é tida como verdade intangível.

Explica SALAZAR (ob.cit. p.77) que, a irretratabilidade da coisa julgada, porque é também um princípio fundamental, peculiar a determinados atos do poder público, tornando-os insuscetíveis de revisão, impede necessariamente que os efeitos desses atos sejam contrariados ou infirmados pelos de outros que sobrevenham.

Este princípio, na verdade, diz ele, não comporta contestação. Negá-lo será subverter a ordem jurídica com a inutilização do aparelhamento da Justiça.

Mas, se a coisa julgada é que fixa um limite à regra geral da responsabilidade, a consequência imediata e irrecusável do argumento é que essa regra geral ficará prevalecendo com relação a todos os atos que não tenham esse caráter. Assim, estarão fora da proteção desse princípio especial derogatório daquela regra todos os atos que não constituam uma res judicata, ou seja: as decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, as interlocutórias, os atos de execução, etc.

Ai teremos, pois, uma larga parte da esfera de atribuição dos magistrados e dos auxiliares da justiça, envolvendo funções da maior importância, colocada fora da influência das normas reguladoras da coisa julgada.

SALAZAR dá um entendimento de DUEZ quando este diz que mesmo quanto ao ato de jurisdição contenciosa, revestido das características da coisa definitivamente julgada, a teoria da irresponsabilidade não teria aplicação absoluta porque a

indenização dos danos provenientes do erro judiciário não é sempre incompatível com o dogma da irretratabilidade dos julgados. (PAUL DUEZ - La Responsabilité de la puissance publique , (en dehors du contrat) Paris, 1927 Apud SALAZAR, ob.cit. p.78)

E continua dizendo (ob.cit.p.79) que, pode ser mesmo uma consequência ou um desenvolvimento do princípio, o que sucede quando o indivíduo é processado e absolvido ou quando obtém em juízo a revogação da sentença condenatória e reclama uma reparação por prejuízos decorrentes da ação julgada improcedente ou da sentença revista. Em qualquer dessas hipóteses haverá conformidade, e não colisão, com o princípio da coisa julgada.

PEDRO LESSA, ligou a regra da irresponsabilidade à hipótese da res judicata, reconhecendo expressamente o direito a indenização nos casos de sentenças ilegais revistas ou rescindidas e, admitindo-o implicitamente, ou pelo menos não o excluindo nos demais casos.

Eis o trecho em que o grande magistrado fixou o seu pensamento sobre o delicado problema:

"A irresponsabilidade do poder público neste caso (atos do poder judiciário) é um corolário fatal da autoridade da res judicata. Ao particular lesado por uma sentença judicial só poderia ser facultada a propositura de uma ação de indenização, depois de ter esgotado todos os recursos processuais; mas, depois de esgotados todos esses recursos, a sentença é irretratável. Reclamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável fôra iniciar um novo litígio sobre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado. Consequentemente, só nos casos de revisão e de rescisão de sentença é que podem os particulares

obter o ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal". (PEDRO LESSA - Do Poder Judiciário, 1915, p. 164/65).

O professor CIRNE LIMA embora entendendo que, em princípio, os atos do poder judiciário não determinam a responsabilidade do Estado pelos danos deles decorrentes, pondera que a tendência da doutrina é estabelecer essa responsabilidade quanto aos atos de natureza graciosa ou administrativa daquele poder, "como os concernentes às contas de tutelas e curatelas, arrecadações de espólios, etc". (Princípios de Direito Administrativo, 1982, pp. 202-3).

Para SALAZAR, é lícito, sem dúvida, concluir que o princípio da coisa julgada não pode ser invocado como impeditivo da aplicação, aos atos judiciais, da regra geral da responsabilidade do Estado pelas conseqüências danosas da atividade de seus representantes, restringindo-se o alcance daquele princípio tão somente aos atos que tenham as características da res judicata

Conseqüentemente, todos os demais atos judiciais estão sujeitos à regra comum da responsabilidade.

SALAZAR, falando da afirmação da responsabilidade quanto aos atos judiciais diz que, desprezado por insubsistente, o argumento da alegada condição de soberania atribuída ao poder judiciário ou aos seus atos como causa excludente da responsabilidade do Estado pelas conseqüências desses atos e reduzida aos seus justos limites a influência da coisa julgada nesse terreno, - fica de pé, sem contraste, o princípio geral e amplo, da aludida responsabilidade, de vez que não há razão jurídica, concreta e eficiente, para preservar a atividade judiciária da

incidência daquele princípio.

Na verdade, diz SALAZAR (ob.cit. p.83), "Trate-se do Estado-administrador ou do Estado-Juiz, como fala DUGUIT, não há motivo para considerar desigualmente as lesões de direitos individuais que provenham de qualquer dessas atividades do poder público".

Tanto na órbita da atividade propriamente administrativa como na esfera da ação jurisdicional diz SALAZAR que:

"o fato gerador do dano tem as mesmas características e determina o mesmo distúrbio na ordem jurídica. Ora, em face dessa igualdade de situações e de efeitos será manifestamente injusta uma disciplina jurídica desigual, res salvada, como exceção, a hipótese da coisa julgada, por força de uma contingência inelutável, essencial à própria ordem jurídica."

(ob.cit.p.84)

DUEZ, entende que o princípio da responsabilidade deve ser aplicado com amplitude quanto aos atos da justiça criminal, porque esta "dispõe da honra, da liberdade e da vida dos cidadãos", pelo que a equidade exige mais vivamente a reparação, embora reconheça que "juridicamente o problema se coloca nos mesmos termos" para a justiça criminal e para a civil. (DUEZ, ob.cit.p.148, Apud SALAZAR, ob.cit. p.85)

JOÃO VIEIRA, há muitos anos interrogou o seguinte:

"Um erro da Justiça é já por si mesmo um objeto de dō, mas que este erro uma vez conhecido não seja reparado por vantagens proporcionais é uma subversão da ordem social. O público não deve seguir as regras de equidade que impõe aos indivíduos?"

Não é odioso que ele se sirva do seu poder

para exigir severamente o que lhe é devido e para recusar-se a restituir o que ele mesmo deve? Mas esta obrigação é tão evidente que se a obscurece querendo demonstrá-la". (A Revisão dos Processos Penais, Rio, Liv. Jacinto, 1899, p.145)

O Professor PORTO CARREIRO ensina que os casos de irresponsabilidade do Estado além dos atos legislativos e disposições regulamentares e dos atos judiciários definitivos devem ser expressamente consignados em lei, admitindo, assim, em tese a responsabilidade quanto aos demais atos judiciais. Em suas palavras é assim que ele coloca:

"Os casos em que o Estado não é responsável, além dos que decorrem das providências legislativas e regulamentares enquanto não produzem efeitos executórios - como ensina HAURIOU ou de atos judiciários definitivos proferidos pela autoridade competente, como ensina ORLANDO - devem ser expressamente consignados em lei". (Porto Carreiro - Lições de Direito Administrativo, 1918, pp. 245/46, Apud. SALAZAR, ob.cit. p.86)

OLIVEIRA SANTOS, também professor e tratadista de direito administrativo, fixando conclusões sobre a questão, adotou a de que entre os atos que podem ocasionar a responsabilidade do Estado se devem incluir os dos Juizes, "os quais participam da natureza dos demais funcionários".

E diz mais:

"Resumindo, pois, os fundamentos sobre que assenta a teoria predominante da responsabilidade civil do Estado pelos atos dos seus prepostos, tenhamos como certo que entre os atos

que podem ocasionar a mesma responsabilidade, diz DREYER, se devem incluir os dos Juizes, os quais participam da natureza dos demais funcionários.

Certamente por isto, já em 1893 se apresentava no parlamento do Império Austro-Húngaro um projeto de lei estabelecendo indenização para as vítimas dos erros judiciários". (Oliveira Santos - Direito Administrativo e Ciencia da Administração, 1919, pp.128-9)

Segundo SALAZAR (ob.cit.p.87) pode se considerar que está reconhecida em doutrina, de um modo geral, a tese da responsabilidade do Estado pelas conseqüências danosas dos atos judiciais, resguardados os efeitos da coisa julgada.

E o nosso direito positivo comporta esta solução porque está inscrito na Carta Constitucional vigente e em leis ordinárias, sem restrições, o princípio geral dessa responsabilidade em relação aos atos dos representantes do poder público.

Relativamente à evolução da idéia da extensão da responsabilidade civil do Estado aos atos judiciais, em particular, verificou-se o mesmo surto reivindicador que assinalara já o desenvolvimento do princípio geral de que essa idéia vem a ser, afinal, simples aplicação.

Até certo tempo não se admitia que o cidadão pudesse obter uma indenização por dano resultante da atividade do poder público. Os Governos, tais como eram concebidos, dispunham a seu talante dos bens dos particulares. A idéia de responsabilidade não podia então aparecer e desenvolver-se porque importava em ofensa ao princípio da infalibilidade do soberano, a quem não se podia, sequer, atribuir desacerto na escolha de seus agentes. Estes mesmos não eram considerados responsáveis pelas

faltas que cometessem, tendo se chegado a admitir que os danos que viessem eles a causar deviam reputar como decorrentes de caso fortuito ou força maior.

BIELSA, assinala três fases distintas na evolução histórica do princípio da responsabilidade do poder público, correspondendo à transformação do conceito de Estado.

No primeiro estágio o lesado não tinha recursos nem contra o poder público, nem contra o particular e, conseqüentemente, havia de suportar, sozinho, o dano sofrido.

No segundo período o prejudicado por ato ilegal ou arbitrário do funcionário podia reclamar deste a indenização do dano.

Na última fase chegou-se, então, ao sistema da ação direta do lesado contra o Estado para haver indenização. (Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 3^a ed. 1938, II, p.528. Apud Salazar, ob.cit. p.84)

Infere-se com SALAZAR (ob.cit. p.95) as seguintes conclusões: I - O princípio dominante, como regra geral, em doutrina, quanto aos danos que ao patrimônio particular cause o exercício da atividade do Estado é o da plena responsabilidade deste pelas conseqüências do funcionamento dos serviços públicos, objetivamente consideradas, compreendendo os atos de qualquer natureza que os seus agentes pratiquem, por ocasião ou por motivo de execução dos referidos serviços, sendo fundamento dessa responsabilidade a idéia solidária da equitativa distribuição dos ônus e encargos públicos entre todos os membros da comunhão política; II - Este princípio geral, que está naturalmente sujeito a limitações, tem aplicação aos atos do poder judiciário, com exceção dos que constituam coisa julgada.

A primeira conclusão encerra a teoria de direito

público denominada do risco integral, que consagra em direito administrativo a responsabilidade pelo risco, tendo se desenvolvido principalmente na França, ao influxo da Jurisprudência do Conselho de Estado, com intensa irradiação para os principais centros de cultura jurídica.

CASTRO NUNES, aludiu ao sentido e ao prestígio da doutrina escrevendo o seguinte:

"Não vem ao caso passar em revista as teorias que se defrontam nessa matéria. Para as necessidades do nosso estudo basta salientar que, de acordo com os princípios que estão orientando a doutrina e a jurisprudência nos países de mais avançada cultura jurídica a responsabilidade do Estado pode existir sem a culpa do agente, o que nos leva a concluir que, absolvido o funcionário, na ação a que foi chamado como litisconsorte da Fazenda, poderá esta ser condenada a ressarcir o dano, em dadas circunstâncias, não obstante a legalidade do procedimento administrativo.

Mesmo em nosso direito anterior à atual constituição, a lei e, em certos casos, a jurisprudência, haviam feito aplicações do princípio do risco integral ou risco criado, como prefere RIPPERT, e do acidente administrativo, como mostrou luminosamente PEDRO LESSA, apontando exemplos". (Do Mandado de Segurança, 5^a ed. 1956, p.438)

A segunda conclusão exprime a tese da responsabilidade do poder público pelos danos decorrentes dos atos judiciais, excetuada a coisa julgada.

É a aplicação do princípio que constitui a regra geral. Efetivamente, assentada esta regra, as exceções que a

derrogassem haviam de estar protegidas por um outro princípio especial ou por necessidades ou conveniências de qualquer ordem, mas consignadas em lei.

É o que sucede com a coisa julgada. Se a decisão judicial de que não caiba recursos ordinários é ilegal e causou prejuízos, estes não poderão ser reclamados, a menos que se rescinda tal decisão pelo meio processual competente. Se a hipótese for, entretanto, de coisa soberanamente julgada, isto é, insuscetível já de recursos e de procedimento rescisório, então a exceção é irremediável. Assim, decorrido o prazo prescricional da ação rescisória de sentença, desaparece, só então, a possibilidade de se obter reparação de danos resultantes do julgado.

Fora dessa hipótese estrita da coisa julgada os atos judiciais podem acarretar a responsabilidade do Estado, sejam de natureza administrativa ou contenciosa, quando deles resulte, segundo o critério mais preconizado, um prejuízo especial ou anormal.

O Código de Processo Civil, no art. 133, prescreve que o Juiz será civilmente responsável quando:

- "I - no exercício de suas funções procede com dolo ou fraude;*
- II - recusar, omitir ou retardar sem justo motivo, providências que deva ordenar de ofício ou requerimento da parte".*

Assim, o dolo, a fraude e a providência (recusada, omitida ou retardada) configuram as três hipóteses que atualmente esgotam, segundo o legislador processual civil, as possibilidades da responsabilização patrimonial do magistrado, no exercício das funções judiciais.

É estabelecido, então, em certos casos, a responsabilidade pessoal do Juiz.

Esta não exclue, porém, como é óbvio, a do Estado pela mesma razão já deduzida quanto aos agentes do poder público em geral.

De acordo com H.L. MEIRELLES, não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, o ato judicial típico, que é a sentença, "salvo numa única hipótese, ou seja, a do art. 630 do Código Penal, uma vez obtida a revisão criminal". Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de Soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por eventuais danos que acarretem às partes ou a terceiros". (Direito Administrativo Brasileiro, 1983, 9ª ed. p. 545)

Para JOSÉ DE AGUIAR DIAS (ob.cit. p.700), "a doutrina corrente é no sentido de que os atos derivados do exercício da função jurisdicional não empenham responsabilidade do Estado, salvo as exceções expressamente estabelecidas em lei".

Essa doutrina, observa H.L. MEIRELLES (ob.cit. p. 545) já está consagrada em remançosa Jurisprudência de nossos tribunais "em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos magistrados, que não poderiam ficar a mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos".

Todavia, acrescenta H.L. MEIRELLES, (ob.cit.pp.545-546) que ficará:

"individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do Código de

Processo Civil, mas essa responsabilidade não se transmite nem solidariza a Fazenda Pública. Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário se equiparam aos demais atos da Administração, e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil da Fazenda Pública".

DUEZ - estranha o fato de:

"não se reconhecer à vítima do dano provindo de atos Jurisdicionais o direito à reparação pecuniária pelo prejuízo material ou moral que tenha sofrido". O único esforço registrado em atenção a essa situação diz ele "é o empenho em tornar o erro Judiciário o mais raro possível". E diz mais: "como é evidente que, apesar de tudo, a justiça dos homens é falível, a não reparação se torna uma gritante iniqüidade, a que tanto mais sensível será a consciência pública quanto mais imbuida estiver do espírito de legalidade".

Mais adiante sustenta DUEZ que:

"a obrigação jurídica da reparação se funda no risco social: reconhecido, sob certas condições, o erro, deve seguir-se a indenização sem que a vítima do dano tenha de provar que o erro judiciário se deve a uma falta do serviço público". (Paul Duez, ob.cit. 1927, p. VIII, Apud J.A. DIAS, ob.cit. pp.700/1).

Quanto à extensão do direito à reparação por erro judiciário pode ser fixada nos seguintes princípios, conforme ensina J.A. DIAS (ob.cit.p.701):

"a) - a culpa da vítima concorrendo para o erro declarado na revisão, atenua e até elimina o direito à

indenização, como, aliás, ocorre no direito comum da responsabilidade;

- b) - o quantum da indenização varia conforme a qualidade da pessoa que a pleiteia: enquanto a própria vítima, sem cônjuge, ascendentes ou descendentes, obtém tanto a reparação do dano patrimonial como a do dano moral, aos parentes mais afastados não se reconhece senão o direito ao ressarcimento do dano patrimonial;
- c) - a compensação não acompanha automaticamente a sentença de revisão que a concede, mas deve ser pedida pelo interessado;
- d) - os encargos decorrentes da indenização podem ser suportados em definitivo pelo Estado, solução sancionada pelos princípios do risco social. Mas sucede que o erro Judiciário se deva a procedimento culposo de um agente seu, a serviço da justiça. Neste caso, pode ter lugar a ação regressiva contra o culpado. Não temos dúvida em sustentar a solução, no direito brasileiro, onde está reconhecida, sem limitações, o direito regressivo contra o agente do poder público causador de dano a terceiros".

Ainda, no terreno do ato jurisdicional propriamente dito, o que se verifica, segundo J.A. DIAS (ob.cit. p.703), é que a indenização por erro judiciário nem sempre é incompatível com a autoridade da coisa julgada. Suponha-se uma sentença de absolvição. O indivíduo por ela beneficiado fundará seu pedido

de indenização precisamente na autoridade da coisa julgada. Esta só será obstáculo à reparação em face de condenação pré-existente. Neste caso, só mediante prévia revisão será possível pleitear a indenização. Aqui, uma vez que a revisão seja deferida, já não há que considerar a coisa julgada expressa na sentença condenatória, mas, a autoridade da coisa julgada da sentença de absolvição.

O problema se reduz, explica ele, à procura de uma solução de equilíbrio entre a preocupação de equidade, que não tolera fique a vítima do erro Judiciário sem compensação, e o interesse de não perturbar o funcionamento da justiça, inspirando aos Juizes o enervante receio de estar, possivelmente, com sua atuação, provocando futuras ações de indenização contra o Estado. A essa alternativa se prendeu longos anos a doutrina. Mas o seu ponto de vista atual é que não pode a segunda consideração primar sobre a primeira: E diz o seguinte:

"É a responsabilidade pessoal do Juiz que poderia influir na paralização de sua liberdade; de outra parte, em uma sociedade dotada de serviço Judiciário bem organizado, o erro e, portanto, a responsabilidade devem constituir, efetivamente, fenômenos excepcionalíssimos: o receio de onerar as finanças do Estado não deve entrar a ação do Juiz tanto como se pretende fazer crer. Evidentemente, não se trata de decretar a responsabilidade do poder público em virtude de todos os atos relativos a funcionamento do serviço judiciário e seus anexos; o funcionamento da justiça civil não poderia praticamente ser posto em causa, embora juridicamente o problema se apresente nos mesmos termos que para a justiça criminal;

mas é a propósito desta, porque ela dispõe da honra, da liberdade e da vida dos cidadãos, que a equidade mais vivamente reclama a reparação em proveito dos que tenham sido durante certo tempo, em consequência de erro judiciário privados de liberdade, diminuídos na sua honra, ou dos que chorem a vida de um inocente condenado à morte". (Ob.cit. pp.703/4)

Para J.A. DIAS, (ob.cit.p.705) "forçoso é informar que a irresponsabilidade do Estado continua dominando em relação aos atos de governo, de polícia, legislativos e judiciais". Num ponto, entretanto, a lei já estabeleceu exceção ao princípio da irresponsabilidade por ato jurisdicional. Seguindo velha tradição do nosso direito, concede o Código de Processo Penal indenização ao condenado reabilitado, ou seja, à vítima do erro Judiciário.

Vejamos o art. 630 do Código de Processo Penal:

"O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

& 1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se tiver sido pela respectiva justiça.

& 2º - A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada".

Ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Parece não haver base para excluí-la do direito à reparação. Se

há erro judiciário em virtude de sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão deve valer a mesma disposição. Excluem-se dessa classificação, no entender de J.A. DIAS:

"a) os casos de *mã-fê*, abuso ou desvio de poder do magistrado, que tem consequências distintas das que derivam de equívoco involuntário do magistrado; b) o erro Judiciário. O erro Judiciário abrange, porém, o erro material. Reconhece-se a inatacabilidade do Poder Judiciário na aplicação e interpretação das leis; não seria possível, entretanto, aceitar a infalibilidade dos juizes no que concerne à matéria de fato, pois é aí que, de preferência a qualquer outra atividade humana, se manifesta a verdade do errare humanum est."
(ob.cit.p.706)

Observa o mesmo autor que, bem entendida deve ser, a irresponsabilidade do Estado pelos atos judiciários, mesmo do ponto de vista mais restrito. Continua, dizendo, que ela não cobre, como se procura fazer crer, às vezes, os atos danosos devidos ao mau funcionamento do aparelho judiciário. Assim, dá por exemplo, que a paralização de processo em cartório, a demora culposa na prolação de sentenças, etc., não se podem considerar isentas de reparação. Não se compreenderia o contrário, segundo ele, quando o próprio Estado considera tais fatos como ilícitos, tanto que estabelece penas para os que o praticam. A irresponsabilidade a qual se curva o autor citado acima, é, aliás, a dos atos materialmente normais da função jurisdicional.

Os erros Judiciais que atingem a liberdade e a honra justificam mais energicamente a reparação que aqueles que prejudicam tão-somente o patrimônio. Para DIAS a reparação se efetiva:

"a) - de maneira formal, visando especificamente o ato judiciário injusto, por meio do recurso de revisão; b) - e com relação às conseqüências do ato, concretizada no direito à indenização e à reabilitação, através de retificação, nos livros próprios, folhas de antecedentes etc". (ob.cit. p.707)

BIELSA, considerando que os princípios da responsabilidade civil de direito privado são insuficientes e impróprios para legitimar obrigação reparatória do Estado, sustenta que o fundamento dessa reparação é de ordem constitucional. Por isso, rejeita, no que toca ao erro judiciário, qualquer relação com o problema da responsabilidade do Estado. Apresentando, então, um fundamento em substituição a esse, adverte que o Estado não é responsável, no sentido rigoroso do conceito, pelas conseqüências dos atos jurisdicionais, mas que pode acudir à necessidade da justiça com aqueles meios, capazes de proporcionar ao prejudicado a reintegração na situação de que o arrancou o ato judiciário injusto. Com a sentença definitiva e irrecorrível, esgota-se, do ponto de vista formal, a função da justiça. Mas a justiça substancial não se concilia com uma situação de erro, de iniquidade ou de injustiça: só se satisfaz com a reparação do mal causado injustamente, só se completa reconhecendo a verdade e ressarcindo os danos sofridos por quem não teve, em tempo oportuno, reconhecida a sua inocência. (Rafael Bielsa - Las victimas de los errores judiciales em las causas criminales y el

derecho a la reparaci3n, em Revista Universit3ria de Ci3ncias Jur3dicas y Sociales, Buenos Aires, 1941, p.1, Apud. J.A. DIAS, ob.cit. p.708)

De igual parecer 3 JUAN M. SEMON, o qual entende que, mesmo quando o Juiz erra, a responsabilidade do Estado n3o fica empenhada pelo ato jurisdiccional, porque o magistrado n3o faz mais que aplicar a lei, de acordo com o sistema legal vigente, sujeito, 3 claro, 3s falhas de qualquer atividade humana. (J.M. SEMON - La reparaci3n a las victmas de los errores judiciales, em Revista del Col3gio de Abogados de Buenos Aires, 1941, p.47, Apud. J.A. DIAS, ob.cit. p.708)

ARTURO ROCCO, que 3 considerado o cl3ssico do assunto, baseia o dever de reparaci3o nos imperativos da assist3ncia e da solidariedade social. Para ele, a reparaci3o 3 um dever de assist3ncia. O Estado interv3m para efetiv3-lo pela mesma raz3o que age para atenuar as conseq3ncias das calamidades, desastres , devasta33es, epidemias, etc. Com efeito, explica DIAS (p.709), se n3o se admite o princ3pio da igualdade dos encargos dos indiv3duos perante o Estado, parece dif3cil conciliar, de um lado, a atua3o perfeitamente legal do Estado e, de outro, o sofrimento injustificado da v3tima do erro, derivado, n3o de ato il3cito, mas de coincid3ncias infelizes, frutos da falibilidade do homem na miss3o de fazer justi3a. (Arturo Rocco, La riparazione alle vittime degli errori giudiziari, N3poles, 1906, p.304, Apud. J.A. DIAS, ob. cit. p.708/9).

Longe de constituir um favor ou uma esmola - continua DIAS - a outorga da reparaci3o corresponde a um direito, que decorre do princ3pio da igualdade perante a lei, e que a v3tima poder3 exercer por meio de a33o, junto aos tribunais de direito

comum. (ob.cit.p.709)

SEMON, apoiado em outros autores, ainda se distancia dos que, como ele, se inclinam à doutrina do risco profissional e funcional, quando estabelece as limitações a que deve estar condicionada a reparação do erro judiciário, fixada por aqueles publicistas nas seguintes bases:

"a) - é preciso que a vítima necessite realmente da indenização como fonte de recursos para reingressar na vida social; b) - é preciso, também, que o condenado inocente não tenha influido com atuação própria (confissão voluntária, mas falsa, ocultação de documentos ou de testemunhas etc) para o erro judiciário; c) não se concede a reparação a criminosos habituais, de parte de quem haja o risco de fazer a condenação uma fonte de lucro; d) - o quantum deve ser limitado; e) - deve estar estabelecido prazo certo para a prescrição". (SEMON - ob. e loc. cits. Apud DIAS, ob.cit. pp. 709/10)

Parece que, das causas de limitação acima aludidas, o fundamento menos razoável é o que subordina a reparação à necessidade da vítima, concedendo-a tão somente quando seja necessário como fonte de recursos para o reingresso na vida social. Poderíamos dizer que, a valer esse argumento, teríamos anulado em algumas palavras a própria idéia de reparação.

Na verdade, SEMON diz que a condenação injusta não atinge só a honra do condenado. Sua execução, quando não se trate de pena de morte, segrega-o por muito tempo do convívio social e o arranca do lar e do meio da família. Quando o restitui, entrega, o mais das vezes, um homem alquebrado pela doença e pelo desespero, economicamente arruinado. Nessas condições, de pouco

lhe vale a sentença de reabilitação, pois a tragédia já se consumou. A própria reparação econômica é incapaz de compensá-lo do dano sofrido. Se é assim, não se pode restringir a reparação ao necessário para recomeçar a vida econômica. Trata-se de dano e a sua reparação consiste, tanto quanto possível, na substituição do bem lesado. Assim, há de obedecer, em sua outorga e em sua fixação, aos princípios que melhor sirvam à restituição, por mais imperfeita que seja, a situação anterior. (SEMON, ob.loc.cits, Apud J.A. DIAS, ob.cit. p.710)

CÂMARA LEAL, comentando o art. 630 do Código de Processo Penal, ensina que, se o peticionário não pleiteia a indenização no requerimento de revisão, pode fazê-lo mais tarde, por meio da ação competente. (Comentários ao Código de Processo Penal, Rio, 1943, vol. 4º, p. 149, Apud DIAS, ob.cit.p. 710). DIAS concorda com a mesma opinião, a qual sustenta uma verdade, quando lembra que o direito do peticionário não poderia estar sujeito àquela forma exclusiva de exercício e que, criar-se-ia, com o critério contrário, uma forma de decadência não prevista na lei. Contudo, não concorda com CÂMARA LEAL, no que concerne ao dano moral, que nega ao prejudicado pela sentença revista. Acrescenta DIAS que, o dano mais relevante que resulta da condenação injusta é precisamente o moral, e que não é possível compreender um sistema, o qual, reconhecendo o dever de reparação, nesse caso, não o consagre exatamente como compensação, em primeiro lugar, do dano sofrido pelo indivíduo em sua honra e no seu conceito social.

Também não concorda DIAS com o ilustre publicista quando nega a reparação pela prisão provisória injusta, baseado em que a medida não constitui ato ilícito. Para DIAS é difícil

ocorrer prisão preventiva que se mostre de todo desautorizada; e, quando assim não aconteça, não é possível reconhecer indenização ao prejudicado. Mas quando ela assume todas as características do erro judiciário, a indenização é devida, porque o fundamento da reparação não é o ato ilícito, mas o risco social, que, embora nem sempre se confesse, se insinua, como expressão da consciência jurídica, na obra legislativa.

No tocante à responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, o eminente autor baiano JOÃO BENTO SÉ escreveu um estudo (Coleção Jurídica J.B. São Paulo, 1976), do qual transcrevemos como o fez J.A. DIAS, as suas lúcidas conclusões:

- "a) - não se justifica a exigência de um texto especial que estabeleça a responsabilidade civil da Fazenda Pública por atos dos Juizes;
- b) - sem texto expresso, essa responsabilidade tem sido reconhecida nos Estados Unidos (onde é tradicional o princípio da imunidade), na França e no Uruguai. No Brasil, embora o art. 82 da Constituição de 1891 cogitasse da responsabilidade pessoal dos funcionários, isso não impediu a decretação da responsabilidade do Estado por falta deles. Nem foi por texto expresso que os tribunais admitiram a culpa anônima do serviço público, antes da Constituição de 1946;
- c) - o silêncio quanto à responsabilidade civil do Estado não a exclui, tem decidido a Corte Constitucional da Itália;
- d) - as leis processuais reconhecem, em certos casos, a responsabilidade pessoal dos magistrados. Esta não contraria nem exclui a responsabilidade civil do Estado, antes a consagra, como sucedeu nos casos antes apontados;
- e) - a soberania do Poder Judiciário não

desobriga o Estado da obrigação de indenizar os prejuízos causados por atos judiciais. Não há autonomia entre soberania e responsabilidade, como não há relativamente ao Poder Executivo;

f) - a independência dos magistrados não explica a imunidade, pois não há oposição entre ela e a responsabilidade do Estado. Esta não atinge a independência funcional dos Juizes;

g) - o argumento da coisa julgada tem valor relativo, limitado à presunção de verdade que dela emana. Se não há coisa julgada, ou se esta é desfeita pelos meios competentes, não há como invocá-la". (J.A. DIAS, ob.cit.pp.712/713).

JOSE CRETELLA JUNIOR (ob.cit.p.255), é de opinião que o Poder Judiciário quer funcionando como órgão judicante, quer funcionando como órgão que desempenha funções administrativas, o ato do Juiz pode causar danos ao administrado, casos que empenam a responsabilidade do Estado brasileiro e a conseqüente obrigação de indenizar, em decorrência de ato danoso ocorrido na esfera do Poder Judiciário.

O erro judiciário diz CRETELLA (ob.cit.p.269), é o equívoco da sentença judiciária, tanto na esfera civil, quanto na criminal. O homem é falível e não abdica dessa condição ao ser alçado ao cargo de julgador.

O erro judiciário prolatado na sentença não pode permanecer. Cumpre à parte a iniciativa para a movimentação do aparelhamento judiciário. Quando se fala em erro judiciário, pensa-se na sentença criminal de condenação injusta, mas o erro judiciário por extensão também abrange a prisão preventiva in justificada ou detenção, sem justa causa, cujos danos

patrimoniais e morais são patentes.

E continua dizendo que, não militam a favor da irresponsabilidade do Estado, por atos judiciais, nem o argumento da soberania nem o da incontrastabilidade da coisa julgada, em primeiro lugar porque soberano é o Estado, em segundo lugar porque a coisa julgada pode ser atacada no cível pela rescisória, ou pela revisão no crime.

Portanto, para CRETELLA, responderá o Estado pelos danos que os atos judiciais causem aos administrados, quer seja provada a culpa ou dolo dos magistrados, quer os danos sejam ocasionados pelo serviço de administração da Justiça, que é, antes de tudo, serviço público do Estado.

Contudo, lembra o mestre CRETELLA que, de um modo geral, a posição do Poder Judiciário, tanto em primeira instância, quanto em instância superior, é pela tese da irresponsabilidade civil do Estado, em casos de prejuízos causados por ação ou omissão do Juiz, sendo dois os argumentos com que procura explicar-se:

- "a) - o da soberania do Poder Judiciário, que o torna imune à responsabilidade; e,
- b) - o da posição singular do juiz que não é, para tais efeitos, equiparado ao funcionário público, nos termos do dispositivo constitucional, nem ao representante do Estado, nos termos do artigo 15 do Código Civil". (ob.cit. p. 281).

Assim, o Poder Judiciário propende para a tese da irresponsabilidade civil do Estado, por prejuízos decorrentes de atos judiciais.

Não poderíamos deixar de lembrar a relevante contribui

ção à tese da responsabilidade civil do Estado por danos derivados de atos jurisdicionais que nos é trazida pelo ilustre Professor VOLNEI IVO CARLIN, da Universidade Federal de Santa Catarina, em tese de doutorado apresentada na França. Ele examina a situação do tema naquele país, onde, de acordo com a lei nº 72.626, de 05 de julho de 1972, está sendo abandonada o dogma da irresponsabilidade, como se vê do seu art. II, segundo o qual: "O estado deve reparar o prejuízo causado pelo funcionamento do serviço da Justiça".

Observa-se, na alínea 2 do mesmo dispositivo, a consagração da ação regressiva contra o magistrado.

Como salienta o douto Professor CARLIN, verifica-se, ao lado de uma reanimação de confiança na verdadeira função da justiça, um progressivo abandono do ceticismo evidente em proveito de uma ação civil de efeitos reais. (Jurisprudência Catarinense, vol. 35, pág. 31).

8. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS NATURAIS.

O assunto, objeto do presente trabalho, suscitou-nos por oportuno, a curiosidade de iniciar uma pesquisa e discussão sobre a responsabilidade do Estado por danos provocados por eventos naturais adversos, mais especificamente enchentes, tal como ocorreu em Santa Catarina desde o início do ano de 1983.

E é a respeito do que vem se abatendo sobre nosso Estado que vamos discorrer, segundo informações obtidas através da Coordenação Estadual de Defesa Civil - CEDEC, na pessoa do Senhor Coordenador, Dr. ANTÔNIO FELISBERTO PINHEIRO.

Como é sabido, já em janeiro de 1983, diversos municípios do litoral catarinense foram tomados por eventos naturais adversos, principalmente enchentes, o que ocasionou seríssimos danos.

A Coordenação Estadual de Defesa Civil - CEDEC -, órgão subordinado à Secretaria de Estado da Justiça, e com atribuições específicas no atendimento aos eventos adversos, logo em seguida, apresentou circunstanciado relatório geral do evento ocorrido nos dias 05 e 06 de janeiro ao Excelentíssimo Senhor Ministro do Interior, fazendo justa reivindicação de auxílios federais para os municípios atingidos por calamidades.

Por ocasião das elevadas precipitações pluviométricas que ocasionaram os danos referidos, a rodovia estadual "OSVALDO REIS", por exemplo, a qual liga as cidades de Itajai e Balneário Camboriú, sofreu significativos danos, não só com a destruição do leito como também, devido a deslizamentos de encostas, colocando em perigo a vida dos transeuntes.

Em fevereiro, março e abril, vários outros municípios sofreram vultosos danos em seus sistemas viários, em função de novas enchentes e novos eventos adversos e, mais uma vez foram solicitados auxílios federais.

Os danos sofridos ainda interditam grande parcela de rodovias municipais, prejudicando sensivelmente o livre trânsito das populações e o escoamento de boa parte das safras, agrícolas, bem como, a produção industrial, principais atividades econômicas do nosso Estado.

Por outro lado, as dificuldades financeiras pelas quais passam os municípios, impossibilita-os de restabelecer as necessárias condições de tráfego de suas rodovias, obrigando-os ao remanejamento de recursos de outros setores também prioritários, para o atendimento dessas necessidades, mesmo porque, tanto o Governo do Estado bem como as Prefeituras, já fizeram uso de sua disponibilidade financeira por ocasião das adversidades, o que é suficiente para justificar as reivindicações de auxílios federais para a recuperação dos danos causados à grande parte da população catarinense, a qual continua sofrendo os prejuízos decorrentes de fatores naturais adversos, mais especificamente enchentes.

Em maio, uma grande enchente atingiu 99 municípios localizados sobretudo no Oeste do Estado. Além de seríssimos danos no sistema viário das regiões atingidas, ela foi responsável pela frustração de grande parte da safra agrícola, o que ocasionou importante reflexo na receita do Estado e dos Municípios.

Naquela oportunidade, 15 pessoas morreram 3.685 ficaram desabrigadas, 25.238 estiveram temporariamente desalojadas em função da destruição de 563 residências e alagamento de

outras 13.451 casas.

Face essa ocorrência, o governo federal destinou recursos para a recuperação dos sistemas viários municipais, bem como para alimentação dos flagelados.

Para atender essas duas finalidades foi recebida a quantia de 795.000.000,00 (setecentos e noventa e cinco milhões de cruzeiros) que foram distribuídos entre os municípios atingidos.

Os decretos de nºs 19.412 de 24.05.83 (D.O. 24.5.83); 19456 de 27.05.83 (D.O. 30.05.83); e 19.566 de 17.06.83 (D.O. 20.06.83), declararam estado de calamidade pública nos 99 municípios, sendo posteriormente reconhecidos pelo governo federal.

Pelo fato de ter havido muitos danos em residências com perdas de bens pessoais e utensílios domésticos, foi autorizada a liberação do F.G.T.S. a todas as pessoas comprovadamente atingidas.

A partir do dia 07 de julho, quando as medidas anteriores ainda estavam sendo colocadas em prática, o território catarinense foi atingido por novos eventos que colocaram em estado de calamidade pública 163 municípios, alguns deles pela 3ª ou 4ª vez no mesmo ano. Os decretos foram os de nºs 19.675 de 08.07.83; 19.678 de 09.07.83 e 19.679 de 09.07.83 (D.O.12.7.83), reconhecidos pelo Governo Federal através da Portaria nº 103 de 15.7.83 publicada no Boletim de Serviço do MINTER nº 868 da mesma data.

O evento adverso de maio já havia ocasionado seríssimos problemas financeiros ao Estado e Municípios, os quais não tinham sido ainda recuperados quando adveio a catástrofe de julho.

O impacto dessa calamidade, a maior que o Estado já conheceu, tanto em extensão quanto em intensidade, absorveu imediatamente todos os meios disponíveis na estrutura do Estado e dos Municípios.

Com a continuidade e o agravamento da situação, inclusive com o colapso da linha física da TELESC e da CELESC, a falência de 78 sistemas de água potável da CASAN, a interdição de todas as rodovias federais e estaduais, que isolaram o nosso Estado do resto do país, bem como, o grande número de edificações públicas atingidas e, o incremento do número de pessoas que solicitavam socorro imediato, a Secretaria da Justiça/CEDEC solicitou ao Governador a constituição de um amplo grupo de trabalho à nível de colegiado, que garantisse a mobilização de todos os recursos existentes na estrutura governamental, para fazer frente aos graves problemas decorrentes do recrudescimento da adversidade.

O Governador, ao mesmo tempo em que determinou as providências mencionadas, solicitou ao Senhor Presidente da República, bem como aos Ministros Civis e Militares, auxílio para combater os efeitos da calamidade que se agravava em cadeia por todo o Estado.

O Grupo de Trabalho, sob a coordenação da Secretaria da Justiça, estabeleceu os seguintes objetivos:

- a) - proteção ao cidadão, mediante operações de salvamento;
- b) - condições de sobrevivência, com o fornecimento de alimentos, água potável e agasalhos;
- c) - remoção das pessoas flageladas, a critério das COMDEC's, abrigando-as em prédios públicos ou

- particulares, colégios, ginásios de esporte, igrejas, etc;
- d) - saúde, enviando medicamentos e vacinas para combater as enfermidades, e prestando orientação de primeiros socorros e de sobrevivência;
 - e) - esquema de segurança, para assegurar a ordem pública;
 - f) - comunicação, através de todos os meios técnicos disponíveis existentes - telex, telefone, rádio, televisão, rádio-amador;
 - g) - agricultura, mediante programa de macro e micro-abastecimento das populações flageladas;
 - h) - transporte terrestre, fluvial ou aéreo, para remoção de pessoas, distribuição de mantimentos, agasalhos e medicamentos.

O Grupo de Trabalho, face à extensão das áreas atingidas e dificuldades de comunicação pela interrupção das redes elétricas, telefônicas e rodoviárias, descentralizou sua ação estabelecendo bases operacionais por zonas de atuação a saber:

- I - Base de Florianópolis, compreendendo:
 - I.1 - Terminal Rita Maria, para coleta e distribuição de todo e qualquer tipo de mantimento, agasalhos, medicamentos e outros;
 - I.2 - Aeroporto Hercílio Luz, para reconhecimento de carga aérea e macro abastecimento às bases;
- II - Base de Navegantes, no aeroporto do mesmo nome, na Cidade de Itajaí, para resgate, salvamento e

início de distribuição de alimentos, agasalhos e medicamentos para o Vale do Itajaí e Vale do Rio do Peixe;

III - Base de Joinville, para recepção e distribuição de mantimentos e medicamentos para o Planalto Norte;

IV - Base de Lages - idem;

V - Sub-base de Jaraguá do Sul, para transporte de mantimentos para Blumenau;

VI - Base de Curitiba, para recepção e distribuição de mantimentos para o Planalto Norte;

VII - Base de Chapecó, idem para o Oeste e Meio-Oeste catarinense.

Decidiu o Grupo de Trabalho, ainda, solicitar o apoio da Cruz Vermelha, convocar todo o sistema estadual, no que diz respeito às comunicações, saúde, transporte, segurança, bem como motivar a imprescindível colaboração de toda a comunidade catarinense, como da imprensa falada, televisionada ou escrita, dos voluntários, dos abnegados rádio-amadores, das universidades, empresas públicas e privadas, clubes de serviço, sociais ou desportivos, dos estabelecimentos de ensino, entidades religiosas e filantrópicas, dos sindicatos e associações de classe, comércio, indústria e outros para, irmanados em gigantesca corrente de solidariedade, enfrentar e solucionar tão grave situação.

Da maior significação a visita do Ministro do Interior, no momento em que mais se fazia necessária a presença do Governo Federal em terras de Santa Catarina, que aqui veio como

articulador das ações dos Ministérios Civis, buscando o pronto atendimento às reivindicações dos municípios atingidos ou arrasados.

Decisiva, também, a atuação dos Ministérios do Exército, Marinha e Aeronáutica, que determinaram o imediato deslocamento de homens e equipamentos para as áreas flageladas.

Os Ministros Civis manifestaram o seu apoio, muitos aqui comparecendo pessoalmente, apesar de não conseguirem visitar todas as zonas atingidas, em razão das condições atmosféricas, que não permitiram, as mais das vezes, que qualquer tipo de aeronave alçasse vôo, pois impossível o acesso rodoviário.

Releva salientar o apoio de empresas aéreas como TRANSBRASIL e VARIG, que transportaram gratuitamente, todas as doações oriundas de diversos Estados da Federação e do Exterior, não deixando naquela hora difícil, de emprestar a efetiva ajuda ao povo catarinense.

Digna de louvor a atuação da imprensa, que conseguiu, sobremaneira, motivar e conscientizar a população não só catarinense, mas de todo o Brasil, numa verdadeira mobilização nacional em prol dos flagelados do sul, fazendo-se necessário, para o transporte de toda a imensa massa de donativos, o auxílio do transporte marítimo.

O povo catarinense deu e continua a dar mostra de elevado espírito cívico e fraternal desprendimento, cada cidadão de per si, sentindo o peso da responsabilidade de contribuir de alguma maneira para minorar o sofrimento dos irmãos coestaduanos, sufocados pela tragédia.

Durante o evento 2.600.000 (dois milhões e seiscentos mil) pessoas foram atingidas de uma maneira direta ou indireta.

O número máximo de flagelados chegou a 218.756 pessoas que foram assistidas, abrigadas, alimentadas e vestidas, através de um trabalho conjunto com a comunidade e instituições governamentais.

Quanto aos danos em residências, 3.320 foram destruídas, 12.645 danificadas e 56.432 foram inundadas, embora sem danos estruturais, totalizando 72.397 residências atingidas.

O número de mortes chegou a 58, de acordo com o levantamento realizado pela polícia técnica que recebeu os corpos para identificação. Há possibilidade de que outras pessoas tenham sido vitimadas e seus corpos não tenham sido encontrados. Contudo, nem a defesa civil, nem os órgãos policiais, receberam qualquer comunicação de desaparecimento de familiares, o que nos permite acreditar que o número real de mortes, se situe em torno do número anteriormente mencionado.

Com uma calamidade de tal magnitude, muitos são os casos e numerosas as situações encontradas sem que existisse qualquer similitude com ocorrências passadas, o que dificultou até certo ponto a definição à cerca das precisas soluções que cada caso requeria.

Assim sendo, de que forma deveria ser tratada a situação das mais de 72.000 residências atingidas? Até que ponto caberia ao Estado propiciar a integral cobertura dos prejuízos ocorridos? Deveria existir alguma ordem de prioridades nos auxílios a serem prestados?

Para atender o grande número de problemas na área social, o Governo do Estado estabeleceu como principais prioridades, o salvamento das pessoas em perigo, a assistência médica de emergência gratuita, a alimentação básica, abrigo de

emergência e outras necessidades fundamentais que assegurassem a sobrevivência de todos os flagelados.

A ação solidária do povo brasileiro complementou a atividade governamental, e auxílios espontâneos foram prestados aqueles que o careciam.

Logo após o embate da calamidade, os órgãos governamentais trataram de recuperar o mais rapidamente possível, os serviços essenciais como forma de auxiliar a reabilitação das comunidades atingidas.

A liberação do F.G.T.S., desta vez de forma mais geral, foi uma maneira encontrada para que as pessoas menos atingidas propiciassem sua auto-recuperação.

Desta forma, grande número de pessoas deixou de preocupar os órgãos responsáveis pela assistência social, permitindo que sua ação fosse centralizada para as pessoas mais atingidas.

Na medida em que eram definidas as necessidades dos flagelados, era procurado ao mesmo tempo solucioná-las, dentro das disponibilidades e limitações do Estado.

O grande número de pessoas que carecia deste auxílio, tornou a tarefa muito difícil de ser equacionada a curto prazo. As medidas para suporte de vida (assistência médica, alimentação e abrigo), continuaram a ser desenvolvidas ao mesmo tempo em que era desenvolvido um plano de emergência, que propiciasse o retorno à normalidade de todas as famílias envolvidas.

Tal plano continua sendo aplicado, principalmente através da reconstrução de residências e no fortalecimento da economia, de tal forma que o incremento dos recursos financeiros e uma maior oferta de empregos, possa garantir às famílias flageladas os quatro requisitos básicos para a normalidade de sua

vida: assistência médica, segurança e tranquilidade, fonte de rendimentos e residência.

O Governo do Estado juntamente com a comunidade, está a estudar algumas formas de procedimento capazes de impedir que no futuro, ocorram fatos ou situações tão lamentáveis como as que foram registradas e que poderíamos aqui, à título de ilustração, lembrar.

Em Porto União, uma família ilhada no interior do município, inutilmente tentou ter assistência médica para sua filha doente. Devido à interdição das estradas pelas águas e a precariedade dos meios de comunicação, foi preciso esperar vários dias para levar sua filha ao médico e, quando tal foi possível, a mesma veio a falecer a caminho do socorro.

Na reserva indígena de Ibirama, aproximadamente 400 pessoas permaneceram diversas semanas isoladas, com sérios problemas de assistência médica e alimentação, obrigando-as a se alimentarem de carne de cachorros.

A falta de água potável levou diversas pessoas ilhadas na margem esquerda do município de Ilhota, a ingerirem água do Rio Itajaí-Açú, o que lhes acarretou sérios problemas de saúde.

Basicamente, os casos apresentados poderiam ser evitados ou pelo menos, mais rapidamente solucionados, caso houvesse um sistema de comunicação de emergência mais eficiente.

O descaso da grande maioria das prefeituras municipais, que concedeu habite-se para a construção de residências em níveis facilmente atingíveis por cheias é outra razão do grande número de casas destruídas ou danificadas.

Como exemplo, o caso da dona FLORINDA, residente em Blumenau, a qual viúva e mãe de 07 filhos, teve levado pelas

águas a sua casa, os seus pertences e seu único meio de subsistência - um carrinho de pipoca -, com o qual garantia a manutenção da família.

Felizmente, na reconstrução das residências atingidas, tal medida preventiva está sendo levada em consideração, visto que as casas reconstruídas com recurso do Estado, se localizam acima da cota atingida pelas cheias.

Algumas pessoas morreram por se exporem desnecessariamente ao perigo. Como exemplo, podemos citar o número de pessoas que tentaram atravessar o rio durante as cheias e tiveram os seus barcos afundados pela correnteza ou por materiais carregados pelas águas.

Diversas pessoas foram eletrocutadas quando resgatavam objetos abandonados, ou mesmo quando por curiosidade andavam por áreas cobertas pelas águas chocando-se com fios energizados.

Nestes casos, uma informação adequada através do ensino nas escolas, poderia ter evitado que ocorresse tais mortes.

Diversas indústrias e produtores rurais perderam suas produções pela impossibilidade de transportá-las, devido à interdição das vias de acesso (queda de pontes, deslizamentos e água no leito das rodovias).

No caso específico de Blumenau, a falta de um sistema hidro-meteorológico, que permitisse uma previsão mais precisa do nível a ser atingido pela enchente, fez com que a maioria dos comerciantes elevassem suas mercadorias até a quota de 14 metros, sendo que o nível atingido em Blumenau alcançou 16,30 metros, com significativos prejuízos.

Seria de se perguntar: até que ponto é responsável a Administração Pública pelos danos causados por fenômenos

naturais adversos, aos particulares?

Começaríamos dizendo que, como vimos anteriormente, o artigo 107 da Constituição Federal, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus funcionários nessa qualidade, causarem a terceiros.

Na verdade, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, muito menos por fenômenos naturais que causem danos aos particulares, como é o caso que, infelizmente, presenciamos no decorrer do ano passado em nosso Estado.

Sabemos que o problema criado pelas inundações e enchentes, em razão de precipitações pluviométricas acentuadas, sem condições de escoamento normal de águas acumuladas, representa um tormento não só para as autoridades administrativas, como curiosamente também para os tribunais, ante a dificuldade, sempre acentuada na definição da responsabilidade civil do Estado, pelos danos que daí resultam para os particulares.

Inundações ou enchentes ocasionam não raro prejuízos a casas particulares e a estabelecimentos comerciais, o que tem sido levado a juízo pelos proprietários prejudicados, que propõem ações contra o Estado sob diversos fundamentos.

Ora são rios que transbordam, inundando casas dos proprietários ribeirinhos, ora são enchentes que danificam edifícios pela deficiência de escoadouros e galerias pluviais, cuja precária vasão impede o rápido escoamento das águas.

Assim, em São Paulo, segundo exemplos apresentados por CRETELLA JUNIOR (Estado e a obrigação de indenizar, 1980, págs. 247-50), o Juiz da 1^a. Vara dos Feitos da Fazenda Municipal,

condenou a Prefeitura de São Paulo a indenizar munícipe, em de corrência dos prejuízos sofridos com a inundação de sua residência. Tudo decorreu porque, apesar de alertada para o fato, ou seja, para o perigo de novas enchentes, a Prefeitura não tomara nenhuma providência concreta para prevenir futuras inundações.

Para fundamentar as alegações o advogado do autor providenciou uma vistoria, tendo os peritos e assistentes concluído que a causa dos prejuízos sofridos pelas inundações, na casa do autor, tinha sido a insuficiência das dimensões da galeria tronco que, conduzindo as águas das bacias de dois vales, passam próximas ao imóvel do autor. Não havia proporcionalidade entre o volume das águas pluviais e a dimensão das vias de escoamento.

A sentença do magistrado condenou a Prefeitura a pagar ao autor justa indenização, constante dos serviços e materiais necessários para a demolição e reconstrução do imóvel, ressarcimento decorrente de eventual inutilização do pavimento térreo e verba relativa à depreciação pela sujeição permanente a novas inundações, despesas correspondentes a mudança e alojamento do autor e família durante as obras, além de honorários de advogado, perito e assistentes.

Ainda em São Paulo, firma que exerce o comércio de cereais, na Capital, ingressou em juízo contra a Municipalidade, para desta receber indenização por prejuízos sofridos em razão de inundação por águas pluviais, decorrente de fortes chuvas que desabaram sobre a cidade, em fevereiro de 1971, nas adjacências do Rio Tamanduateí, as quais atingiram a denominada Zona do Mercado, que então transbordou, penetrando no armazém da autora e inutilizando-lhe as mercadorias estocadas.

Apreciando a matéria, o Juiz da 3ª. Vara dos Feitos da

Fazenda Municipal julgou procedente a ação, lembrando a propósito, unânime pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado que firmara a tese de que "a responsabilidade civil do poder público, perante os particulares, por inundações, é integral e não parcial".

Entendeu o Judiciário na ocasião, que "ficou ainda decidido a responsabilidade direta e imediata do órgão da Administração, acionado, com reserva de direito a este para eventual regresso".

Dentro da teoria do risco administrativo, não há lugar para repartição de responsabilidade entre o Estado e o município, alegando-se, por exemplo, que o rio é estadual. O ente público mais diretamente ligado ao evento lesivo - o Município - responde total e completamente pela reparação, reservando-se-lhe o direito de haver regressivamente de outras entidades públicas concorrentes - o Estado, por exemplo - a sua parte na indenização, de acordo com a sua culpa administrativa (TJ SP, RDP, 12: 214-43). Na magnífica síntese do acórdão temos: "A responsabilidade civil do poder público, perante os particulares, por inundações ocorridas pelo mau funcionamento dos serviços públicos é integral e não parcial, ainda que outros fatores atribuíveis a terceiros, ou a caso fortuito, concorram para o evento danoso". (T.J.S.P. RDP, 12: 214).

A decisão do Juiz da 3^a. Vara dos Feitos da Fazenda Municipal foi confirmada, unanimemente, pela 4^a. Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Também por votação unânime, em 29 de fevereiro de 1980, a 6^a. Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou a Prefeitura de São Paulo a indenizar os proprietários de residência

particular pelos prejuízos sofridos com a inundação de sua casa, ocorrida na madrugada de 29 de fevereiro de 1976, consistindo a reparação no pagamento dos danos, juros e correção monetária, além de salários de perito, honorários de advogado e custas processuais.

Também a Prefeitura da Capital de São Paulo, foi responsabilizada judicialmente por danos causados pelas enchentes ocorridas em 19 de janeiro de 1977, em ação ordinária de indenização, proposta por firma comercial e importadora de gêneros alimentícios, situada na Zona do Mercado Central, argumentando a autora com a inércia do poder público, caracterizada pela não realização de obras necessárias para evitar a inundação do estabelecimento, sujeito, como outros vizinhos, ao impacto reiterado das águas.

A ação foi julgada procedente pelo Juiz da 1ª. Vara da Fazenda Municipal, que condenou a Prefeitura a pagar indenização correspondente aos danos, acrescida de correção monetária e de juros, a partir da citação, bem como custas, salários de perito, e honorários advocatícios.

Com apoio no laudo do vistor policial, o Magistrado acrescentou na sentença, terem sido várias as causas determinantes das inundações da Bacia do Rio Tamanduateí, incluindo-se, entre elas, o assoreamento do leito desse rio e a existência de vários obstáculos ao longo dele - restos de antigas pontes e estruturas de pontes atualmente existentes - , a impedirem o livre escoamento das águas.

Vejamos o que coloca YUSSEF SAID CAHALI (Respons. Civil do Estado, 1982 pp. 161-67) referente ao assunto do item em abordagem.

Segundo o citado autor, a jurisprudência acautela-se no sentido de não levar a extremos uma concepção de risco integral e absoluto da Administração por todos esses eventos (que também são da natureza), procurando estabelecer, com certa dificuldade, até que ponto se pode determinar a "falha do serviço", para com base nela reconhecer aquela responsabilidade ressarcitória.

Em caso de transbordamento de córrego, cuja canalização e conservação compete à Municipalidade, ocorrido em virtude de fortes chuvas, com solapamento das construções ribeirinhas, acórdão - padrão do Supremo Tribunal Federal procurou equacionar os termos da responsabilidade civil reconhecida, identificando o nexos não só de causalidade material como de causalidade subjetiva, vinculada à "faute de service".

Designado relator para o acórdão majoritário, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, deve ser reproduzida a fundamentação do julgado: "O acórdão (recorrido) nega que os fatos tenham sido determinados por culpa da Municipalidade. O recurso insiste em que o art. 194 da C.F. de 1946 prescindir para a insistência da responsabilidade de prova da culpa. Como já disse, a jurisprudência dominante se inclina pela tese do recorrente, mas se apóia em uma das doutrinas civilistas que tem orientado o problema da responsabilidade, isto é, o risco. Esta doutrina se resume em estabelecer, como causa da responsabilidade, uma simples relação entre o fato e o prejuízo. Nenhum elemento subjetivo entra na apuração da responsabilidade. Não admito, por isso, a aplicação pura e simples da teoria do risco que abrangeria as inúmeras ações do Estado nos múltiplos setores de uma atividade administrativa, econômica, assistencial, etc. Tem vacilado, por

isso, a jurisprudência na aplicação estrita da teoria do risco que envolveria a responsabilidade do Estado em casos, que evidentemente, não caracterizariam o problema do funcionamento do serviço público. Não basta fugir ao tema da culpa para admitir o risco. Daí admitir-se o chamado risco administrativo, ou como já se denominou "a culpa anônima da Administração" (ac. do T.J.S.P. in RDA 15/65), que atinge o Estado pelas faltas cometidas no funcionamento dos serviços públicos, e que ameniza a simples transplantação da teoria civilista do risco para o direito administrativo (RDA-38/328). Com isto, permite-se o exame dos casos particulares e a análise de circunstâncias peculiares a cada um, de maneira a atender as condições em que se verifica a responsabilidade do Estado. Aquilo que os franceses chamam de *faute de service* que é imputável não só ao funcionário individualmente, mas à Administração como órgão, permite definir a natureza da falta e a consequente responsabilidade. Não é preciso enveredar pela teoria pura do risco, mas considerar também na apuração dos fatos a verificação da existência de falta imputável à Administração".

E dentro desse raciocínio, reconheceu-se, no caso, a responsabilidade da Administração Pública, apurada em seu conjunto, em razão de sua inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência, falhando na conservação do córrego e de canalização, para evitar o seu transbordamento, pondo em risco as margens e os seus habitantes (2ª Turma, 29.5.68, RTJ 47/378).

No mesmo modo proclamou-se a "culpa anônima do serviço público", como determinante da responsabilidade, ao reconhecer o mesmo S.T.F. que, "não viola a C.F., nem nega vigência ao C.C.,

o acórdão que condena Município a indenizar prejuízos sofridos por particulares, em consequência do transbordamento das águas do rio em virtude de chuvas torrenciais que, apesar de registradas no passado, não foram objeto de cautelas técnicas da Prefeitura, a fim de aumentar-lhe a capacidade de descarga" (1ª Turma, 23.10.73, RTJ, 70/704).

Daí, excluir-se a responsabilidade reparatória se, inobstante o transbordamento, as inundações excepcionais são freqüentes no local, de tal modo que, se o particular ali faz construir o seu prédio, ele próprio estará assumindo o risco pelas consequências (2ª Turma do STF, 28.11.75, RTJ 78/243); o mesmo acontece, aliás, se o comerciante instala seu estabelecimento comercial em local notória e reconhecidamente sujeito a enchentes (zona do mercado, adjacências do Rio Tamandateí, em São Paulo); não adotando ele próprio providência especial para evitar os danos de uma previsível inundação; pois assim agindo, ele próprio estará se expondo deliberada e conscientemente a um risco, de que não poderá queixar-se posteriormente, e assumindo-o, não poderá transferir a responsabilidade pelas consequências danosas à Administração (1ª Câmara Civil do TJSP, 9.11.79, maioria, RJTJSP 65/138).

Assim, em caso de enchente de rio, que causa dano a particulares, a verificação da responsabilidade da Prefeitura se condiciona à culpa da Administração ou culpa anônima do serviço (TJSP, RJTJSP 17/173); havendo culpa concorrente, como "do comerciante que, sem as cautelas devidas, se instalou em zona sujeita a inundações, e culpa administrativa, a responsabilidade do Poder Público, pelos danos sofridos pelo particular, se reduz à metade" (2ª Câmara Civil do TJSP, 27.12.72, RT 455/74).

Assim também, "a Municipalidade responde por danos causados a residências por enchente resultante não de chuvas anormais e imprevisíveis, mas de deficiência do serviço público" (5^a Câmara Civil do TJSP, 14.5.76, RT 511/116; responde, igualmente, por danos causados em residência, por deficiente escoamento de águas pluviais, agravados por depósito de terra deixada pela Prefeitura, concorrendo para o entupimento; pois "tanto a doutrina como a Jurisprudência dominante nos Tribunais já as sentaram que o Poder Público deve responder pelos danos sofridos pelos particulares, em razão do mau funcionamento dos serviços públicos. É a teoria do risco administrativo, imperante entre nós há muito tempo e adotada pela nossa Carta Magna de 1969, em seu art. 107, revigorando, assim, o preceito do art. 15 do C.C. Assim, demonstrado que o serviço público funciona mal, como ocorreu na hipótese destes autos, em que as galerias pluviais e os bueiros das proximidades da casa do autor não deram vazão às águas da forte tempestade que desabou sobre a cidade, óbvio é que o ressarcimento dos danos, pleiteado pelo autor, encontra plena justificativa" (3^a Câmara Civil do TJSP, 26.5.77, RJTJSP 47/125).

A responsabilidade se exclui, em caso de danos resultantes de enchentes ocasionadas por fortes chuvas, diante da ausência total de culpa da Prefeitura, quando não se imputa a esta a obrigação de conservação do córrego (2^a Câmara do TJSP, 25.9.79, RJTJSP 61/92); como também "não responde a Prefeitura Municipal por danos causados por enchentes, se não provado que elas decorreram de defeitos técnicos na canalização de córrego, mas resultaram de precipitação pluviométrica excepcional" (2^a Câmara Civil do TJSP, 4.2.58, RT 275/319).

A responsabilidade objetiva da Administração Pública tangencia desse modo os princípios da responsabilidade aquiliana, no sentido de investigar-se, em cada caso concreto, se seria razoavelmente exigível dela a realização de determinados serviços ou obras preventivas a benefício dos administrados; de modo que, por não realizados oportunamente os serviços ou as obras devidas (ou os tendo realizado insatisfatoriamente), se possa deduzir nexó de causalidade entre a sua omissão e o evento danoso.

Acórdão da 2ª Câmara Civil do TJSP bem enuncia esse conceito de omissão de obrigação devida, que há de ser colocado como causa da responsabilidade civil da Administração.

Assim: "O ilícito da Prefeitura teria ocorrido por omissão, já que deixara de limpar o córrego e o acúmulo de detritos no mesmo, deu causa à enchente. (...) Por primeiro é de se ver que, para que se caracterize a omissão ilícita, necessário é que haja, em sentido inverso, uma obrigação. Assim, teria a Prefeitura obrigação de limpar o córrego em tela e, não o fazendo, omitiu-se e sua omissão deu causa à enchente. Não disse a autora qual lei obrigaria a Prefeitura a limpar o córrego. Em princípio, nos termos do art. 3º da Lei Orgânica dos Municípios, "ao Município compete prover a tudo quanto respeite ao seu interesse e ao bem-estar da sua população". Assim, pelo menos em tese, cabendo à Prefeitura zelar pelo bem-estar da população, caberia a ela, também, limpar o córrego em tela. Mas, é de se ver, qualquer Prefeitura tem suas limitações e não se pode exigir delas aquilo que está além dos seus encargos normais. Raciocinar-se de forma diferente, seria tornar ilimitada a responsabilidade das Prefeituras, o que conduziria ao absurdo.

Necessário seria demonstrar-se, portanto, que estivesse a limpeza do córrego mencionado dentro das normais atribuições do administrador que, provido de recursos para tal, por negligência houvesse deixado de determinar o serviço. Não se demonstrou houvesse, habitualmente, limpeza do córrego. Não se demonstrou a existência de recursos necessários para tal fim. Não se demonstrou, enfim, a ilícita omissão" (2ª Câmara Civil, 25.9.79, RJTJSP 61/92).

Por outro lado, a situação se modifica se as enchentes se vinculam ao apressamento de águas de mananciais para a implantação de usinas hidrelétricas, quando se faz exigível a adoção de dispositivos de segurança para manutenção da regularidade da represa e controle das enchentes (5ª Câmara Civil do TJSP, 13.12.79, RJTJSP 62/92; permitindo-se afirmar, sob esse aspecto, que "o Estado não pode realizar obras que acarretem inundações, a não ser quando desaproprie terras para inundá-las" (ANTONIO DE PÁDUA NUNES, "Responsabilidade Civil do Estado", parecer, RT 373/50).

Do mesmo modo, quando é realizada obra pública em local já ocupado por residências, comércio e indústria, deve o Poder Público diligenciar para que a alteração no curso das águas pluviais não os prejudique, cuidando assim, de impedir a formação de bacias hidrográficas e executando obras que permitam a canalização das águas para córregos que comportem o seu normal escoamento (2ª Câmara Civil do TJSP, 7.11.80, RJTJSP 69/103).

Em síntese, diz YUSSEF, a responsabilidade civil da Administração Pública, pelos danos resultantes de inundações causadas por precipitações pluviométricas excepcionais, somente

é de ser reconhecida naqueles casos em que se evidencia a falha, ainda que presumida, do Poder Público, na execução ou conservação de obras que permitiriam o escoamento sem dano das águas acumuladas; e não quando, inexistente a obrigação de execução ou conservação de tais obras, o evento natural seja inteiramente imputado à fortuidade; dizendo-se, sob esse último aspecto, que faltaria até o nexo de causalidade material.

Nos julgados que envolvem os transbordamentos periódicos do rio Tamanduateí, em São Paulo, onde os seus pontos críticos apresentam localizações diversas no contexto urbano, enquanto para uns, "o Poder Público só responde pela deficiência do serviço que criou, não pela ausência de obras gigantescas, que desafiam gerações, como no caso, a que não se acha obrigado a realizar, mormente de pronto", de tal modo que, quem se instala no local, "expõe-se deliberadamente a riscos e deve suportá-los" (1^a Câmara Civil do TJSP, 9.11.79, maioria, RT 544/80 e RJTJSP 65/138, confirmada em grau de embargos infringentes em 9.12.80, RJTJSP 70/213), para outros, "o fato de um prédio se situar na zona crítica das inundações não libera a Municipalidade da obrigação de indenizar", considerando, no caso, que "a Municipalidade deveria obstar a qualquer edificação na região, negando licença ou exigindo requisitos de segurança específicos; licenciando a edificação, deve suportar os prejuízos que a deficiência dos serviços públicos vem acarretando" (3^a Câmara Civil do TJSP, 27.9.79, RT 544/93).

Vê-se, assim, que as divergências se localizam principalmente na identificação da obrigação administrativa devida, cuja omissão coloca-se como pressuposto do dano causado ao particular; e envolvendo a identificação da obrigação devida um

juízo de valor apurado em razão das circunstâncias de cada caso concreto, o critério pessoal de cada Juiz será contingente inevitável na sua aferição, mostrando-se uns mais, e outros menos rigorosos na exigibilidade das atribuições cometidas à Administração Pública.

Admitida a responsabilidade do Poder Público pela indenização, a questão se transfere para o âmbito da fixação do quantum devido em razão da depreciação; e sob esse aspecto, ainda que de monta os danos produzidos, não se pode identificar, no caso, uma ação indenizatória por apossamento administrativo (desapropriação indireta).

Isto foi ressaltado pelo TJSP: "As inundações sucessivas desvalorizam o prédio do autor, mas não o desqualificam, decisiva e definitivamente, como prédio residencial, e justamente porque a habitabilidade depende de obras de vulto - praticamente a reconstrução da casa do autor - é que a sentença optou pela segunda alternativa do pedido.

"A primeira alternativa (indenização pela desvalorização total do imóvel) era, como é, de todo inviável; o autor a reclama como pedido principal, estimando a desvalorização em cifra superior a ..., idêntica à avaliação do imóvel. No entanto, em contrapartida, não oferece o imóvel à adjudicação, em favor da Prefeitura; só por essa omissão é que o pedido principal não se assemelha à perspectiva de desapropriação forçada; no mais, é de inteira identidade; e, como é sabido, o interesse no ato expropriatório há de advir da descrição do Poder Público e não do interesse do particular; "o poder expropriatório, conquanto discricionário nas opções de utilidade pública e interesse social, só é legitimamente exercitável nos limites traçados

pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal" adverte Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 9^a. ed. 1983, p.489).

"Se a edificação sofreu desvalorização de monta, o mesmo não se pode dizer do terreno, que poderá ter aproveitamento útil, sob várias modalidades; esse dado de fato afasta, por si só, a perspectiva de desvalorização integral do imóvel" (3^a Câmara Civil do TJSP, 27.9.79, RJTJSP 60/146 e 64/90).

Quanto ao critério a ser observado na liquidação, especificamente, do assunto que estamos tratando, "na desvalorização de monta do prédio sujeito a inundações sucessivas, o limite máximo, para a composição dos prejuízos, é o valor total do imóvel, apurado na perícia; desse limite devem ser deduzidos o valor do terreno (que não terá sofrido nenhuma depreciação) e a quantia recebida pelo autor, na demanda anterior, a título de depreciação; encontrado esse resultado, acrescer-se-á o valor atualizado das despesas para a demolição". (3^a Câmara Civil do TJSP, 27.9.79, RJTJSP 60/146 e 64/90).

Não há dúvida que nem sempre o Estado é responsável, ou seja, nem sempre está obrigado a indenizar, porque há certas circunstâncias que dão ao evento configuração tal, que não permitem o empenho da responsabilidade do Estado, tais como a força maior, a culpa da vítima, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal, a legítima defesa, o caso fortuito, atos de criminosos, atos de rebeldes, atos praticados em esfera excêntrica.

Nas diversas fases da evolução do nosso direito, cada uma dessas causas foi alegada pelo representante do Estado, ao defendê-lo em ações de perdas e danos propostos pelos

particulares prejudicados.

A força maior, não há a menor dúvida, é causa que, demonstrada, isenta o Estado da obrigação de indenizar, em razão dos traços da inevitabilidade, irresistibilidade e imprevisibilidade que a tipificam, como estabelece a melhor doutrina, e a prática dos tribunais confirma nos seguintes termos: "A força maior afasta a responsabilidade do Município, nos casos de danos ocasionados por inundações" (STF, RDA, 128:554). "O Estado não pode ser responsabilizado por fato da natureza, que constitua força maior" (TJSP, RT, 509:141).

No Brasil, segundo WILSON BUSSADA, (Código Civil Brasileiro, interpretado pelos tribunais, 1980, p.141) a Jurisprudência procura avançar no mesmo sentido, mas, com algumas lamentáveis confusões entre o princípio da responsabilidade da Administração Pública, independentemente de apuração de qualquer falta do serviço, e a hipótese de força maior decorrente de fatos da natureza compreendidos na idéia de "calamidade pública".

A vigente Constituição de nossa República, no art. 89, nº XIII, estabeleceu a competência da União para "organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações". Porque essa defesa geralmente não poderia ficar adstrita ao território de um só município.

O advogado HÉSIO FERNANDES PINHEIRO, num estudo sobre calamidade pública no direito brasileiro (RDA, 36:38) mostrou a evolução de seu conceito e da obrigação complementar da União. Assim, e desde a primeira Carta do Império, deveria sempre o Governo Central garantir "os socorros públicos", nas calamidades. Essa garantia, como dever da União, passou às Constituições republicanas posteriores.

Mas a idéia se modificou um pouco. Não bastaria o "socorro", depois de verificada a calamidade. Seria preciso mais alguma coisa - o combate ou a defesa contra os flagelos ou as fúrias da natureza.

Foi o que estabeleceu a Constituição Federal de 1967 (art. 8º, XII), mantida, com redação idêntica, pela Emenda de 1969 (art. 8º XIII): "Compete à União organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações".

A defesa é para se evitarem, na medida do possível, as calamidades. O socorro, devido pelas entidades de direito público interno, é o auxílio posterior ao evento, para minorar o sofrimento da população diretamente flagelada e prejudicada em suas vidas, pelos danos pessoais e materiais. Jamais indenização fundamentada em responsabilidade civil.

Os Governos dos Estados e dos Municípios, na maioria deles, se não têm meios financeiros para obras completas de defesa contra as inundações, obras cujo valor poderia comprometer de maneira intolerável a bolsa dos contribuintes, não dispõem, igualmente, e com maioria de razões, de poderio econômico suficiente para efetuar desapropriações de grandes áreas marginais dos rios, para impedir a construção de edifícios em lugares previsivelmente sujeitos a inundações periódicas.

Aliás, no mundo inteiro, e até nos países mais ricos e poderosos as inundações dos grandes rios são freqüentes, como, por exemplo, as enchentes do Rio Mississipi, nos Estados Unidos, que arrasam fazendas, vilas e bairros de cidades.

Os governos, segundo o noticiário corrente, vêm procurando evitar a calamidade, sem êxito; e socorrem as vítimas.

Nunca se teve notícia, porém, de que fossem obrigados a reparar integralmente os danos, à título de responsabilidade civil do Estado!

Como vimos anteriormente, nenhum diploma legal, nem mesmo a Carta Magna, responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros ou pelos danos causados aos particulares, por fenômenos naturais.

No caso específico de Santa Catarina, quando dos eventos naturais adversos, verificou-se, felizmente, que não só os órgãos públicos e entidades particulares, bem como todas as comunidades, rapidamente se organizaram numa demonstração de espírito de desprendimento e equipe, de sorte a solucionar, dentro dos parâmetros humanos possíveis, os implacáveis problemas surgidos, deixando para todos uma grande lição de solidariedade.

9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Nos sistemas em que vigora o princípio da jurisdição única, como é o caso do Brasil, distingue-se a jurisprudência como importante meio para fixar o bom entendimento das normas de Direito.

Particularmente, na esfera do direito administrativo, onde a função do juiz tem extraordinário campo de aplicação, é muito grande a influência do direito elaborado pelos tribunais.

Lembra CRETELLA JÚNIOR que:

"o exame dos julgados dos tribunais brasileiros de segunda instância, assim como os do Supremo Tribunal Federal e os do Tribunal Federal de Recursos, transcritos em revistas especializadas como a Revista de Direito Administrativo (R.D.A.), a Revista Forense (R.F.), a Revista dos Tribunais (R.T.), a Revista Trimestral de Jurisprudência (R.T.J.), a Revista de Direito da Procuradoria Geral (R.D.P.G.), revela de maneira nítida o valor das decisões, na estruturação das grandes linhas e fixação de teses básicas do direito administrativo pátrio".

No setor da responsabilidade civil do Estado CRETELLA confirma:

"é da mais alta relevância a contribuição jurisprudencial, formada de julgados brilhantes que traçaram rumos seguros, enfrentaram teses de valor transcendental, ao mesmo tempo que resolveram, na prática, os casos concretos,

submetidos à apreciação do Poder Judiciário".
(O Estado e a obrigação de indenizar, 1980,
p.208)

Em sua excelente obra: "Responsabilidade Civil do Estado" (1957, vol. 2, p.611), AMARO CAVALCANTI acentua que no Brasil, jamais prevalecera o princípio da irresponsabilidade do Estado por atos lesivos de seus representantes, embora não houvesse uma disposição de lei geral reconhecendo e fixando a doutrina da responsabilidade.

RUY BARBOSA em monografia sobre a matéria, afirma que:

"Na Jurisprudência brasileira, nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos dos seus empregados. Apesar de profundamente repassada na influência do direito romano, a nossa evolução jurídica, modificada pelo concurso dos elementos liberais que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espírito dos nossos tribunais essa revivescência democrática dos privilégios regalistas. Sempre se professou nos nossos cursos, e nos nossos auditórios se proclamou sempre a noção da imputabilidade das pessoas morais pela culpa contratual ou aquiliana dos seus representantes... Pelo dano causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em responsabilizar municipalidades, províncias, estados, o governo do império, o da república, tendo por idéia inconcussa a de que, no ministro, no presidente, no governador, no prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a administração pública verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo princípio da representação, desaparece na do preponente.

Não desanimam, é certo, os procuradores do erário. Mas, não obstante o brilho superficial que às veleidades regalistas vai emprestando hoje, entre nós, os reflexos dos Mantelínis, a linha da tradição antiga se não quebrou; os julgados, na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia a dia aumentando o tesouro opulento dos arautos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas". (A culpa civil das Administrações Públicas, Rio, 1898. Apud Amaro Cavalcanti, ob.cit. pp. 611-12)

Parece que foi sempre essa, a orientação predominante no seio dos nossos tribunais. Mesmo naquele tempo, porém, nestes se refletia a interminável controvérsia que doutrinadores e tratadistas mantinham em torno de tão importante problema, chegando a dar lugar a decisões que, ou negavam formalmente o princípio ou lhe reduziam consideravelmente o alcance.

Exemplificando essa discrepância na aplicação da tese, ALCINO DE PAULA SALAZAR nos dá conta do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal, na apelação cível nº 255, em 28 de abril de 1897, no qual é afirmado que a Constituição excluía a responsabilidade da Fazenda pelas faltas e omissões dos funcionários e que: "não é imputável ao Estado, por não ser pessoa natural, o quase-delito, resultante da negligência na fiscalização de seus funcionários". (O Direito, vol.73, p.504)

E continua explicando que nesse mesmo ano, o próprio Supremo Tribunal, em acórdão de 4 de dezembro, na apelação nº 259, relatado por JOÃO BARBALHO, reconhecia em tese o princípio da responsabilidade pelos atos que os funcionários praticassem

dentro na esfera de sua atribuições. (O Direito, vol. 75, p. 504)

E que, logo em seguida, no julgamento da apelação nº 537, ocorrido a 27 de julho de 1898, era feita irrestrita aplicação desse mesmo princípio que ficou enunciado nos seguintes termos:

"É indisputável a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionários públicos, órgãos de sua ação, ficando-lhe salvo o direito regressivo contra estes para haver o que houver pago pelos seus abusos e omissões". (O Direito, vol. 77, p. 487)

Informa que pouco depois fazia-se uma reação contra essa jurisprudência e voltava-se a impugnar o postulado da responsabilidade.

Em 1900, diz ele, um aresto que teve apenas o voto vencido de JOÃO BARBALHO asseverava que "o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos que pratica como poder público não é uma tese inconcussa" e acrescentava que entre nós não havia jurisprudência firmada a respeito. (O Direito, vol. 83, p. 114).

Em 1901, ficou expresso por unanimidade num acordão, que o princípio da responsabilidade exclusiva e pessoal dos funcionários públicos pelos abusos que cometessem no exercício dos seus cargos era o único que se podia inferir do art. 82 da Constituição e do art. 36 da lei nº 85, de 12 de setembro de 1892. (O Direito, vol. 87, p. 442)

Foi ainda esta, a doutrina seguida pelo mesmo Tribunal no acordão de 17 de dezembro de 1902, reformado por outro de 4

de novembro de 1903, que reconhecia em termos amplos o dogma da responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes e, afinal, restabelecido por novo julgado em que se considerou que o preceito do artigo 82 da Constituição, aludindo, apenas, à responsabilidade pessoal dos funcionários, devia prevalecer sobre o princípio da representação jurídica, em virtude do qual o representado se obriga pelos fatos do representante. (O Direito, vol. 95, p.180 e segts).

Examinando o problema em sentença de 26 de junho de 1906, que transitou em julgado quando foi feita minuciosa análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Juiz de Porto Alegre, RIBEIRO DANTAS FILHO, negou houvesse fundamento legal e mesmo doutrinário em que se assentasse o postulado da responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários, a não ser em matéria contratual.

A sentença do Juiz RIBEIRO DANTAS FILHO, de Porto Alegre, se refere ao caso de desvio de dinheiro por depositário judicial, dando lugar a ação da parte lesada contra o Estado. A ementa é esta:

"A ciência jurídica nada assentou ainda sobre a responsabilidade do Estado pelos atos de seus funcionários públicos, no exercício de suas funções, salvo quanto à culpa contratual. O direito pátrio não contém disposição alguma donde se tire a responsabilidade geral do Estado pelos atos ilícitos dos funcionários públicos.

Irresponsabilidade do Estado pelos desfalques dados à fortuna particular pelos depositários judiciais".

Diz ele que esta decisão, que é de 1906, passou em

julgado tendo provocado uma nota de comentário da redação do O Direito, contendo este trecho:

"A desconfiança da justiça - que já é uma das maiores chagas da época atual - chegará a seu auge, e os tribunais, cada vez mais desertos pelo terror que já inspiram, atestarão uma época de decadência que convém abreviar por todos os meios". (O Direito, vol.109, p. 457)

Contudo, afirma SALAZAR, que não vingou esse surto reacionário da teoria da irresponsabilidade.

E, por acórdão de 25 de maio de 1907, voltava o Supremo Tribunal a afirmar o princípio da responsabilidade, com restrições de um e outro Ministro, que só o aceitava em dadas condições. (O Direito, vol.103, p.351)

Daí por diante, uma gama de decisões veio consolidar esse debatido princípio jurídico, admitindo-se amplamente a responsabilidade do Estado mesmo em relação a atos abusivos ou criminosos de seus agentes.

Entretanto, julgando por essa época, ações de indenização proveniente do bombardeio da cidade de Manaus, levado a efeito em 1910, por forças federais, aquele mais alto Tribunal passou a fazer restrições à tese da responsabilidade para só admitir, por parte da Fazenda, quando não fossem criminosos os atos dos agentes do Estado, os quais, nesta hipótese de prática de ato delituoso, responderiam pessoalmente, perante terceiros, pelos danos causados.

Segundo informa SALAZAR, neste sentido aconteceram, entre outros, os acórdãos de 18 de junho de 1921, de 16 de agosto de 1924, contra os votos vencidos dos Ministros E. Lins, G.

Natal e Leoni Ramos, e de 11 de junho de 1926, contra os votos dos dois primeiros. (O Direito, vol. 65 p.320; 78 p.526, e 81 p.343)

Entende, contudo, o mesmo autor, que esse desvio do rumo que vinha seguindo a jurisprudência, resultara antes de circunstâncias de fato atinentes ao acontecimento danoso, do que de uma reconsideração dos fundamentos doutrinários que a informavam.

SALAZAR menciona ARNOLDO MEDEIROS, o qual em comentário a dois arestos com disposições divergentes salientou que, para tais decisões influíra provavelmente a consideração de que as autoridades militares envolvidas no caso, tinham agido fora do limite de sua ação funcional: "pois no acórdão de 13 de junho de 1923 se considerou também indubitável a responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus empregados, desde que praticados dentro da esfera das suas atribuições legais e sem usurpação de funções não conferidas por lei, não se fazendo a menor distinção motivada pela natureza do ato, lícito ou ilícito, de império ou de gestão". (Revista de crítica judiciária, vol. 18, p.279)

Logo a seguir fixava-se novamente a jurisprudência no sentido da responsabilidade ampla, reconhecida sempre que o ato do funcionário, positivo ou negativo, legal, ilícito ou criminoso, tivesse relação com a sua atividade funcional.

Todavia, o acórdão proferido na apelação cível nº 5.374 de 15 de julho de 1932, retornou ainda uma vez ao critério da irresponsabilidade por dano decorrente de ato criminoso, ainda que pela maioria de um único voto e embora não se verificasse conformidade nos fundamentos declarados com os votos ven

cedores. (Revista de crítica Judiciária, vol. 18, p. 261)

Contudo na mesma ocasião, num outro acórdão, era restabelecido o princípio da responsabilidade em sua amplitude , tendo declarado o Ministro EDUARDO ESPÍNOLA:

"Tempo houve em que a jurisprudência do Tribunal propendia para excluir a responsabilidade da União pelos atos ilícitos de seus representantes, quando tivessem caráter doloso, ainda que praticados no exercício da função. Hoje, porém, é firme a jurisprudência em tornar a União responsável por qualquer ato ilícito do funcionário desde que nesta qualidade o pratique". (Revista de crítica judiciária, vol. 18, p.261)

Daí por diante, segundo SALAZAR, a jurisprudência não mais sofreu solução de continuidade, afirmada em inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais estaduais, sempre no sentido de responsabilizar a Fazenda Pública por atos ou omissões de qualquer natureza praticados por seus agentes "in offício", nos termos da disposição ampla e liberal do artigo 15 do Código Civil. (Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais, 1941, pp. 28/35)

Para JOSÉ CRETELLA JUNIOR (ob.cit. p.209) impera em nosso direito, o princípio da responsabilidade do Estado por atos danosos causados ao particular. "Jamais vigorou, entre nós, de modo absoluto, unânime, a teoria da irresponsabilidade do Estado".

Havendo dano, provocado pela Administração, ocorre logo pensar-se na responsabilidade, procurando-se imediatamente, o nexô causal, a imputabilidade à pessoa jurídica de direito público do prejuízo causado.

Compilam os dados necessários e suficientes para a respectiva ação de indenização. A lide chega aos tribunais e, não raras vezes, o particular, tem ganho de causa, sendo a Fazenda Pública obrigada a ressarcir o prejuízo causado.

Sabemos que é incontável o número de vezes que os Juizes brasileiros se pronunciaram em casos de responsabilidade pública e, apesar disso, não se fez ainda, no Brasil, o levantamento estatístico da natureza das causas em que o Estado comparece como réu, em ações de indenização, em virtude de danos causados aos administrados pelo agente público, nem tampouco, portanto, se tentou classificar os casos de responsabilidade civil do Estado para futuramente se ter uma compactação sistemática do instituto.

Por sua vez, comentando um acórdão do Supremo Tribunal Federal CAIO TÁCITO acentua que:

"embora a teoria do risco administrativo apresente entre nós, como no direito comparado atual, evidentes sinais de progresso, o observador dos pronunciamentos dos tribunais não deixará de notar o largo fosso que ainda separa opiniões respeitáveis de ilustres autoridades judiciárias". (Caio Tácito, Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado, RDA, 55:262, janeiro-março, 1959)

BRANDÃO CAVALCANTI, ressalta com muita propriedade que:

"entre nós dúvidas mais fortes assaltam os nossos magistrados, colocados entre uma orientação civilista, rígida, expressa no Código Civil, e a necessidade de uma evolução doutrinária, acompanhando as transformações não somente do direito público, mas do próprio direito civil". (Tratado de direito administrativo, 3a. ed. 1955, vol. 1, p.448)

É ainda CAIO TÁCITO quem leciona:

"Basta dizer que, em famoso acórdão, prolatado em 1958, divergiram os Ministros da Corte Suprema desde a conhecida preferência de Orozimbo Nonato pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado à fidelidade confessada de Nelson Hungria, romanista até a raiz dos cabelos, aos critérios civilistas da culpa, com a posição intermédia de Vilas-Boas, filiado à teoria dos franceses, ou seja, à noção da falta anônima do serviço". (Caio Tácito. Tendências atuais sobre a responsabilidade do Estado, RDA, 55:262 - janeiro-março, 1959)

Uma primeira decisão negativa do Supremo Tribunal Federal, a respeito da responsabilidade civil do Estado pelo dano causado por seus funcionários aos particulares, foi adotada através do acórdão do STF na AC 255, de 28.4.1897, num julgamento em que cinco votos isentaram o Estado e quatro votos o condenaram ao ressarcimento dos prejuízos.

Essa primeira posição, contudo, modifica-se logo depois, em muitos e repetidos julgados como ocorreu na AC.335, de 20 de julho de 1898, na qual foi declarado: "É, pois, caso da responsabilidade civil do Estado pelos atos dos funcionários públicos que, no exercício de suas funções, lesam direitos de terceiros. Se a lesão assume caráter criminal, a responsabilidade é exclusivamente pessoal; se é civil, a responsabilidade pertence tanto ao funcionário como ao poder que a prepôs no serviço em questão, ficando ao lesado a escolha do responsável. Se for acionado o poder preponente, a este compete a ação regressiva contra seu preposto".

JOÃO BARBALHO também informa que o acórdão, na Ac.375, de 27 de julho de 1898, considera a matéria indiscutível, firmando a tese da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionários públicos, órgãos de sua ação, ficando-lhe salvo o direito regressivo contra estes, para haver o que houver pago pelos seus abusos e omissões. (Comentários à Constituição Federal Brasileira de 1891, Rio de Janeiro, 1902, pp.354-5)

Na verdade, na maioria das vezes, o fato gerador da responsabilidade pública é o funcionário, que provoca o dano in agendo. Cumpre, então, para efeitos de responsabilização do Estado elucidar o conceito de agente público.

Agente público, diz CRETELLA, é expressão há muito empregada no direito público, para designar todo indivíduo que participa da atividade do Estado de maneira permanente, temporária ou accidental, quer editando atos jurídicos, quer executando atos de natureza técnica e material. (ob.cit.p.211)

Portanto, a expressão agente público é muito mais abrangente que a expressão funcionário público e compreende, além dos funcionários públicos propriamente ditos, uma gama enorme de outros indivíduos os quais agem em nome do Estado.

Todavia, o direito positivo brasileiro, frente à incerteza da doutrina, procurou conceituar o agente público, elaborando diferentes conceituações.

O artigo 15 do Código Civil Brasileiro emprega o termo representantes; no art. 37, contudo, fala em funcionários; no art. 1133 prefere a expressão empregados públicos. O Código Penal de 1940, art. 327, define o funcionário público de maneira ampla. Os Estatutos brasileiros, de diferentes épocas e esferas,

trabalham com a noção estrita de funcionário, que é "a pessoa legalmente investida em cargo público". A Constituição do Estado de São Paulo, de 1947, define o funcionário como "aquele que exerce, em caráter efetivo e mediante nomeação da autoridade competente, cargo público criado por lei". (art. 82). Já a Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como a Constituição Federal vigente não apresentam nenhuma definição de funcionário. Por sua vez, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei nº 4425 de 16.02.1970) assim define em seu art. 3º: "Funcionário é pessoa legalmente investida em cargo público, que percebe dos cofres estaduais vencimentos ou remuneração pelos serviços prestados".

E os agentes militares são agentes públicos? Parece que sim, pois agem em nome do Estado, e o representam, quando agem nessa qualidade, quer na esfera da União, quer na esfera dos Estados membros. Encarregados da ordem interna e da defesa da ação contra o inimigo externo, todos os agentes que exercem o poder de polícia operam em nome do Estado.

Já nos referimos e CRETELLA JUNIOR também lembra, o episódio ocorrido na manhã de 04 de outubro de 1910, na cidade de Manaus a qual foi bombardeada pela Marinha de Guerra Nacional, objetivando a passagem do Governo a seu substituto legal, pelo Governador do Estado.

Em consequência do bombardeio, sabe-se que inúmeras casas particulares, estabelecimentos comerciais e barcos foram atingidos por balas e granadas, produzindo-se danos com vultuosos prejuízos de ordem patrimonial.

Como não poderia deixar de ser, as vítimas recorreram ao Poder Judiciário, o qual na primeira colocação do tema,

conclui pela irresponsabilidade do Estado, apesar dos votos contrários vencidos.

Posicionando-se com respeito ao caso, alguns Ministros assim sustentaram:

"A União não responde por ato de seus funcionários, quando esse ato reveste feição criminosa, tornando-se, então, o funcionário responsável único pelas conseqüências do crime que cometera". (R.F., 44:578 - janeiro a junho de 1925). No mesmo sentido: "A União Federal não responde pelos atos dos seus empregados, quando tais atos são praticados em esfera completamente excêntrica do campo das funções públicas atribuídas ao empregado". (Revista de Direito, 65:320, 1922. Ou ainda: "a União é irresponsável legalmente por fatos criminosos praticados por seus funcionários e para os quais não concorreu de modo algum". (Revista de Direito, 66:499, 1922, cf. Cretella, ob.cit. p.213)

Ao comentar certa ocasião o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, escreveu Francisco Campos:

"O Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 28 de dezembro de 1918, atribuiu à União a responsabilidade por danos resultantes do Bombardeio de Manaus, o qual era, evidentemente, um fato pessoal dos agentes militares, conquanto revelando falta da Administração superior, falta que consistia, exatamente, em lacunas e omissões no serviço militar, que se mostrava defeituoso ou funcionando de modo irregular, com o nele não serem observadas as condições necessárias e fundamentais". (Pareceres, 1934, Rio Janeiro, p.231; cf. Rui Cirne Lima, Princípios de direito administrativo, 1982, p.201)

O acórdão, relatado pelo Ministro ARTUR RIBEIRO, revela o critério adotado à época, o qual reflete a teoria da irresponsabilidade estatal, no caso em que a representação é desfigurada, porque o representante - o agente - não mais pratica atos em nome do representado - o Estado -, quando deixa de observar as normas que lhe foram impostas:

"Se o funcionário público, abusando dos meios que a lei lhe deu para o exercício das funções e cumprimento dos deveres, em vez de cumprir esses deveres, comete ato delituoso, ato legalmente tipificado como crime, ele, e somente ele, é responsável por esse ato e pelas conseqüências advindas. Trata-se de ato inteiramente individual, e não há razão para desdobrá-lo em dois, no intuito de se fazer responsável por uma parte o seu autor e outra o comitente dela. O prejudicado não tem, neste caso, ação contra o Estado ao qual não cabe mais a qualidade de representado, porque a representação somente existe e obriga enquanto o representante observa as normas que lhe foram impostas pelo representado, no ato da investidura ou no correr da ação representativa.

E mais: "Se o ato do funcionário tivesse sido praticado no cumprimento de ordens legais que o Governo da República expedisse no exercício do poder público, não haveria, em tal ato, nenhum crime ou delito e ele constituiria ação perfeita de representação, obrigando, sem a menor dúvida, o Estado comitente, por todas as conseqüências resultantes de qualquer imperícia, imprudência ou temeridade havidas no cumprimento daquelas ordens.

E ainda: "A espécie, porém, é muito outra ,

pois o Comandante não praticou os excessos de que se queixam os embargantes, no cumprimento de ordens ou no exercício das funções ordinárias. Ao contrário, violou os mais rudimentares deveres do cargo e, cometendo crimes, praticou atos inteiramente estranhos ao exercício daquelas funções, com a agravante ainda de lançar mão, para a consecução do objetivo ilícito, dos poderosos meios que a lei lhe confiara para o cumprimento do elevado dever de manter a ordem pública e assegurar a defesa externa, mediante ordem do poder competente. Em tal caso, é evidente que cessou a representação e, conseqüentemente, a obrigação de responder o Estado pelo ato de seu preposto". (STF, RF, 44.581-2, janeiro a junho de 1925)

Segundo BRANDÃO CAVALCANTI o mesmo Supremo Tribunal Federal reconheceu mais tarde, a responsabilidade civil do Estado por atos ilegais praticados por seus funcionários, desde que o preposto tenha agido dentro de suas funções, isto é, dentro da sua competência legal, subsistindo a ação regressiva do Estado contra o funcionário. (ob.cit. p.450)

Em outro caso, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela responsabilidade do Estado, afirmando que, diante do princípio da representação, que faz do fato do representante o fato de representado, a responsabilidade do Estado é fixada pelos atos de seus agentes quando estes, no exercício das funções, contraem obrigações ou violam direitos. Quando o agente exerceu atividades, como agente, nessa qualidade, isto é, não usou atribuição estranha ao cargo, nem usurpou faculdade que em caso nenhum lhe pertencia, mas procedeu de modo ilegal ou com excesso,

abuso, ou desvio de poder, continuou a ser representante do Estado, e, pois, acarretar indenizações. (R.F. 54:389, janeiro a junho de 1930)

Em vários outros casos foi discutido o problema da responsabilidade do Estado pelos danos provocados aos particulares.

Tivemos a Revolta da Armada, de 1910, quando marinheiros insubordinados apreendem barcos e causam prejuízos a particulares.

Por dois lados pode ser a questão considerada: atos praticados pelas forças do Governo, a fim de debelar a rebelião, e atos praticados pelos rebeldes.

Quanto ao primeiro aspecto, a Jurisprudência afirmou a responsabilidade ex vi legis, porque:

"nos casos de perigo iminente, como de guerra ou comoção, cessarão todas as formalidades e poder-se-á tomar posse do uso, quanto baste, reservados os direitos dos proprietários e interessados para serem deduzidos em tempo oportuno. A União Federal é responsável pelos danos causados em conseqüências da ocupação de propriedade particular para debelar revolta das suas forças armadas". (Revista do STF, Rio de Janeiro, 28:153-4, 1921, cf. Cretella, ob.cit. p.216)

Tratava-se de ação de indenização, pedindo ressarcimento pelos danos causados no edifício conventual do Mosteiro de São Bento, biblioteca e objetos, livros e quadros, quando o governo colocara a artilharia de bombardeio dentro do edifício dos religiosos, para reprimir a sublevação que houvera na época

no scout Rio Grande do Sul e no Batalhão Naval, na Baía da Guanabara. Parece incontestável a obrigação da União de indenizar.

No segundo caso a hipótese é diferente, pois considera-se que os atos são praticados por rebeldes, contudo, sem a qualidade de agentes públicos. Na verdade, em novembro de 1910, marinheiros da Esquadra brasileira, revoltados com os poderes constituídos da República, o que constitui situação de guerra equiparada a caso de força maior, excludente, pois, de responsabilidade, apreenderam quatro barcos de uma Companhia.

Cabe aqui dois questionamentos: Seria de se responsabilizar a União por culpa in eligendo, considerando-se que admitiu no seu quadro de pessoal, agentes públicos que vieram, mais tarde, trair a confiança da pessoa jurídica pública? Ou se adotaria o critério da força maior, excludente da responsabilidade estatal?

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela isenção do Estado que apenas responde por seus prepostos, nos seguintes termos:

"A apreensão de embarcações particulares, por parte de marinheiros em revolta contra os poderes constituídos da Nação, não obriga esta a indenização, pois no caso é inadmissível a aplicação das regras de direito civil relativas ao mandato e à gestão de negócios, porque os marinheiros de navios de guerra, tendo praticado crimes atentatórios à ordem geral e à existência do próprio Governo, estariam ainda que fossem funcionários públicos, fora dos limites das faculdades que lhes fossem atribuídos pelo mandato ou comissão e, portanto, sem a qualidade de agentes, prepostos ou mandatários do Estado". (Revista do STF, Rio de Janeiro, 28:132-3, cf. Cretella, ob.cit.p.216)

Em 1935, no Rio Grande do Norte, soldados da guarnição federal revoltaram-se, e promoveram não só saques, mas também, depredações. Os particulares prejudicados impetraram uma ação de perdas e danos contra a União, que a contestou alegando que o movimento lhe era estranho, e que era um ato de subversão. Cabia à polícia estadual, não a ela, manter a ordem. Só se ficasse provado que, fora solicitada e tivesse faltado a seus deveres quanto à manutenção da ordem e, além disso, os agentes não procederam na qualidade de seus representantes. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que: "a responsabilidade do Estado, por prejuízos causados a particulares, em casos de sedição, só se justifica mediante prova de falta de cumprimento de dever das autoridades públicas". (RDA 1 (2): 561, cf. Cretela, ob.cit. p. 217)

Outro caso interessante se deu em janeiro de 1912, quando a cidade de Salvador, na Bahia, foi bombardeada por ordem do Comandante da Região Militar, que cumpria determinações do poder central, no sentido de obrigar o Governador do Estado a obedecer ordem de habeas corpus, concedida pelo Juiz Federal a congressistas convocados pelo Presidente do Senado.

Dos danos causados a edifícios públicos e particulares surgiram várias providências, efetuadas em ações propostas contra a União Federal.

O julgado de maior importância foi o decidido na Ap. 4967, de 1927, em que o Tribunal adotando a doutrina da representação de Chironi, condenou o Estado à reparação, quando assim se pronunciou:

"É hoje um dogma jurídico a responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários, quando agem no exercício das respectivas funções, mesmo que não excedam os limites de ação legítima do poder, bastando que haja direitos individuais lesados. O funcionário é preposto do Estado que com ele se identifica pelo princípio da representação. Assim, não lesa simplesmente direitos individuais por meio de ações ilegais e exorbitantes, de seus representantes, como ainda exercitando atos de inteira legalidade. A negligência e a imprudência do funcionário são fatores ponderáveis na responsabilidade reparadora do Estado, desde que a lesão do direito objetivo esteja devidamente provada. A União é civilmente responsável pelos prejuízos decorrentes do bombardeio da Bahia, em 1912". (Revista do STF, Rio de Janeiro, 28:492-502, cf. Cretella, ob.cit. p. 218)

Não poderíamos deixar de mencionar a revolta contra o Presidente da República, em julho de 1924, por parte de diversos oficiais do Exército que dirigiram-se a São Paulo, e clandestinamente obtiveram a adesão de diversos corpos militares aquartelados no Estado bem como da Força Pública Local. Chocaram-se as forças legalistas da União e as forças revoltosas de várias procedências, advindo daí enormes prejuízos à particulares, causados pelas granadas e balas.

A Companhia Paulista de Alimentação, muitíssimo prejudicada pelo conflito interno, propõe ação ordinária contra a União Federal, responsabilizando-a pelos danos sofridos, a qual contesta alegando que "aos Estados e Municípios, e não a ela, cabe manter a ordem dentro de seus territórios, estando a cargo

daqueles a polícia repressiva (ou judiciária), e destes a polícia preventiva; que a União Federal, quando intervém nos Estados para auxiliá-los a manter a ordem, não pode ser responsável pelos gastos e prejuízos causados com esse serviço, os quais correm por conta dos Estados, exclusivamente".

Julgando a AC. 6.447, em 20 de junho de 1934, o Supremo Tribunal Federal isenta a União, porque, "segundo a lição dos juristas os danos causados pelos revoltosos ou na luta com eles travada devem ser pagos por estes, ou então, considerados como de força maior". (AJ, Rio de Janeiro, 34:527, abril/maio / junho, 1939, cf. Cretella, p. 219)

Referindo-se à primeira revolução constitucionalista, JOSÉ A. DIAS diz que: "Quase em termos amplos predominou, uma relação aos danos originados da revolução de 1930, a tese favorável ao lesado", concluindo ele que, da análise dos julgados, prevalece entre nós a teoria da culpa, não se encontrando nenhuma construção segura de que alguma vez tenha prevalecido a teoria do risco, a não ser em votos mais recentes, em São Paulo, e no Supremo Tribunal Federal. (Da Responsabilidade Civil, vol.2, 1983, pp. 629-630)

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 08 de junho de 1943 que "ao Estado cabe velar pela regularidade dos serviços públicos, respondendo pelos resultados do seu mau funcionamento" (STF, RDA, 20:45, abril/junho, 1950). Tratava-se do movimento revolucionário paulista de 1930, quando militares revoltosos instalaram aparelhos bélicos e explosivos num prédio na cidade de Porto Novo do Cunha, o que provocou mais tarde violenta explosão que matou dezenas de pessoas e produziu danos em vários edifícios. A Fazenda contestou as ações movidas contra

o Estado, alegando que os revolucionários não eram agentes seus e que, inclusive, hostilizavam o poder constituído.

Contudo, o Poder Judiciário deu ganho de causa aos demandantes, observando que agiam no desempenho de função militar, embora anômala, ou seja, o S.T.F. mostrou que a jurisprudência vem ampliando o conceito de responsabilidade.

Já, em 1932, instalou-se em São Paulo um Governo de fato, como consequência da denominada Revolução Constitucionalista, que eclodiu nessa unidade da Federação. Nessa época a Administração do Estado foi entregue a Governo aclamado por suas forças armadas, pelos representantes de todas as classes sociais, inclusive pelo Poder Judiciário, por associações de classe, pelos diretores das correntes políticas e pelo povo. Era um Governo de fato, mas consagrado pelo consenso de todos. Assim, administrativa e politicamente organizado, o Estado continuou a existir, sem sofrer solução de continuidade.

Surgiram, nestas condições, inúmeros problemas no sentido de responsabilizar o Estado por danos ocorridos naquele período. Um dos casos se referia a ato praticado pelo então comandante militar da praça de Santos, que retivera um barco imobilizando-o no porto durante os longos dias da revolução. (R.F., 67: 728-9, 1936)

Propôs ação contra o Estado pelos prejuízos sofridos, a empresa particular proprietária do barco, não tendo obtido êxito, nem em primeira nem em segunda instância. Não cabe ao Estado ressarcir os danos ocasionados, reiterou o T.J. de São Paulo, confirmando a decisão de primeiro grau, visto que o Comandante não era preposto do Governo revolucionário. O movimento não era exclusivo de uma unidade da Federação, tendo dele

participado outros Estados, além de unidades do Exército. Além do mais, a retenção de um navio, no porto, mesmo em períodos normais, constitui um dos riscos na navegação, ônus que ficará a cargo do proprietário.

Na mesma ocasião, em diversos bairros da Capital do Estado de São Paulo e em várias cidades do interior, houve distúrbios, depredações, invasões de propriedade, levados a efeito em nome da Revolução.

Em vários julgados, o Tribunal de São Paulo isentou o Estado da reparação dos danos praticados pelos soldados integrantes dos batalhões constitucionalistas, mostrando que:

"o Governo que se formou em São Paulo no início da Revolução de 1932, foi um Governo de fato aclamado pelas forças insurrectas e pelo povo; um governo ilegítimo, dado ao fracasso do movimento, cujos ideais simbolizou. Esse Governo teve, é certo, algumas peculiaridades que, no campo administrativo e legislativo, o assemelhavam a poder de direito. Seus atos, em tal esfera, foram respeitados pelo Governo que o vencedor, em seguida, houve por bem dar ao Estado". (T.J.S.P. RT 128:528, novembro, 1940)

"Os contingentes armados, que se empenharam na revolução, não representavam o Estado, nem o Governo existente. Pelos atos de guerra que praticaram, não é responsável o Estado de São Paulo, uma vez que eles, legitimamente não eram seus representantes". (TJSP, RT, 128:528, novembro, 1940)

"Os voluntários que, fora de suas funções, praticam depredações durante o decurso de operações resultantes de movimento revolucionário, não responsabilizam o Estado pela indenização dos danos causados". (TJSP, RT, 128:529, novembro, 1940)

Segundo as lições de CRETELLA (ob.cit.p.223 e segts) veremos como, no Brasil, todas as teorias construídas, na doutrina universal, sobre a responsabilidade pública, foram invocadas como razão de decidir, não em ordem cronológica, na medida em que foram surgindo, mas de acordo com a posição jurídico-filosófica do julgador do momento, tendo ocorrido, num dado julgado, praticamente, de modo simultâneo, a convergência das várias teorias.

Procuraremos selecionar as mais significativas decisões dos Tribunais brasileiros, agrupadas por assunto colocando os julgados, em parágrafos, sob denominadores comuns.

Poder de polícia - Os agentes policiais são agentes públicos. A polícia, quer judiciária, quer administrativa, faz sentir sua ação por intermédio de pessoas físicas - os agentes públicos -, que se utilizam inclusive da força organizada de que dispõem para que as determinações legais sejam cumpridas.

Abre-se aqui extraordinário campo para o estudo da responsabilidade civil do Estado, em consequência dos danos causados aos particulares, em decorrência de atos prejudiciais dos agentes públicos, na concretização do poder de polícia de que dispõem.

Reprimindo manifestações do pensamento, reuniões, movimentos multitudinários, invasões da propriedade; procedendo a requisições, desapropriações, ocupações; intervindo no setor

sanitário, no trânsito, nos costumes, no comércio, nos gêneros alimentícios, na guarda das coisas e animais, o poder de polícia, mediante providência de seus agentes, pode causar danos aos administrados, de maneira direta ou indireta.

Portanto, é o exercício do poder de polícia, operação material que empenha a responsabilidade do Estado, mediante a ação concreta dos agentes da polícia administrativa, interferindo, a priori; ou da polícia judiciária, interferindo a posteriori.

Movimentos Multitudinários - são deslocamentos de povos ou de parte da população, como consequência de fatos sociais, políticos ou econômicos que ocorrem num dado momento histórico.

Os chamados movimentos multitudinários provocam a intervenção dos agentes policiais encarregados da manutenção da ordem pública, no exercício legítimo do poder de polícia de que são detentores, já que cabe ao Estado a garantia da propriedade particular e a integridade física do cidadão, devendo empenhar-se nisso do melhor modo possível.

A força policial pode, relativamente aos movimentos multitudinários, conservar-se omissa ou agir. Da ação policial podem decorrer danos e da omissão também. Agindo ou omitindo-se, o agente público policial pode causar prejuízos ao administrado e à própria Administração.

Os movimentos multitudinários, motins populares ou movimentos de massa, nas praças públicas e nas ruas, tem consequências imprevisíveis. Sabe-se como principiam. Não se pode prever como terminam.

Empastelamentos de jornais, revistas e emissoras de rádio e televisão são frequentes. O furor multitudinário é de

tal violência que os agentes policiais deixam de agir, movidos pela prudência, do contrário haveria verdadeiro massacre popular.

Os exemplos são frequentíssimos. Em outubro de 1930, um jornal da Bahia é empastelado pela multidão. Pedem-se garantias. A força policial comparece, mas assiste impassível à depredação sem nada poder fazer.

A omissão, embora justificada dos agentes encarregados de manter a ordem pública, tornou o Estado responsável pelos danos, decidindo a Justiça que "a tendência não só doutrinária como jurisprudencial é situar o problema da responsabilidade civil do Estado, no campo do direito público, fora do conceito civilístico da culpa" (Acórdão de 3.1.46, do STF, em RDA, 10:41, dezembro, 1947)

Durante a Revolução de 1930, foi julgado um caso em que se condenou a União Federal por danos verificados em decorrência de movimento de massa, por falta de garantia e assistência policial aos particulares. (Acórdão de 3.5.45, do STF, RDA 5:155, julho, 1946)

Em consequência também de movimentos multitudinários, verificados em Niterói, houve o seguinte:

"manifestações de populares em protesto contra a deficiência dos serviços do transporte marítimo na Guanabara, agravada pela greve dos empregados da empresa que os explorava e que degeneraram em depredações, incêndios e saques, que não teriam chegado ao ponto em que chegaram se imediatamente o Governo tivesse tomado as medidas enérgicas que a situação exigia. Tal a omissão da polícia que muitos se convenceram de que a ordem partira do

governador. Depois que os acontecimentos cresceram de modo assustador, dando a impressão de que não poderiam mais ser controlados, o Governo tomou providências que poderia ter sido tomada desde o início: requisitou o auxílio de tropas federais, sediadas em cidade vizinha". (TJRJ, RDA, 85:211, julho/setembro, 1966)

Como diz a ementa do acórdão, "O Estado responde civilmente pelos danos causados ao patrimônio particular pela multidão" (Acórdão de 17.8.64, do TJRJ, RDA, 85:210, julho/setembro, 1966)

"O Estado responde pelos danos causados aos particulares pelos movimentos multitudinários, contra os quais lhe cabe o dever de garantir a propriedade privada". (STF, RF, 107:275, setembro, 1946)

"O Estado, e não a União, responde pelos danos causados por movimento multitudinário, verificado com dano à propriedade alheia em período de estado de guerra, não valendo, em contrário, a circunstância de estar o país sob domínio discricionário". (STF, RF, 127:456, cf. Cretella, ob.cit. p.227)

Um tanto recente é o caso do operário que participara do movimento grevista, em praça pública de Belo Horizonte, em agosto de 1979, quando foi atingido por golpes de cassetete, desferidos por policiais encarregados da manutenção da ordem pública e que, para tal dispersavam os populares aglomerados, o que provocou, no operário, ferimentos graves, inclusive fratura do crânio, o que lhe causou a morte.

A família da vítima, com fundamento no art. 107 da

Emenda Constitucional de 1969 e no art. 15 do Código Civil, ingressou em Juízo, pleiteando reparação civil de perdas e danos, constante de danos emergentes, lucros cessantes, pelo período em que perdurar a responsabilidade da manutenção da família, enquanto viver a esposa, e os filhos não atingirem a maioridade.

Como vimos, responde o Estado pelos excessos cometidos, em casos de movimentos multitudinários, o que ocorre quando a repressão ultrapassa certos limites.

Polícia Sanitária - O exercício do poder de polícia, reflete-se de modo bem patente no setor da polícia sanitária.

O poder de polícia se faz sentir não apenas sobre as coisas, sobre a propriedade privada; estende também a sua ação sobre as pessoas, limitando-lhes a liberdade por motivos de saúde pública. Chama-se polícia sanitária toda e qualquer limitação que se impõe à liberdade humana, por motivo de saúde pública. A restrição recai, quer diretamente sobre a liberdade humana, em qualquer dos seus aspectos, inclusive o da manifestação do pensamento, que poderia alarmar toda uma população, ou o direito de ir e vir, como nos casos de isolamentos, pessoais ou coletivos, quer indiretamente, atingindo o direito do homem sobre seus bens, quando estes poderiam ser nefastos para a comunidade, caso em que precisam ser destruídos.

Em todos esses casos, a ação do poder de polícia, concretizada na força policial, é inequívoca, incidindo ou sobre o homem ou sobre o que lhe pertence, em ambos os casos, porém pairando como princípio informativo a proteção ao interesse coletivo, um dos seus mais sagrados aspectos, qual seja, o da preservação da saúde coletiva mediante procedimento de ordem individual ou moral. A ação da polícia, fundamentada no respectivo poder de polícia, pode ultrapassar determinados limites, ocasião

em que se apresenta o problema da responsabilidade civil do Estado, em decorrência de danos causados pela ultrapassagem das barreiras legais do poder de polícia.

Assim, o Estado responde civilmente pelos excessos cometidos, como quando a repressão policial transpõe determinados limites, como aconteceu no caso concreto do lançamento de gases lacrimogênicos sobre populares, antes reunidas em praça pública, mas logo pacificamente refugiados em estabelecimento comercial, o que produziu cegueira num dos cidadãos, que moveu ação contra o Estado, tendo obtido ganho de causa (TJSP, RF, 68:553, cf. Cretella, p.231)

Como se observa, no campo da polícia sanitária, a inobservância dos justos limites da intervenção fiscalizadora pode levar à arbitrariedade, traduzida em prejuízo a particular, como no caso concreto de proprietário de casa de carnes, intimado a fechar as portas do estabelecimento pelo Chefe do Executivo Municipal, sob o fundamento de que sua mulher era leprosa, o que foi posteriormente desmentido, tendo sido o poder público responsabilizado, pelos enormes prejuízos causados com o fechamento do negócio por prolongado tempo, de nada valendo autorização para reabertura, porque os danos já haviam ocorrido (TJMG, RF, 59:22, julho/dezembro, 1932).

O poder público tem o dever de zelar pela saúde da população, sem ficar restrita sua atuação, aos limites assinalados pelo poder de polícia, pois aquela é um dos segmentos da função social do Estado contemporâneo.

Omissão da polícia - Assim como o poder de polícia, inagendo, pode ultrapassar certos limites e causar danos, empenhando a responsabilidade do Estado, assim também, inomittendo, o

mesmo poder de polícia pode causar danos à população, deixando de agir, apropriadamente, quando sua ação for necessária.

Assim, certa ocasião, réu preso e recolhido à cadeia pública Municipal é assassinado em circunstâncias dramáticas por irmão da vítima que iludira a vigilância dos agentes policiais e ali penetrara, levando a efeito o crime. Decidiu o Tribunal ressaltando que o Estado responde pelo fato danoso, ocorrido por omissão do agente encarregado de vigiar. É a culpa in vigilando ou in omittendo, traduzida pela vigilância dos guardas (Acórdão de 20.5.1936, do TAp MG, 67:743, 1936)

Responde o Estado pela inércia, do que resultou a morte de menor que se encontrava sob custódia no recolhimento de menores, ali assassinado por outros menores. A indenização correspondente é devida até que a vítima atinja 25 anos, data em que, provavelmente se casaria, deixando de prestar auxílio em casa. (TJSP, RT, 464:98, junho, 1974)

Exercita-se a vigilância pelo ver e ouvir. Pela verificação constante pode-se, entretanto, ver e ouvir, mas não interferir. Omissão é não-intervenção, sabendo. Nos casos dos movimentos multitudinários ocorre, algumas vezes, a culpa in vigilando, outras vezes, a culpa in omittendo. Na polícia sanitária, pode ocorrer a culpa in vigilando, ou a culpa in agendo ou a culpa in omittendo.

Se o poder público fica totalmente alheio ao movimento, nas hipóteses de comoção interna, ou às providências que deveria tomar, nos casos de polícia sanitária, incorre em responsabilidade pela culpa in vigilando; se chega, mas não interfere, poderá ser acusado de culpa in omittendo.

Obras públicas - Comuns como tantos outros são os prejuízos causados por obras públicas, gerando para o Estado o mesmo tipo de responsabilidade objetiva que ocorre em razão do desempenho dos serviços públicos.

A responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da própria obra é sempre do poder público que lhe determinou a realização. Para efeito indenizatório não se indaga da culpa da Administração. O poder público, coordenador da obra, responde objetivamente, mesmo na hipótese em que confiou o trabalho a empreiteiros particulares (TJSP, RT, 142:612, Março, 1943). Se, no entanto, o empreiteiro particular causa danos por imprudência, imperícia ou negligência, o Estado é irresponsável; o empreiteiro é que responde pelos efeitos de seus atos lesivos.

Alargamento de ruas, avenidas, cavando túneis, providenciando a abertura de galerias de águas pluviais, derrubando prédios, destruindo morros, removendo terra, realizando trabalhos de terraplanagem, o fato da obra pode causar danos aos particulares, surgindo o problema da responsabilidade da Administração, que ordenou os serviços. Tais danos, porém, podem decorrer não de fatos da obra, mas de atos ou trabalhos de empreiteiro, o que isenta a Administração, mas gera a responsabilidade do particular empreiteiro pelos danos causados.

Um prédio modesto, mas em boas condições de conservação e sem defeito algum, veio a apresentar rachaduras e sérios danos, em decorrência da abertura de uma galeria de águas pluviais.

O prédio ficou a ponto de desabar, motivo pelo qual o proprietário move ação de responsabilidade por perdas e danos contra a municipalidade, alegando faltas pessoais de seus

prepostos, bem como imprevisão e imprudência da alta Administração, que deixara de fiscalizar devidamente o serviço. O poder público municipal contesta, afirmando que as obras eram indispensáveis, que favoreciam a toda a coletividade e que o sacrifício de um se impunha diante do benefício de todos. O Poder Judiciário decidiu, entretanto, a favor do particular, mostrando que "O nosso direito se libertou do critério da culpa subjetiva para esposar o da culpa objetiva, no qual se cogita apenas da causalidade do ato praticado pela Administração pública". (TJSP, RDA, 40:337, abril/junho, 1955)

As vias públicas devem oferecer o máximo de segurança: ruas e vias de acesso de qualquer tipo, como pontes, viadutos. As obras públicas realizam-se ou para abrir, ou para conservar as vias públicas. Caso típico de omissão do Estado, empenhando responsabilidade patrimonial do poder público, é o que se refere, portanto, à segurança das vias públicas, bens de uso comum do povo, cujo poder de polícia está a cargo da pessoa jurídica de direito público, responsável pelo bom estado desses logradouros.

Realizando obras públicas, o Estado providenciará para que nenhum dano ocorra aos transeuntes e veículos. Se existem valas, buracos, estragos oferecendo perigo, o Estado não pode omitir-se, mas deverá reparar aos danos, ou deverá colocar sinalizadoras do perigo. Se não o fizer, omitiu-se e, qualquer dano que daí resulte, dará margem à reparação civil. Nesse sentido foi condenada a Administração Gaúcha a pagar os danos causados a proprietário de automóvel que caíra numa depressão do terreno, proveniente de conserto de calçada feito pela Prefeitura, desprovida da obrigatória sinalização. (TJRS, RDA ,

13:135, julho/setembro, 1948). Sem prova de omissão, de descaso, o poder público não responde. Provada, entretanto, a omissão, o poder público responde por culpa "in omittendo".

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão de maio de 1951, decidiu que: "o Município responde por dano decorrente de ponte em ruína, existente em estrada pública, aberta ao tráfego". Avisada do estado das vigas, a municipalidade omitira-se, do que ocorreu a queda da ponte, quando por ela passava caminhão que despencou no rio, esfacelando-se. (TJMG, RDA, 31:289, cf. Cretella, ob.cit. p.237). Omissão do poder público, portanto, na conservação de obra pública, ocasionando danos, originou o pronunciamento acertado do Tribunal de Minas Gerais, condenando o Estado à reparação civil, em pedido de ressarcimento dos prejuízos daí decorrentes.

Enfim, os mais significativos casos referentes a danos causados por obras públicas, estão resumidos nas seguintes ementas:

"O Estado responde civilmente, em certos casos, em virtude de danos causados pelas obras públicas" (TJSP, RDA, 13:133, julho/setembro, 1948). Em se tratando de via pública, bem de uso comum do povo, cujo poder de polícia compete à pessoa de direito público, no caso a Prefeitura Municipal, é de presumir-se que toda obra nela realizada pertence a esta; qualquer dano que, por negligência sua, daí resulte a alguém, dá margem à reparação civil". (TJRS, RDA, 13:135, julho/setembro, 1948). "Responde a municipalidade por dano decorrente de canalização de córrego. A construtora só é responsável, quando tenha agido com culpa na execução dos trabalhos". (TJSP,

RDP, 24:198, abril/junho, 1973). "A ausência de sinal de advertência empenha a responsabilidade civil do Estado por danos a terceiros". (TJDI, RDA, 63:161, janeiro/março, 1961). "A responsabilidade da Administração pelos danos causados por obra pública independe de prova de culpa, bastando a existência do nexo causal" (TJSP, RDA, 87:221, janeiro/março, 1967). "A responsabilidade civil por danos causados por obra pública ao particular rege-se por princípios diversos dos que regulam a composição das lesões de vizinhanças entre particulares, porque essas relações não se aplicam à Administração pública" (TJSP, RF, 216-172, outubro/novembro/dezembro, 1966).

Veículos públicos - Os acidentes causados por veículos civis ou militares, do serviço público, bem como automóveis, trens ou aviões, empenham a responsabilidade do poder público.

A não ser em casos raros, de culpa da vítima ou de falha inesperada da máquina, o acidente ocasionado pelos veículos públicos se reduz à culpa do agente público. Não obstante haja uma ou outra decisão em contrário, isentando o Estado da obrigação de indenizar, a regra é no sentido de responsabilizar o poder público, patrimonialmente, pelos danos causados por veículos do serviço a particulares (STF, RTJ, 38:155; RDA, 9.133, cf. Cretella, ob.cit. p.240).

Se motorista de carro oficial empresta a outrem, por iniciativa própria, veículos do Estado, sem a devida permissão do órgão competente, seu superior, a responsabilidade continua a ser do Estado, em caso de acidente, gerador de dano, porque "o indivíduo que age como órgão do Estado pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autoriza a fazer. Na ausência de

permissão legal para o empréstimo, é de se presumir que o veículo, quando do acidente, estivesse sendo dirigido por um representante da Administração, o que acarreta a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros". (STF, RDA, 123:266, janeiro/março, 1976).

"Fato das coisas" - No campo de direito administrativo, os danos são causados ou por "fatos da natureza", ou por "fatos das coisas", fabricadas pelo homem, ou por "atos dos homens".

Denominam-se coisas, para efeitos da responsabilidade administrativa, todos os objetos, móveis ou imóveis, naturais ou artificiais, que se vinculam às pessoas jurídicas de direito público e que se confiam à guarda dos agentes públicos.

As coisas dividem-se em imóveis (edifícios, vias, pontes, viadutos) e móveis (veículos, máquinas, guindastes, substâncias, engenhos).

A divisão é relevante para efeitos de guarda ou fiscalização, o que vai empenhar ou não a responsabilidade da pessoa jurídica pública a que se vincula o agente. A custódia da coisa varia na razão direta da periculosidade, ligando-se à idéia da culpa in - vigilando.

Ora acionados pelos agentes públicos, ora negligenciadas por aqueles que tinham a seu cargo o dever de guarda, as coisas produzem efeitos danosos por ação ou por omissão, incluindo-se, entre outras, exemplificativamente, os veículos (automóveis, ambulâncias, caminhões, motoniveladoras, guindastes, tanques, carros de assalto, motocicletas, barcos, aviões, helicópteros), as armas (revólveres, baionetas, fuzís, metralhadoras, morteiros, canhões, bazucas), engenhos de guerra (petardos, granadas, bombas), máquinas fixas ao solo (prensas, rolos,

teares, guilhotinas para papel), substâncias venenosas (tóxicos, gases).

Em caso típico de dano ocorrido pelo "fato das coisas" empenhando a responsabilidade civil da União, obrigada pelo Poder Judiciário a reparar os prejuízos causados, em decorrência de granada abandonada que explodia, ilustra o assunto do qual estamos tratando.

Não foi possível apurar, no caso, culpa do agente público, o qual não foi identificado. O pai do menor, entretanto, na qualidade de representante legal do filho, propôs ação ordinária por perdas e danos contra a União Federal, alegando que:

no dia 9 de julho de 1954, quando seu filho brincava em companhia de outros menores no terreno baldio existente nos fundos do prédio da Rua Piracaiá, nº 178, em Marechal Hermes, ocorreu a explosão de um petardo, causando a morte imediata de duas crianças e graves ferimentos nos demais, o que determinou, para o filho do autor, a amputação parcial de ambas as pernas; que a União, cabe a responsabilidade civil pela ocorrência porque em se tratando de engenho de guerra, deveria mantê-lo sob completa vigilância; que, em decorrência de culpa in vigilando dos prepostos da União, deverá ser condenada esta a proporcionar ao filho do autor, indenização que se componha com lucros cessantes, danos emergentes, tratamento médico-hospitalar e reparação pela deformidade, além da satisfação de custas, juros de mora e honorários de advogado". (RDA, 77:269, julho/setembro, 1946)

A União contestou a ação por não ter sido comprovada nos autos a origem do petardo, que ali poderia ter sido abando

nado por particulares. Os autores sustentaram com base em laudo de peritos, que a granada era nada mais que mina terrestre, an tintanque, com pintura verde-oliva, de propriedade do Estado e do uso exclusivamente militar.

Julgado o caso em todas as instâncias, o Tribunal Fede ral de Recursos julgou procedente a ação de indenização, conde nando a ré a pagar ao menor acidentado determinada pensão men sal, devendo inscrevê-la para tanto nas folhas de pagamento da União, se não desejar, na forma dos arts. 911 e 912 do Código de Processo Civil de 1939, então vigente, garantida por meio de tipo de dívida pública federal, a serem individuados em número e espécie, na execução, operando-se, nesse caso, a reversão do capital a seu patrimônio após o falecimento da vítima. Condenou também ao pagamento das pensões vencidas desde o dia em que o acidentado completou 14 anos, na forma do laudo do perito, con denando a ré ao pagamento de determinada importância para a aquisição e conservação de dois aparelhos ortopédicos, devendo esta última quantia ser paga quinzenalmente, sendo a primeira, na data da apelação da sentença.

Lembra CIRNE LIMA, que no direito positivo Brasileiro, as disposições do Código Civil, arts. 1527 (animais) e 1528 (edifícios ou construções), também se aplicam ao direito admi nistrativo, na parte que estamos abordando, da responsabilidade civil "por parte das coisas", quando se trata de jardins zooló gicos, mantidos pelo Estado, e de prédios públicos. (Princípios de direito administrativo, 1982, p.203).

Inundações - Como vimos no ítem anterior, inundações ou enchentes ocasionam não raro prejuízos a casas particulares

e a estabelecimentos comerciais, o que tem sido levado a juízo pelos proprietários prejudicados, que propõem ações contra o Estado sob diversos fundamentos.

As vezes são rios que transbordam, inundando casas dos proprietários ribeirinhos, outras vezes, são enchentes que danificam edifícios pela deficiência de escoadouros e galerias pluviais, cuja precária vasão impede o rápido escoamento das águas.

A Prefeitura de São Paulo foi condenada a indenizar munícipe, em decorrência de prejuízos sofridos com a inundação de sua residência, conforme esclarece o Professor CRETELLA JÚNIOR na sua obra "O Estado e a obrigação de indenizar", sobre o que já nos referimos às fls. 180 e 181 desta dissertação.

Segundo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo "A responsabilidade civil do poder público, perante os particulares, por inundações ocorridas pelo mau funcionamento dos serviços públicos é integral e não parcial, ainda que outros fatores atribuíveis a terceiros, ou a caso fortuito, concorram para o evento danoso". (TJSP, RDP, 12:214, abril/junho, 1970)

Este assunto sobre responsabilidade do Estado por danos causados por eventos naturais adversos, será tratado, isoladamente, mais adiante.

Mortes em prisões - Pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos.

Como já foi visto, a polícia pode agir ou deixar de agir ocorrendo danos da ação ou omissão, aos recolhidos em estabelecimentos sob a guarda do Estado.

Inúmeros casos de presos políticos, feridos ou mortos, em dependências sob a guarda do Estado, motivaram, até não há tanto tempo ações de indenização contra a União Federal, encarregada da manutenção da ordem, como também responsável pelos presos colocados sob sua tutela.

Na capital do Estado de São Paulo, em 25 de outubro de 1975, no Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército, ocorreu a morte do Jornalista WLADIMIR HERZOG, encontrado morto na sala em que se encontrava para interrogatório, levantando-se a dúvida se teria cometido suicídio ou se falecera em decorrência de causa estranha à sua vontade.

A família propõe ação declaratória contra a União Federal para que, com base no art. 4º, I, do Código de Processo Civil, fosse declarada, pelo Poder Judiciário, a existência de relação jurídica entre os autores e a pessoa jurídica pública política federal, consistente na obrigação desta de indenizar aqueles (a esposa e os dois filhos da vítima) pelos danos materiais e morais decorrentes da morte do jornalista, tendo o juiz federal, em sentença prolatada em outubro de 1978, dado ganho de causa aos autores.

Cumprе observar, no caso, que a causa da morte é irrelevante para fins de responsabilidade civil do Estado, pois, pela teoria objetiva ou teoria do risco integral, acolhida hoje no direito brasileiro, quer o preso tenha sido morto, quer tenha cometido suicídio, espontaneamente ou motivado, a pessoa jurídica pública responde pela morte, no mínimo por culpa in

vigilando, aplicando-se, no caso, o art. 107 da Constituição de 1969.

Demissão ilegal - O erro administrativo pode conduzir à demissão ilegal, discutindo-se na hipótese, a reparação pecuniária, em decorrência do funcionário público, ilegalmente demitido e depois reintegrado por sentença judicial, conforme o que dispõem os Estatutos do funcionalismo, nas três esferas.

O que interessa ao recorrente é obter a reintegração efetiva da ordem jurídica violada, mediante a reconstituição da situação que existiria, se o ato ilegal não tivesse sido praticado.

10. A REPARAÇÃO DO DANO

Inicialmente, diríamos que, tanto a Constituição Política do Império art. 179 n. 29, como a primeira Constituição Republicana, de 1891 (art. 82), estabeleceram que os funcionários públicos responderiam estritamente por abusos e omissões no exercício do cargo ou função, e pela indulgência ou negligência na apreciação dos atos dos inferiores hierárquicos.

Segundo os ensinamentos de PIMENTA BUENO, é princípio fundamental que os empregados públicos sejam estabelecidos no interesse do serviço social, e não no seu interesse individual, para manter os direitos dos cidadãos, fazer-lhes justiça, promover os interesses e o bem-estar da associação.

Para PIMENTA BUENO, todo emprego supõe regras de seu exercício e obrigações a satisfazer; é, pois, de razão e de dever cumprí-las; essa é também a exigência da própria honra e moralidade do funcionário. Não há corrupção mais detestável do que a dos delegados do poder público. Ela prejudica o poder, demoraliza a sociedade, inverte em prejuízo o instrumento que fora estabelecido para ser útil e protetor. A responsabilidade dos agentes do poder constitui, pois, uma das condições e necessidades essenciais da ordem e liberdade pública, uma das garantias indispensáveis dos governos constitucionais.

Para o referido autor, se, pois, não obstante estes justos fundamentos, o funcionário público, violando a lei e os seus deveres morais, converte o emprego em meio de interesse pessoal, ou instrumento de suas paixões, não só o cidadão injus

tamente lesado deve ter o direito de promover sua responsabilidade, mas os seus próprios superiores estão na obrigação de provocá-la, ou fazê-la efetiva. (Pimenta Bueno, Direito público brasileiro, 2a. parte, 1857, pp. 437-8).

PEDRO LESSA coloca que nos primeiros tempos, os julgados condenam o funcionário, seguindo à letra no disposto nos textos constitucionais, mas a orientação é alterada mais tarde, "pagando o Estado a indenização do dano, e punindo os agentes que tiverem procedido culposamente e condenando-os por seu turno à reparação devida ao mesmo Estado". (Pedro Lessa, Do Poder Judiciário", 1915, pp.166-7).

Lembrando o princípio da solidariedade, já visto anteriormente, antes da Segunda Constituição Republicana, o Decreto nº 24.216, de 9 de maio de 1934, art. 1º determinava que a União fosse excluída da responsabilidade civil, em decorrência de atos criminosos de seus representantes, prepostos ou funcionários, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de serviços públicos federais, salvo se neles forem mantidos após a verificação do prejuízo, mas, um mês depois a Constituição Federal de 16 de junho de 1934 revogava o preceito do decreto, preceituando a responsabilidade solidária do funcionário com a Fazenda Pública, conforme o artigo 171.

A Carta de 10 de novembro de 1937 consagrou no artigo 158, no mesmo sentido, o princípio da solidariedade, mediante o qual respondiam solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, os funcionários públicos, em decorrência dos prejuízos que causassem ao administrado por negligência, omissão ou abuso no exercício dos respectivos cargos.

O particular, atingido no patrimônio por ato ou omis-

são do funcionário público, no regime de 1934 ou de 1937, propunha ação de perdas e danos contra o Estado, sendo citado, como litisconsorte necessário e passivo, o agente, causador do dano.

Executada a sentença contra o Estado, promovia este, de imediato, execução contra o funcionário culpado.

O interesse do Estado, em primeiro lugar: ocorria litisconsórcio necessário, bem como solidariedade e extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal ou contra outra pessoa jurídica de direito público interno.

Perante terceiros, o Estado responde solidariamente, com o empreiteiro, pelos danos causados na execução de obra pública por empreitada (STF, RDA, 136:161).

A reparação do dano causado pela Administração a terceiros se obtém amigavelmente, por meio da ação de indenização e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado, para haver dele o dispendido, através da ação regressiva autorizada pelo parágrafo único, do artigo 107 da Constituição Federal vigente.

Então vejamos:

10.1 - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

Tomaremos por base o que nos ensina o mestre HELLY LOPES MEIRELLES em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, 1983, pp. 546-8

Segundo ele, a ação de indenização da vítima deve ser

ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda.

O lesado por ato da Administração, nada tem a ver com o funcionário causador do dano, visto que o seu direito, constitucionalmente reconhecido (art. 107), é o de ser reparado pela pessoa jurídica, e não pelo agente direto da lesão.

Por outro lado, o servidor culpado não está na obrigação de reparar o dano à vítima, visto que só responde pelo seu ato ou por sua omissão perante a Administração a que serve, e só em ação regressiva poderá ser responsabilizado civilmente.

O funcionário não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, mas pode, voluntariamente, intervir como assistente da Administração. O legislador constituinte separou bem as responsabilidades; o Estado indeniza a vítima; o funcionário indeniza o Estado pela regressividade.

Sem explicação, o novo Código de Processo Civil determina a denunciação da lide "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda". (art. 70, III), sem excepcionar expressamente desse chamamento o funcionário causador do dano.

Neste sentido diz HELLY LOPES MEIRELLES o seguinte:

"Mas é intuitivo que esse dispositivo não alcança os servidores públicos, nas ações indenizatórias movidas contra a Administração, já porque a norma processual não pode contrariar a Constituição que estabelece a responsabilidade exclusiva e objetiva da Administração perante a vítima; já porque o agente causador do dano não pode ser compeli

do a discutir culpa nesta ação; já porque o autor não pode ser obrigado a litigar com o funcionário que a Constituição exclui da demanda. Por todos esses fundamentos, é inaplicável a denúncia da lide pela Administração a seus servidores, ou mesmo a citação direta pela vítima". (ob. cit. pp. 546/47).

Leciona o mestre HELLY que para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização.

E que, a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, e que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária, e juros de mora se houver atraso no pagamento. A liquidação desses prejuízos é feita de acordo com os preceitos comuns (Código Civil, arts. 1.059 a 1.064 e Código de Processo Civil, arts. 603 a 611). Uma vez liquidado os danos ou fixados na própria sentença condenatória - o que é sempre conveniente para evitar as delongas da execução - segue-se a requisição do paga-

mento devido pela Fazenda Pública, na forma preceituada pelo art. 117, da Constituição da República e arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil. O não atendimento dessa requisição, autoriza o seqüestro da quantia necessária depois de ouvido o Chefe do Ministério Público e, se frustrada essa providência, o caso será de intervenção federal na entidade devedora, por descumprimento da ordem ou decisão judicial, nos expressos termos dos arts. 10, VI; 15 § 3º, d; e 117, § 2º da Constituição Federal.

E, se não houver verba para o cumprimento da condenação, a autoridade competente do Executivo, ou o dirigente de autarquia deverá providenciar imediatamente a obtenção de crédito especial para o pagamento devido, sob pena de incidir pessoalmente no crime de desobediência à ordem legal (Código Penal, art. 330), sem prejuízo da providência constitucional.

A indenização por lesão pessoal e morte da vítima abrangerá o tratamento, o sepultamento, e a prestação alimentícia às pessoas a quem o falecido as devia, levada em conta a duração provável de sua vida (Código Civil, arts. 1537 e segs). Essa indenização, por se tratar de uma dívida de valor, admite reajustamento às condições atuais do custo de vida, dado o caráter alimentar que a preside, e assim têm decidido os tribunais em seus pronunciamentos, tal como ficou decidido na apelação civil 100.852, julgada em 11.11.1963, pela Sexta Câmara Civil do T.J.S.P. que: "As indenizações de caráter alimentar devem ser atualizadas de acordo com as variações do salário mínimo da região em que trabalhava a vítima". (T.J.S.P., R.T. 329/257, TASP, RT, 329/601).

A correção monetária é aplicável nas indenizações a cargo da Administração Pública, para integral reparação do dano.

Nem se compreenderia que a indenização, visando a uma restituo in integrum, deixasse o patrimônio da vítima desfalcado da parcela corroida pela desvalorização da moeda, no período que me-
deia entre o ato lesivo e o efetivo pagamento da condenação. Já
agora a Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, regulamentada pelo De-
creto 86.649, de 25 de novembro de 1981, tornou obrigatória a
correção monetária em todos os débitos fixados em decisão judi-
cial.

Os juros de mora, no pagamento da condenação da Fazen-
da Pública, fluem desde a data que a sentença fixar (lei nº.
4.414 de 24.9.1964). Não há confundir, no entanto, juros mora-
tórios comuns com juros da mora ex re, pois, estes, quando devi-
dos, conforme preceitua o art. 962 do Código Civil, fluem desde
a data do evento lesivo.

10.2 - AÇÃO REGRESSIVA

Ensina-nos JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que:

*"Direito de regresso ou direito regressivo é o poder - dever que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, decorrente do mau funciona-
mento do serviço público, por dolo ou culpa do agente". (O Estado e a obrigação de inde-
nizar, 1980 p. 340).*

Concretiza-se o direito de regresso, por meio da propo-
situra da denominada ação regressiva, ou seja, o direito subje-
tivo público do Estado de exigir do funcionário a devolução da

quantia que ele, Estado, pagou adiantadamente ao particular, em casos de responsabilidade civil, ocasionada por ato danoso do agente público, nas hipóteses de dolo ou culpa, conforme o que preceituam os dispositivos constitucionais e leis federais pertinentes.

O art. 113, § 14, da famosa Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, bem como o Código Civil (art. 15), a Constituição de 1946 (art. 194, parágrafo único), a Constituição de 1967 (art. 105 e parágrafo único) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 107 e parágrafo único) mencionam de maneira expressa o direito de regresso, que cabe ao Estado contra o funcionário causador do dano a terceiros (Código Civil), ora por culpa (Constituição de 1946), ora por culpa ou dolo (Constituição de 1967 e Emenda de 1969).

PONTES DE MIRANDA elucida que, pelo princípio da responsabilidade em ação regressiva, da última Constituição, a de 1946, em vez do princípio da solidariedade, das Constituições de 34 e 37, os interesse do Estado passaram à segundo plano - não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, ou contra outra pessoa jurídica de direito público interno. Há, apenas, o direito de regresso. (Comentários à Constituição de 1946, 2a. ed., 1953, v. 5, p. 263). O mesmo se pode dizer das Constituições de 1967 e de 1969, que adotaram, como a de 1946, o princípio da regressividade.

MATOS DE VASCONCELOS escreveu que:

"Infelizmente, não se tem levado a efeito esta ação como fora de esperar. Temos ciência,

apenas, da ação promovida pelo Ministério Público contra o ex-chefe de polícia do Distrito Federal, Marechal Fontoura, pela demissão ilegal de um comissário reintegrado, nada sabendo sobre a eficácia de seus resultados.

No dia em que tal reparação se der, os direitos individuais serão melhor respeitados e o Tesouro deixará de sofrer prejuízos, as mais das vezes, perfeitamente evitáveis. Por essa forma, não se verá a avalanche de créditos votados pelo Poder Legislativo para pagamento, por força de sentença judiciária, assecuratória de direitos violados e em boa hora reparados pela justiça. Personalize-se a culpa, faça-se por ela responder quem dela foi o causador e um novo estado de coisas se implantará com grande proveito para a moral pública". (Direito Administrativo, v. 2, pp. 510-11).

LUIZ M. CORREIA já em 1920 faz a seguinte observação:

"O que se faz preciso, inadiável, é tornar efetivo o direito regressivo, conferido ao Estado. Enquanto o patrimônio do administrador violento ou pouco escrupoloso não sofrer as consequências do seu ato lesivo do patrimônio alheio, se repetirão os motivos e os pretextos para as indenizações. Em alguns Estados, o erário público tem sido verdadeiramente agravado por efeito de fabulosas indenizações". (O Estado e a obrigação de indenizar, 1920, p. 56) Apud Cretella Júnior, ob. cit. p. 341).

Informa CRETELLA (ob. cit. p. 341) que PEDRO LESSA certa vez apresentou proposta de emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

"Sempre que for condenada a União, em consequência de ato ou falta de cumprimento de deveres do cargo de algum dos seus funcionários, constará no acórdão ordem expressa para se extraírem dos autos cópias das peças necessárias à instrução da ação, que será logo proposta para o fim de compelir o funcionário responsável ao ressarcimento do dano causado".

Defendendo sua emenda PEDRO LESSA, na sessão de 13 de junho de 1914, argumentou:

"Não compelir o funcionário público a ressarcir o dano causado à União, pelo seu procedimento doloso ou culposos, é desprezar o art. 82, da Constituição Federal de 1891, é transgredir-lo, transformá-lo em letra morta. Propor a ação de indenização contra o funcionário público que por seu abuso ou omissão deu origem à ação intentada contra a União é cumprir o art. 82 da Constituição". (conforme Luiz M. Correia, *O Estado e a obrigação de indenizar*, 1920, pp. 56-7).

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (ob. cit. p. 342) fala sobre a natureza da ação regressiva, e é dele que inferimos alguns ensinamentos a respeito. Vejamos, então, qual é a natureza da ação regressiva. É ação civil, ação direta, de objetivo patrimonial, que obedece ao rito ordinário prescrito no Código de Processo Civil, destinando-se a recompor o erário, desequilibrado, momentaneamente, com a quantia paga à vítima, em virtude de ato lesivo.

Nessas condições, transmite-se aos herdeiros e sucessores do funcionário culpado, podendo ser movida mesmo após a

cessação do exercício do cargo ou função, nos casos de demissão, exoneração, aposentadoria, disponibilidade, ou morte.

O titular do direito de ação regressiva é sempre o Estado, a pessoa jurídica pública à qual se acha vinculado o funcionário culpado. O sujeito passivo da ação regressiva é o funcionário, que agiu culposa ou dolosamente.

A relação jurídica, na ação regressiva, estabelece-se entre o Estado e o servidor culpado, únicas partes integrantes do vínculo jurídico.

Difere a ação regressiva da ação de responsabilidade intentada pelo particular, diretamente contra o Estado, porque, para esta última, bastam o dano e o nexu causal; para aquela é indispensável a culpa ou o dolo do funcionário, bem como a propositura da preliminar ação de responsabilidade, culminando com a condenação do Estado.

Pressuposto indispensável para a propositura da ação regressiva é, pois, a condenação efetiva do Estado a ressarcir a vítima do prejuízo. Antes de apurado o quantum preciso da reparação, o Estado não tem elementos para acionar o funcionário, compelindo-o a devolver quantia certa. Em segundo lugar, é necessária a prova da conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano.

Tratando-se de funcionário público federal, a lei nº. 4.619, de 28 de abril de 1965, determina seja movida ação dentro de sessenta dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta ao Estado, sob pena de incidir em falta funcional.

Nos casos de vítimas pessoais, o ato lesivo pode empregar a responsabilidade penal, civil e disciplinar do funcionário.

rio, ocorrendo, então, o direito de regresso da Administração para receber do agente, doloso ou culposo, o montante de dinheiro pago à vítima ou à sua família.

Continuando sobre a ação regressiva, é de se lembrar que o princípio da regressividade das Constituições Federais (de 1946, de 1967 e de 1969) derrubou o princípio da solidariedade das Constituições Federais anteriores (de 1934 e de 1937), mas está claro que pode ser citado, desde o início, o representante da pessoa jurídica pública, esta última sujeito passivo da ação de perdas e danos, proposta.

Corolário imediato dos dispositivos das três últimas Constituições é a obrigatoriedade de promover-se a ação não contra a pessoa do funcionário público, mas contra o Estado, contra a pessoa jurídica de direito público, à qual se vincula o agente.

Os pressupostos e a extensão da indenização estão nos dispositivos da lei ordinária, não na Constituição.

Observe-se que os dispositivos das três últimas Constituições (art. 194 de 1946, art. 105 de 1967 e art. 107 de 1969) não afastaram, de modo algum, a teoria da responsabilidade objetiva ou teoria do risco integral, quando, no parágrafo único, falaram em ação regressiva, em caso de culpa do funcionário público.

O que interessa é a regra geral, prescrita no caput de cada um daqueles artigos. A exceção, contida no parágrafo, é apenas a garantia patrimonial do Estado, sem prejuízo da receptividade da teoria objetiva, pois ao prejudicado o que interessa é a indenização, em caso de dano; o ajuste de contas interno e posterior entre o Estado e funcionário está fora da co-

gitação do particular prejudicado.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, consagra, como já dissemos, o princípio da regressividade, plenamente compatível com a moderna teoria da responsabilidade objetiva ou teoria do risco integral, que determina a obrigação de indenizar por parte do Estado, quando provados o dano e o nexo causal.

O Estado, réu na ação de perdas e danos, pode requerer a citação do funcionário público, porque há conexão de causa, conforme preceitua o C.P.C. em seu art. 46, III: "Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto ativa, ou passivamente, quando entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir". Pode haver, assim, litisconsórcio facultativo.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit. pp. 548-551) para o êxito da ação regressiva exigem-se dois requisitos: de um lado, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; de outro, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe da culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva, e se apura pelos critérios gerais do Código Civil.

Como já dissemos, o ato lesivo do funcionário pode revestir ao mesmo tempo aspecto civil, administrativo e criminal como é comum nos atropelamentos ocasionados por veículos da Administração. Em tais infrações, o servidor responsável pelo desastre sujeita-se à ação penal e à ação civil regressiva da Administração, para haver a indenização paga à vítima nos termos do parágrafo único, do art. 107, da Constituição da República,

e ao processo interno da Administração, para fins disciplinares.

O referido autor diz que:

"Havendo julgamento penal, podem ocorrer quatro hipóteses a saber:

- 1a. - condenação criminal do funcionário;*
- 2a. - absolvição pela negativa da autoria;*
- 3a. - absolvição por ausência de culpabilidade penal;*
- 4a. - absolvição por insuficiência de provas ou por outros motivos". (ob. cit. p. 549)*

Das lições do mestre HELLY LOPES MEIRELLES, infere-se que, na primeira hipótese, a condenação criminal produz efeito também nos processos civil e administrativo, isto é, faz coisa julgada relativamente à culpa do funcionário, sujeitando-o à reparação do dano e às punições administrativas. (Código Penal, art. 74, I e Código do Processo Penal, arts. 63 e 64). A culpabilidade reconhecida pela Justiça Criminal não pode ser negada em qualquer outro juízo.

Na segunda hipótese, a sentença criminal também produz efeito no cível e na instância administrativa, para impedir que se responsabilize ou se aplique punição ao funcionário apontado como causador do ato danoso, mas cuja autoria a sentença criminal haja negado. (Código Civil, art. 1525).

Na terceira hipótese, a absolvição criminal não produz efeito algum nos processos civil e administrativo. Embora o réu seja absolvido no processo criminal, a Administração pode mover-lhe a ação regressiva de indenização e perquirir ainda a sua culpa administrativa, para efeito de punição funcional. E a razão, segundo o STF (RDA 35/148) é esta: o ilícito penal é

mais que o ilícito civil e o ilícito administrativo. A sentença criminal que absolve um réu por ausência de culpabilidade criminal, apenas declara que não há ilícito penal a punir. Mas tal declaração não afasta a possibilidade da existência de ilícito civil no ato do funcionário, o que poderá ser apurado e declarado na ação ordinária de indenização que lhe foi movida. Da mesma forma, essa absolvição penal não impede que a Administração apure em processo interno a existência de ilícito administrativo, e em consequência lhe aplique a pena disciplinar correspondente. Desde que o ilícito civil e o administrativo correspondem a um minus em relação ao ilícito penal, podem existir aqueles, sem que exista este, mas não pode existir este (penal) sem que existam aqueles (civil e administrativo).

Na quarta hipótese, a absolvição criminal também não produz qualquer efeito no juízo civil ou na instância administrativa, porque a insuficiência da prova colhida na ação penal, não impede que se demonstre, por outras provas, as culpas civil e administrativa (Código do Processo Penal, arts. 66 e 67).

A exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, item VI esclarece a respeito, nos seguintes termos:

"Não será prejudicial da ação civil a decisão que no juízo penal:

1. *absolver o acusado sem reconhecer, categoricamente, a inexistência material do fato;*
2. *ordenar o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, por insuficiência de prova quanto à existência do crime ou sua autoria;*
3. *declarar extinta a punibilidade; ou*
4. *declarar que o fato imputado não é defini*

do como crime".

Para a responsabilização dos funcionários, por prejuízos causados à Administração Pública temos duas leis especiais sobre a matéria: a Lei nº 4.619, de 20.4.1965 e a Lei nº 4.898, de 9.12.1965.

Por sua vez, a Lei nº 4.619/65 apenas defere aos Procuradores da República a competência para propor a ação regressiva contra os funcionários declarados culpados por haverem causado a terceiros lesões de direito que a Fazenda Nacional seja condenada judicialmente a reparar (art. 1º). Trata-se, portanto, de um procedimento que só alcança os servidores da União.

Por outro lado, o alcance da Lei nº 4.898/65 é bem maior, pois confere legitimidade às vítimas para agirem contra seus ofensores, sejam eles funcionários federais, estaduais ou municipais, e permite que a responsabilização individual anteceda a condenação da Fazenda Pública. Não se trata portanto de ação regressiva, mas sim de ação autônoma e independente do procedimento judicial contra a Administração.

PARTE III

CONCLUSÃO

1. A POSIÇÃO DA DOCTRINA EM RESUMO

O esboço realizado no campo doutrinário nos permite delinear, abaixo, as conclusões de alguns autores brasileiros.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI assim conclui:

1. O princípio da responsabilidade do Estado em relação aos atos administrativos se aplica, de um modo geral, a todos os atos praticados pelos funcionários, qualquer que seja a sua natureza, sejam dolosos, culposos ou não, embora não o seja pelo risco integral, mas "temperado".

2. Diferença identificada: quando caracterizado o dolo ou a culpa do ato praticado, cabe ação regressiva contra o funcionário.

3. O serviço, entretanto, pode funcionar mal, pode ter havido falta de previsão, ou, por qualquer forma, o dano tenha sido causado por ação ou omissão do Estado e, nesses casos, ele responde.

4. A jurisprudência dos nossos Tribunais se tem orientado no sentido da indenização por danos causados em consequência de tumultos populares, movimentos revolucionários, inundações, explosões de depósitos de munições, atos dos depositários judiciais, ofensas físicas praticadas por autoridades policiais. (Teoria dos Atos Administrativos, 1973, p. 240).

NELSON SCHIESARI, arremata sua apreciação sobre o assunto dizendo que a responsabilidade do Estado resultante dos atos dos seus agentes, está regida pelo preceito do artigo 107 da Constituição Federal vigente, que adotou adequadamente duas teorias distintas. Assim, diz ele, "a cabeça do artigo adota a teoria objetiva do risco integral, pela qual, salvo caso fortuito, força maior ou culpa da própria vítima, o Estado sempre indeniza os danos provocados pelos seus agentes, quando em serviço. E o parágrafo único do preceito sufraga ao converso, a teoria da culpa administrativa, em razão da qual a administração somente poderá promover ação regressiva contra o seu agente, causador do dano já reparado pela Fazenda, se tiver ele obrado com dolo ou culpa. Logo, o Estado sempre compõe os danos mas só regressa contra o servidor responsável se teve ele comportamento doloso ou culposo" (Direito Administrativo, 1982, p.206).

Segundo MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, duas situações são as bastantes para caracterizar a responsabilidade estatal administrativa:

- "a do dano-prejuízo provado e concreto como condição originária essencial da responsabilidade;
- a da norma estabelecendo conduta que obriga a todos os agentes administrativos e da administração.

Todavia, a responsabilidade estatal administrativa para ser real e ganhar existência, depende necessariamente do vínculo entre o ato público e o dano causado, a fim de que o dano imputável surja como decorrência direta ou inevitável da atuação geradora de prejuízos patrimoniais de qualquer natureza".

Entende FRANCO SOBRINHO que, "o que fica em exame de

avaliação jurídica é tão somente o ato administrativo lesivo e, não, teorias que na prática não correspondam a fatos resultantes de atos prejudiciais. O ato lesivo, lícito ou ilícito provocando a ocorrência de lesões patrimoniais, impõe reparação conforme as sanções prescritas na ordem jurídica. Na verdade as obrigações legais fazem-se coordenadas e conjuntas quando da prática de um ato administrativo; o Estado fica conseqüentemente responsável perante terceiros prejudicados; o funcionário, órgão ou serviço, perante o Estado" (Atos administrativos, 1980, p.356).

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, afirma que um ponto está bem claro: "a tendência cada vez maior em responsabilizar o Estado, em decorrência de prejuízo que a ação ou omissão estatal produza, bastante, para tanto, a presença de dois elementos, o dano e onexo causal, por um lado, bem como inocorrendo, na espécie, qualquer das causas excludentes da responsabilidade". (O Estado e a obrigação de indenizar, 1980, p.191).

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, entende que "o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano, é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o completam. Encontram-se, portanto, em suas raízes, a razão primeira da responsabilidade penal e da responsabilidade civil" (Da Responsabilidade Civil, 1983, vol. I, p.34).

Para RUY CIRNE LIMA, a culpa e o risco formam as bases essenciais da responsabilidade da administração pública pelo dano decorrente do fato de seus agentes, ou do fato das coisas a

ser serviço. "A culpa abrange, porém, a maior extensão desse se tor das relações jurídicas da administração. O risco constitui fundamento excepcionalmente estabelecido à responsabilidade da administração". (Princípios de Direito Administrativo, 1982, p. 198).

AMARO CAVALCANTI, assevera que a responsabilidade do Es tado já se acha reconhecida por disposições especiais, relativas a certos ramos do serviço público, e a consicência jurídica mo derna reclama, cada vez com maior insistência, que dita respon sabilidade seja consignada, como regra geral do direito positivo, por assim ser necessário ao cumprimento da verdadeira justiça.

E, embora institucionalmente privilegiada, o Estado tem, "como as demais pessoas jurídicas, a sua conduta traçada num contexto geral, pelas regras do direito objetivo, e tais re gras são resultantes da natureza da sociedade humana". (fls.6).

Além disto, diz ele, assim com a igualdade dos direi tos, assim também a igualdade dos encargos, é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos da sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comu tativa: "Quod omnes tangit, ab omnibus debet supportari".

Para o referido autor, a única tese possível de ser a firmada, em princípio, é esta: "dada a lesão de um direito obje tivo, efetivamente adquirido pelo indivíduo, - do próprio ato lesivo resulta a obrigação de prestar ao lesado uma reparação equivalente. É um dever imperativo da justiça natural, e sabida

mente consagrado na legislação positiva dos diversos Estados civilizados". (Responsabilidade Civil do Estado, 1957, t. I, pp. XII, XIV e XV).

Para WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno, encontra-se hoje inteiramente fora do conceito civilista da culpa, situando-se decisivamente no campo do direito público.

Afirma ele que:

"Efetivamente, é nesse direito, não no direito privado, que vamos localizar o fundamento da responsabilidade, que se baseia em vários princípios (equidade, política jurídica), sendo, porêm, o mais importante o da igualdade dos ônus e dos encargos sociais. O serviço público é organizado em benefício da coletividade. Mas, na sua atuação, pode ele produzir danos, acarretar certos malefícios. Devem estes ser suportados por todos indistintamente, contribuindo cada um de nós, por intermédio do Estado, para o ressarcimento do prejuízo sofrido por um só. A responsabilidade do poder público não mais se baseia, portanto, nos critérios preconizados pelo direito civil. Funda-se ela em razões de ordem solidarista; a administração pública responde pelos deveres oriundos da solidariedade social". (Curso de Direito Civil, 1967, vol. I, p. 113).

2. CONCLUSÃO PESSOAL

Delineada a orientação da doutrina nacional, parece-nos possível formular algumas conclusões, seguindo a ordem da apresentação do presente trabalho.

1. Infere-se que em nossos dias, atribui-se à Adminis
tração Pública uma responsabilidade especial de direito público.

Passou-se da fase da irresponsabilidade da administra
ção, para a da responsabilidade civilística, e desta para a fa
se atual da responsabilidade pública.

Tornaram-se inaplicáveis os princípios subjetivos da
culpa civil para a responsabilização da Administração pelos da
nos causados aos administrados. Princípios de direito público é
que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

Históricamente, no Brasil-Colônia, ao tempo da monar
quia absoluta portuguesa, todos os poderes concentravam-se nas
mãos do soberano, sendo que a autoridade pública era sempre con
siderada plenamente irresponsável. Os agentes administrativos
representam o monarca e este é imune a qualquer responsabiliza
ção. Inexistiu naquele período o instituto da responsabilidade
pública.

No Brasil-Império, a teoria da irresponsabilidade esta
tal que vigorou durante cerca de três séculos, foi substituída
pela preocupação do poder público em ressarcir, em alguns casos,
os prejuízos causados aos particulares por atos de seus agentes.
Parece mesmo que nunca prevaleceu no Brasil a irresponsabilida-
de do Estado pelos atos lesivos de seus representantes.

Na primeira República, nota-se pelo conceito geral dos
publicistas que, estabelecer os limites da responsabilidade do
Estado por atos de seus funcionários é um dos problemas de mais
difícil solução no campo do direito administrativo, e uma das
questões momentosas da atualidade.

Na década de 30, os primeiros estudos do direito admi
nistrativo surgem sucessivamente, cuidando todos da responsabi

lidade civil do Estado, a partir de colocações rigorosas que conjugam o direito positivo, a jurisprudência e a doutrina dominantes.

Em nossos dias, a responsabilidade civil do Estado tem sido equacionada a partir de um dado fundamental - o dano -, produzido por pessoas ou coisas do Estado - o nexu causal. A regra é a indenização pelos prejuízos efetivamente causados pela pessoa jurídica pública ao administrado. Se houve dano há que se indenizar o prejudicado.

A grande divergência em torno da responsabilidade do Estado reside na oposição verificada entre as teorias subjetivas e as teorias objetivas, sendo que as primeiras se fundamentam na falta pessoal, no homem, no agente, no sujeito, abrangendo as segundas as que se baseiam na falta do serviço, na falha da máquina.

Contudo, parece ser bem claro em todas as colocações, a tendência cada vez maior em responsabilizar o Estado, em decorrência de prejuízos que a ação ou omissão estatal produza, bastando, para tanto, a presença de dois elementos, o dano e o nexu causal, por um lado, bem como inocondo, na espécie, qualquer das causas excludentes da responsabilidade.

Salvo a teoria da irresponsabilidade, acolhida apenas ao tempo do Brasil-Colônia e repudiada imediatamente após a independência, todas as demais colocações encontram defensores entre nossos publicistas, caminhando a doutrina pátria da posição civilística para a publicística e, dentro desta estruturação, dirigindo-se, duma fase a outra, para os três degraus (já vistos anteriormente) o da culpa administrativa, a do acidente administrativo e o do risco integral.

2. A teoria da culpa administrativa difere da antiga doutrina civilista em repelir qualquer distinção entre atos de império e atos de gestão, para efeito de responsabilidade extra-contratual. Mas permanece ligada à idéia de culpa como fundamento dessa responsabilidade, embora alguns dos seus adeptos procurem, na respectiva caracterização, fugir aos preceitos do direito civil.

A culpa é fundamento adequado da responsabilidade ao indivíduo que cause dano a outrem. Mas é insuficiente em relação aos prejuízos oriundos do funcionamento dos serviços públicos que, estabelecidos em benefício de todos, importam em que seja repartido por todos, o ônus derivante de sua execução.

Dentro desta teoria indagam os subjetivistas se houve culpa, imperícia, negligência ou inércia do funcionário, daí deduzindo a responsabilidade, ou não, do Estado. Outros estabelecem certas premissas: o serviço não funcionou, ou funcionou de forma retardada, inadequada ou insuficiente, o que ocasionou danos a particulares - logo, o Estado deve indenizar.

Embora o artigo 15 do Código Civil não faça alusão à culpa, entendemos que tal elemento se acha presente, nas expressões "procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei" as quais são tomadas como significativas de culpa do funcionário.

VER
O artigo 107 da Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, em seu parágrafo único, acolhe a teoria da culpa administrativa, como adequada para determinar a responsabilidade pessoal. Parece evidente que só haverá ação regressiva contra o funcionário responsável, se este agiu culposa ou dolosamente. Se não ocorreram dolo ou culpa do servidor, a Fazenda

arcará sôzinha com o ônus, uma vez que carecerá de ação regressiva.

Segundo a teoria do acidente administrativo, criada especialmente pela jurisprudência francesa, surge a responsabilidade do Estado sempre que algum dano se origine de qualquer irregularidade no funcionamento do serviço público. Não se cuida da culpa. Trata-se de fundamento impessoal, que os franceses denominam "faute du service", e que abrange qualquer deficiência no seu funcionamento.

Como vimos anteriormente, a teoria do acidente administrativo pode ser identificada pelo mau funcionamento do serviço, pelo não funcionamento do serviço ou pelo tardio funcionamento do serviço.

Esta teoria importou em grande progresso em matéria de responsabilidade civil do Estado, já por que se desvencilhou da idéia de culpa, já por se revestir de flexibilidade, embora relativa. Ainda se revelava, entretanto, insuficiente, por deixar desamparados aqueles a quem o serviço público causasse danos embora não provenientes de acidente, ou de desobediências às leis e aos regulamentos.

No fundo, o não funcionamento ou o mau funcionamento do serviço (com falha ou atraso), está relacionado com a ação ou omissão do agente administrativo que, de modo direto ou indireto, deveria ter diligenciado para que aquele se apresentasse perfeito.

A teoria do risco integral funda-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Para esta teoria é indiferente que tenha ou não havido culpa, ou irregularidade no funcionamento do serviço. Impor

ta somente verificar se há nexu causal entre tal funcionamento e o dano suportado pelo cidadão. Compôr esse dano é risco inrente à execução do serviço. Se este aproveita a todos, todos devem participar daquela composição. E até o indivíduo que percebe a indenização contribui para ela, porque paga tributos aos cofres do Estado.

Ora, se todos devem contribuir para custeio dos ônus pelos quais responde o Estado, através do recolhimento de impos tos, destes deverão ser tirados os recursos para o atendimento dessas situações.

Como já visto, importa somente verificar se ocorre uma relação de causa - efeito entre o ato do agente e o evento danoso. Em caso positivo cumpre ao Estado cobrir os danos apurados, o que constitui um risco próprio da atividade administrativa.

Lembramos que o direito positivo brasileiro tem norma expressa sufragando tal orientação, relativamente à pessoa pública.

O constituinte dispôs sobre a matéria no "caput" do art. 107 da Carta Magna, já aludido.

O risco e a solidariedade são os suportes desta doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da Constituição Federal de 1946.

As grandes transformações do direito de nossa época influíram sobre a doutrina jurídica que substitui o elemento culpa pelo elemento indenização ou reparação, este último mais condizente com a evolução social de nossa época, que leva em conta

os princípios da justiça distributiva, princípio que se impõe irresistivelmente como uma expressão lídima de justiça, de equidade, de solidariedade social e de equilíbrio econômico.

3. O primeiro diploma legal do princípio da responsabilidade do Estado por atos lesivos de seus representantes foi, entre nós, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894.

A Constituição Política do Império de 1824 (art. 179, inc. 29) tornou responsáveis os empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções.

Como vimos, as leis imperiais disciplinaram com minúcia inúmeros setores da Administração, como por exemplo, as estradas de ferro, responsabilizadas civilmente, através do Decreto nº 1930, de 26.03.1857, pelos danos que seus empregados, no exercício de suas funções, causassem a terceiros.

A primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 (art. 82), também tratou do assunto, ao responsabilizar os funcionários públicos pelos abusos e omissões em que incorressem no exercício de seus cargos, bem como, pela indulgência ou negligência se não responsabilizassem seus subalternos.

Outras regras legais, em concordância com a Carta Magna. passaram a disciplinar o instituto da responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes públicos.

Pelo art. 15 do Código Civil, inscreveu-se em nosso direito positivo, de modo expresso e em termos amplos, o regime da responsabilidade civil do Estado por atos lesivos de seus representantes, sem se distinguir quanto à natureza desses atos.

A Constituição de 16 de julho de 1934 (art.171) reviu

gorou a doutrina já tradicional no direito brasileiro, embora condicionasse a responsabilidade dos prejuízos decorrentes de atos dos funcionários públicos, à ocorrência de culpa destes quando, no exercício de seus cargos, viessem a praticá-los.

A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, (art. 158) reproduziu "ipsis litteris", a disposição da Constituição anterior, suprimindo, apenas, os dois parágrafos que regulavam o direito regressivo da Fazenda Nacional contra o funcionário causador do dano de que tivesse resultado a ação intentada pelo lesado.

A Constituição de 1946 (art. 194) também responsabilizou civilmente as pessoas jurídicas de direito público interno pelos danos que os seus funcionários causassem a terceiros, autorizando ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando ocorresse culpa dos mesmos.

A Constituição de 04 de janeiro de 1967 (art. 105), seguiu a mesma orientação da anterior com pouca alteração. Os textos divergiram no tocante às pessoas jurídicas responsáveis, pois na Constituição de 1946 se falava em pessoas jurídicas de direito público interno, e na de 1967 a referência foi mais genérica, retirando-se a expressão "interno".

A Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 (art. 107) aborda a questão da responsabilidade civil nos mesmos termos da Constituição de 1967 ou seja, responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros, autorizando ação regressiva contra o funcionário, quando concorrer com culpa ou dolo.

4. Em nosso entendimento, devem concorrer como elemento

tos essenciais, constitutivos da responsabilidade do Estado, o elemento objetivo da violação de um direito; o elemento subjetivo da culpa do agente e a condição de que o ato danoso se dê no exercício e limites das atribuições do respectivo agente.

5. Concordamos com mestre AMARO CAVALCANTI, no sentido de que a responsabilidade do Estado cessa "quando se tratar de ato discricionário ou isento de responsabilidade por disposições da lei; quando o lesado der causa direta ou ocasional para que suceda o ato em questão; quando o ato for de considerar um caso de força maior; quando o dano resultante de atos, reconhecidamente essenciais à vida coletiva ou ao bem comum, como os de segurança pública e outros análogos, for de efeitos relativamente pequenos, e não provenientes de culpa ou excesso de poder por parte do respectivo agente; quando o ato for praticado pelo agente, fora de sua qualidade de representante. A responsabilidade cessa igualmente, quanto ao dano, proveniente da omissão, desde que se não provar que a omissão foi proposital, isto é, motivada por culpa ou dolo do funcionário" (ob. cit. p.401).

6. O direito positivo e a jurisprudência ao tempo do Império aceitavam a regra de direito público de que os indivíduos não podiam reclamar indenização do Estado pelos danos que as leis porventura trouxessem aos direitos individuais, salvo se das próprias disposições legais não resultasse o reconhecimento de um direito à reparação.

Tal regra de direito público, fundamentada no princípio da irresponsabilidade do Estado por leis prejudiciais, sofre atenuações ao tempo da República; cabe agora ao Poder Judiciário julgar a validade das leis, facultando-se ao indivíduo

lesado por seus dispositivos, recorrer ao referido Poder e, as sim que tiver obtido a anulação da lei, poderá conforme as circunstâncias do caso exigir justa indenização pela lesão sofrida.

Acreditamos que o Estado deve ser responsabilizado civilmente pelos danos que o ato legislativo cause aos seus administrados quer seja ele inconstitucional, quer não, pois pode também uma lei constitucional, no todo ou em cada uma de suas partes, trazer prejuízo ao particular, porque inúmeras vezes a lei, que deveria ser proposição geral e impessoal, acaba atingindo um número restrito de casos.

Estamos acordes com a doutrina ao entender que, pelo dano causado, em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional, o Estado é responsável.

Toda vez que o ato legislativo ofende direito individual, o prejudicado pode chamar o Estado à responsabilidade pelo referido ato porque a autoridade não pode contrariar aos preceitos constitucionais. Se tal acontecer e do seu ato resultar dano ou lesão, cabe a reparação por parte do Estado.

7. Vimos que, tanto quanto aos atos legislativos como em relação aos atos judiciais, a possibilidade da reparação de danos deles decorrentes tem sido objeto de discussões e dúvidas.

Contudo, não há como negar que atos do governo e atos dos juizes são todos atos do Estado, praticados com a autoridade provinda da mesma fonte originária e tendendo ao mesmo fim geral - a realização de um serviço público. Assim, desde que a ceito o princípio da responsabilidade do Estado por atos de seus representantes não se compreende porque se deva excluir dessa responsabilidade os atos de certos funcionários ou de

certas funções, havendo, como há, para com todos os funcioná
rios as mesmas relações de subordinação por parte dos súditos
e de representação ou nomeação da parte do Estado.

Entendemos como certo que entre os atos que podem oca
sionar a responsabilidade civil do Estado, se devem incluir os
dos Juizes, os quais participam da natureza dos demais funcioná
rios, sendo inaceitável o argumento que procura fundar a imuni
dade dos atos judiciais no caráter supostamente soberano do po
der de que emanam.

Parece não militar a favor da irresponsabilidade do
Estado, por atos judiciais, nem o argumento da soberania nem o
da incontrastabilidade da coisa julgada, em primeiro lugar por
que soberano é o Estado, em segundo lugar porque a coisa judga
da pode ser atacada no civil pela rescisória, ou pela revisão
no crime.

Apesar de que, de um modo geral, a posição do Poder
Judiciário, tanto em primeira instância, quanto em instância
superior, é pela tese da irresponsabilidade civil do Estado em
casos de prejuízos causados por ação ou omissão do Juiz, somos
de opinião que, responderá o Estado pelos danos que os atos ju
diciais causam aos administrados, quer seja provada a culpa ou
dolo dos magistrados, quer os danos sejam ocasionados pelo ser
viço de administração da Justiça, que é, antes de tudo, servi
ço público do Estado.

Um erro da Justiça, uma vez conhecido deve ser repara
do por vantagens proporcionais, pois, caso contrário haverá
uma subversão da ordem social.

8. Como vimos anteriormente, o artigo 107 da Consti
tuição Federal só atribui responsabilidade objetiva à Adminis

tração pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Na verdade, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, muito menos por fenômenos naturais que causem danos aos particulares, como é o caso que presentamos em Santa Catarina, no ano passado.

Sabemos que o problema criado pelas inundações e enchentes, em razão de precipitações pluviométricas acentuadas, sem condições de escoamento normal de águas acumuladas, representa um tormento não só para as autoridades administrativas, como curiosamente também para os tribunais, ante a dificuldade na definição da responsabilidade civil do Estado, pelos danos que daí resultam para os particulares.

Parece aceitável a tese que, a responsabilidade civil da Administração Pública, pelos danos causados por precipitações pluviométricas excepcionais, somente é de ser reconhecida naqueles casos em que se evidencia a falha, do Poder Público, na execução ou conservação de obras que permitiriam o escoamento sem dano das águas acumuladas; e não quando, inexistente a obrigação de execução e conservação de tais obras, o evento natural seja inteiramente imputado à fortuidade.

Não há dúvida que a força maior, isenta o Estado de indenizar, em razão dos traços da inevitabilidade, irresistibilidade e imprevisibilidade que a tipificam, como estabelece a melhor doutrina e a prática dos tribunais confirma nos seguintes termos: "A força maior afasta a responsabilidade do Município, nos casos de danos ocasionados por inundações (STF, RDA, 128/

554)". O Estado não pode ser responsabilizado por fato da natureza, que constitua força maior (TJSP, RT, 509/141).

No caso específico de Santa Catarina, todos os socorros foram prestados para minorar o sofrimento da população diretamente flagelada e prejudicada em suas vidas, pelos danos pessoais e materiais.

Acreditamos que as inundações ou enchentes consequentes de chuvas muito fortes, escapam da responsabilidade da Administração Pública, sobretudo da Administração Municipal, porque são estranhas às suas atividades, ainda que fossem previsíveis, mas insuperáveis, ante a impossibilidade das Prefeituras evitarem a enchente dos rios, e seu transbordamento, com trabalhos normais de defesa contra as inundações, no perímetro urbano, ou no território a elas sujeito, em face do incontrolável crescimento de algumas metrópoles.

É problema bastante discutível, mesmo porque nenhum diploma legal responsabiliza a Administração Pública por prejuízos causados aos particulares, por fenômenos naturais.

9. Ninguém nega, em nossos dias, a influência do direito elaborado pelos tribunais, particularmente grande na área do direito administrativo, onde a função do Juiz tem extraordinário campo de aplicação.

O exame dos julgados dos tribunais brasileiros, transcritos em revistas especializadas, revela de maneira clara o valor das decisões, na estruturação das grandes linhas e fixação de teses básicas do direito administrativo pátrio.

Apesar do grande número de manifestações dos Juizes brasileiros em casos de responsabilidade pública, não se fez ainda, no Brasil, o levantamento estatístico da natureza das

causas em que o Estado compareceu como réu, em ações de indenização, em virtude de danos causados aos administrados pelo agente público, nem tampouco, se tentou classificar os casos de responsabilidade civil do Estado, para futuramente se ter uma visão sistemática do instituto.

10. Como vimos, a reparação do dano causado a terceiros pela Administração, é obtida amigavelmente por meio da ação de indenização e, uma vez indenizada a vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado, para haver dele o dispendido, através da ação regressiva autorizada pelo parágrafo único, do art. 107 da Constituição Federal vigente.

Finalizando, diríamos que o homem sempre viveu e há de viver em sociedade e, foi na convivência do de sua espécie que o homem atual se formou.

Como requisito indeclinável da vida social, como imposição inevitável do princípio da solidariedade entre os homens, têm estes de sujeitar-se, nas suas múltiplas relações, às regras, aos preceitos de conduta, pelos quais a expansão da personalidade de cada um sofre, em benefício da harmonia da vida comum, inúmeras limitações impostas pelo meio, em função do momento.

Conclusão Quanto ao tema eleito para este trabalho, considerando-se sua alta relevância e complexidade foi pesquisado e apresentado dentro das possibilidades da autora, e como dissemos, com o objetivo de obtermos uma visão mais ampla sobre o mesmo, que a despertou para um estudo mais acurado futuramente.

Sabe-se que há, ainda, certa divergência entre os estudiosos quanto à colocação do problema e, o exame das decisões

jurisprudenciais corrobora o que se afirma, revelando as dissen
ções nos Tribunais e as divergências dos Juizes.

Ficamos, todavia, com o entendimento daqueles que acei
tam e defendem a tese de que, se houve dano ao administrado, ha
verá necessariamente indenização por parte do Estado, quer invo
quem esta ou aquela teoria publicística para fundamento da deci
são.

BIBLIOGRAFIA

- BARBALHO, João, U. C. Comentários à constituição federal brasileira de 1891. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos/Liv. Cruz Coutinho, 1902.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil; comentado. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975, v.1. Edição histórica.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. Código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro, José Konfino, 1978.
- BRASIL, Leis, decreto, etc. Código penal brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro, José Konfino, 1978.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. Código de processo civil. 2.ed. Rio de Janeiro, José Konfino, 1978.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. Código de processo penal. 2.ed. Rio de Janeiro, José Konfino, 1978.
- BUENO, José Antonio Pimenta. Direito público brasileiro; 2ª parte. Rio de Janeiro, Tip. Imp. e Const. de J. Willeneuve C., 1857.
- BUSSADA, Wilson. Código civil brasileiro interpretado pelos tribunais. 1.ed. Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1980. v.1. t.1.
- CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. 6.ed. São Paulo, Ed. Atlas, 1983.

- CASTRO, Araújo. A constituição de 1937. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1937.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. Tratado de ciência da administração e direito administrativo. 3.ed. Rio de Janeiro, Ed. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914.
- CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade civil do Estado. Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1957, 2v.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Teoria dos atos administrativos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de direito administrativo. 3.ed. Rio de Janeiro, Liv. Freitas Bastos, 1955. v.1.
- CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo, Saraiva, 1980.
- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 7.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, v.1-2.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4.ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1957.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira. 4.ed.rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1983. (Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de nº 22, de 29-06-1982.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Atos administrativos. São Paulo, Saraiva, 1980.

- GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 6.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- LESSA, Pedro. Do poder judiciário. Rio de Janeiro, Typ.Francisco Alves, 1915.
- LIMA, Alvino. Culpa e risco. 1.ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1963.
- LIMA, Hermes. Atividade administrativa do Estado. São Paulo, Liv. Acadêmica, 1927.
- LIMA, Ruy Cirne. O código civil e o direito administrativo. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1960.
- LIMA, Ruy Cirne. Princípio de direito administrativo. 5.ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- MASAGÃO, Mário. Curso de direito administrativo. 5.ed.Rev. e atual. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974.
- MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à constituição brasileira. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 9. ed.atual. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ato administrativo e direitos de administrado. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- MENDES JÚNIOR, Onofre. Direito administrativo. 2.ed.rev. e aum. Belo Horizonte, Ed. Bernard Alvares, 1961.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1946. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1953. p.263, v.5.

- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil; parte geral. 5.ed.rev.e aum. São Paulo, Saraiva, 1967. v.1.
- NUNES, Castro. Do mandado de segurança. 5.ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1956.
- SANTOS, Oliveira. Direito administrativo e sciencia da administração. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.
- SALAZAR, Alcino de Paula. Responsabilidade do poder público por atos judiciais. Rio de Janeiro, Est. Gr. Canton & Reile, 1941.
- SANTA CATARINA. Leis, decretos, etc. Lei nº 4.425 de 16 de fevereiro de 1970. (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina).
- SCHIESARI, Nelson. Direito administrativo. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 1982.
- TACITO, Caio. Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado. In.: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, (55):262 jan./mar. 1959.
- URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. Ensaio sobre o direito administrativo. Rio de Janeiro, Tip. Nacional, 1862. t.1.
- VALE, José Rodrigues. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro, Ed. A. Coelho Branco Filho, 1941.
- VASCONCELOS, José Matos de. Direito administrativo. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1937. v.2.

VIEIRA, João. A revisão dos processos penais. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1899.

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, Florianópolis, 35: jan./mar.
1982.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, 5 (5):55,
Jul. 1946.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, 10 (10):41,
out./dez. 1947.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (13):33-
135, jul./set. 1948.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (20):45,
abr./jun. 1950.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (40):337,
abr./jun. 1955.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (55):262,
jan./mar. 1959.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (63):167,
jan./mar. 1961.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (77):269,
jul./set. 1964.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (85):210-
211, jul./set. 1966.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (87):221,
jan./mar. 1967.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, (123):266,
jan./mar. 1976.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO, São Paulo, 3 (12):214, abr./jun.
1970.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO, São Paulo, 6 (24):198, abr./jun.
1973.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, 128 (486):528-529, nov.
1940.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, 142 (514):612, mar. 1943.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, (464):98, jun. 1974.

REVISTA FORENSE, Belo Horizonte, 44 (259-264):578, jan./jun.
1925.

REVISTA FORENSE, Belo Horizonte, 54 (315-320):389, jan./jun.
1930.

REVISTA FORENSE, Belo Horizonte, 59 (349):22, jul./dez. 1932.

REVISTA FORENSE, Belo Horizonte, 67 (728-729), 1936.

REVISTA FORENSE, Belo Horizonte, 107 (519):275, set. 1946.

REVISTA FORENSE, Belo Horizonte, 216 (760-762):172, out./dez.
1966.

FONTE ESPECIAL - DEPOIMENTOS prestados à autora pelo Dr. Antônio
Felisberto Pinheiro, Coordenador de Defesa Civil em Santa
Catarina.