RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO POR ATOS ADMINISTRATIVOS

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO*

Introdução — Evolução da responsabilidade por atos administrativos — Características do dano reparável — A responsabilidade do Estado no Brasil — responsabilidade estatal na jurisprudência brasileira — Conclusão.

I. *Introdução*

1. Entende-se por responsabilidade patrimonial extra-contratual do Estado, a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos causados a terceiros e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos comissivos e omissivos, materiais ou jurídicos.

2. Como qualquer outro sujeito de direitos o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízos a outrem, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

Esta noção é, hoje, curial no direito público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarciar as vítimas de seus comportamentos danosos. Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabariam por assumí-la em 1946 e 1947, respectivamente.

3. Um dos pilares do moderno direito constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem ju-

* Prof. da Faculdade de Direito Católica de São Paulo

rídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-la.

4. Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica e, porisso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas.

As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições em que podem ocasioná-los também são distintas.

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal da força, seja porque seu contacto omnímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

Ademais, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social.

Ao respeito, Forsthoff, referindo-se ao direito alemão, observou:

"Desde sua instauração, a responsabilidade do Estado ganhou continuamente em extensão. A interpretação extensiva a amplia cada vez mais. Isto nada tem de estranho. O que fomentou a responsabilidade do Estado não foi apenas motivos ideológicos nem, concretamente, a ideologia do Estado de Direito. Ao lado dela, na interpretação do art. 34 influi com força decisiva o fato de que o elemento estatal adquire uma crescente prepotência e o indivíduo está a sua mercê em um número cada vez maior de relações de sua existência individual. Por isso é ineludível que suas relações com o Poder Público transcorram na forma do Direito, em medida incomparavelmente maior do que jamais o fora. Daí que a necessidade de proteção jurídica é também mais forte, não por conseqüência de qualquer ideologia — conquanto a ideologia do Estado de Direito, como é lógico, haja tido também

sua participação mas como conseqüência necessária de uma situação de fato que se produz todos os dias."[1]

Finalmente, é de lembrar que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas alguns arquem com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.

5. Por tudo isto, a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

6. Daí, que a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades. Partindo do marco zero — a irresponsabilidade do Estado — progride continuamente para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados.

No que respeita às funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso estatal por danos, seu marco superiormente avançado é a responsabilidade por atos legislativos — o que já sucede, em nível razoável, nos tempos hodiernos. No que pertine às condições para engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independente de culpa ou procedimento contrário ao direito. Esta fronteira também já é território incorporado, em largo trecho, ao direito contemporâneo. Aliás, como se sabe, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, "ex vi" do art. 107 do Texto Constitucional vigente, sucessor do art. 194 da Constituição de 1946.

O ponto extremo da responsabilidade do Estado e para a qual vai a caminho é a teoria do *risco social*, segundo cujos termos esta se promove mesmo com relação a danos não imputáveis à ação do Poder Público. Consoante Laubadere, aplica-se no direito francês, apenas "dans le cadre de certaines legislations particulières, le cas typique é tant celui des dommages de guerre".[2]

1 *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. do Inst. de Estudos Políticos, Madrid, 1958, tradução da 5. ed. alemã, p. 419-420.

2 *Traité élémentaire de droit administratif*. L.G.D.F., 3. ed. v. I, p. 611.

II. *Evolução da responsabilidade por atos administrativos*

7. Tendo em conta a evolução da responsabilidade estatal e sua direção contínua no sentido de ampliar a proteção dos particulares, parece útil examinar-se, conquanto de espora fita, sua trajetória, que é, também, o desvelar das diversas teorias surdidas ao respeito.

Uma visão, *per summa capita*, dos pontos fundamentais, permitirá sacar a lume o panorama da responsabilidade do Estado. Como se sabe, o grande desenvolvimento dela proveio do direito francês e através da construção pretoriana do Conselho de Estado. De conseguinte, é de bom aviso tomar como referência fundamental os marcos encontradiços no direito daquele país.

8. Na origem do direito público em geral, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado. VEDEL observa que:

"L'ideé selon laquelle la puissance publique doit répondre des dommages qu'elle cause, si naturelle qu'elle nous paraisse, ne s'est pas installée sans recontrer de résistance. A l'origine elle se heurtait au principe selon lequel, l'Etat, étant souverain, ne pouvait mal faire, au moins lorsqu'il agissait por voie d'autorité.[3]

Com efeito, é sobejamente conhecida a frase de Laferriére: "o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação"; bem como as fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: "Le roi ne peut mal faire", como se afirmava na França ou "The king can do no wrong", que é a equivalente versão inglesa.

9. Estas assertivas, contudo, não representavam *completa* desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado. Isto porque, de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da lei de 28 pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitiu responsabilidade por danos resultantes de gestão do domínio privado do Estado, bem como dos causados pelas coletividades públicas locais.[4]

10. Demais disso, o princípio da irresponsabilidade do Estado era temperado em suas conseqüências gravosas para os particulares pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento *pessoal*, seu. É bem verdade, todavia, que

[3] *Droit administratif*. Pr. Universitaires, 1964, 3. ed. refundida, p. 240.

[4] Cf. Rivero, Jean. *Droit administratif*. Dalloz, 3. ed., 1965, p. 238.

a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder, era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma "garantia administrativa dos funcionários". Instituída pelo art. 75 da Constituição do Ano VIII, estabelecia que as ações contra estes perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado francês, o qual raramente a concedia. Disposições análogas existiam na Alemanha, nas legislações da Prussia, da Baviera, e de Baden y Hesse, consoante noticia Forsthoff.[5]

A norma francesa de garantia dos funcionários viria a cair em 1870, por via de um decreto-lei de 18 de setembro, época em que já não mais estava em vigor a Constituição do Ano VIII e a disposição protetora era sobrevivente apenas com força de lei.

11. O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de direito público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto BLANCO, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado "não é nem geral nem absoluta" e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei.

12. Admitida a responsabilidade do Estado, já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evolui de uma responsabilidade *subjetiva,* isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade *objetiva,* vale dizer, *ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.*

13. Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual para* deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de "faute du service" entre os franceses. Ocorre a *culpa do serviço* ou "falta de serviço", quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva.

Cai a lanço cita literal de BENOIT que alcança, com finura, sua significação, ao dizer:

"Par la suite, l'évolution des idées sur l'Etat, considéré non plus exclusivement comme une puissance mais aussi comme un prestataire de services, per-

[5] Op. cit., p. 415.

mettra de développer une responsabilité administrative fondée sur la notion de mauvais fonctionnement du service, *forme publicisée de la nation de faute.*"[6]

14. Em suma: a ausência do serviço devido ou seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

Portanto, a culpa individual passa a ser apenas uma das modalidades que ensancham responsabilização do Estado. Bem o diz André de Laubadére:

"La faute administrative peut revêtir l'un ou l'autre des deux aspects suivants:

Elle peut, d'une part, consister en une *faute individuelle,* commise par un agent qu'il est possible d'identifier.

Mais la faute administrative peut également consister en une *faute anonyme* dont l'auteur n'apparaît pas d'une manière claire sous la forme d'un fonctionnaire identifiable: c'est le service dans son ensemble qui a mal fonctionné ...

La jurisprudence a du reste donné a ce type de faute administrative le nom, sans doute purement métaphorique mais fort expressif, de *faute du service public.*"[7]

15. Ampliando a proteção do administrado a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente *objetiva,* isto é, independentemente de qualquer falha ou culpa do serviço, a dizer *responsabilidade pelo risco* administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente.

Jean Rivero distingue casos de responsabilidade *objetiva por risco,* quais os de acidentes de trabalho sofridos por agentes da administração e danos causados por coisas perigosas (como explosivos, linhas de transmissão de energia elétrica, armas utilizadas pela polícia, etc.) dos casos de responsabilidade *sem qualquer culpa ou deficiência do serviço,* mas que *não procedem do risco administrativo.* Seriam, na verdade, danos *por atividade lícita,* em que também cabe responsabilidade objetiva do Estado. Consoante indica, configurariam tais situações as hipóteses de danos decorrentes de obras públicas não perigosas e que excedem os inconvenientes ordinários de vizinhança bem como as medidas de ordem econômica ou social impostas a uma empresa em nome do interesse geral. De todas as hipóteses faz completa documentação jurisprudencial.[8]

[6] *Le dront administratif français.* Dalloz, 1968, p. 677.
[7] Op. cit., p. 614.
[8] Op. cit., p. 253-254.

III. *Características do dano reparável*

16. O fato ou ato lesivo para que seja indenizável necessita ser:

certo, isto é, não apenas eventual, possível. Tanto pode ser atual como futuro. Esta última circunstância, como é claro, não afeta a certeza do dano, sempre que este seja inevitável;

especial, no caso de atos *lícitos,* isto é, particular à ou às vítimas e não um prejuízo generalizado incidente sobre toda a sociedade. Se alcançasse a todos os cidadãos configuraria ônus comum à vida em sociedade, repartindo-se, então, generalizadamente entre seus membros;

anormal, vale dizer, excedente dos incômodos e inconvenientes comuns, ordinários e que são inerentes à vida social como fruto ineludível do convívio societário;

relativo a uma *situação juridicamente protegida,* quer-se dizer, cumpre que o dano seja gravoso a uma situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito ou quando menos um interesse legítimo.

17. Exclui-se responsabilidade do Poder Público quando o evento lesivo resulte de *força maior,* a dizer, de acontecimento imprevisível, irresistível, proveniente de força exterior ao Estado, qual a da natureza, por exemplo. Em tal caso é lógico que descaiba responsabilização, pois o Poder Público é totalmente estranho a ele e o acontecimento tem caráter externo a qualquer serviço do Estado.

Há, ainda, exoneração da responsabilidade estatal quando o dano resulta de *culpa da vítima,* nos casos em que a responsabilidade se assenta em culpa ou falta de serviço. E se ambos concorreram para o evento lesivo só haverá parcial imputação dele ao Estado. Diversa, todavia, será a situação quando a responsabilidade estatal for objetiva e basear-se no risco administrativo. Aí a culpa da vítima não é excludente da responsabilidade pública. Inútil, portanto, pretender provar culpa do lesado. Neste passo calham à fiveleta as palavras do prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

"Já a teoria do risco proveito não admite tal prova, pois não cogita da culpa, sequer da culpa presumida. A responsabilidade existe sempre *jure et de jure,* salvo dolo ou culpa lata da própria vítima, equivalente ao dolo, demonstrações essas a cargo do réu".[9]

17. Não há confundir as condições deflagradoras da responsabilidade do Estado, até agora cogitadas, com o *fundamento* da responsabilidade do Es-

[9] *Princípios gerais de direito administrativo.* Ed. Forense, 1969, v. II, p. 483.

tado. Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra coisa é questionar-se sobre a justificativa da existência de tal responsabilização. Esta última corresponde ao fundamento da responsabilidade, a dizer, consiste na razão pela qual são estabelecidos os vários casos ensejadores do dever de reparar o dano. Ao nosso ver, o fundamento se biparte. No caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, o dever de reparar o dano é a contrapartida da violação da legalidade. No caso de atos lícitos, parece-nos que o fundamento da responsabilidade estatal é, a idéia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. O que se pretende neste caso, através da responsabilidade do Estado, é garantir uma repartição dos ônus provenientes dos atos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião do exercício de atividade desempenhada no interesse de todos.

IV. *A responsabilidade do estado no Brasil*

18. No Brasil jamais foi aceita a tese da irresponsabilidade do Estado. Amaro Cavalcanti, o eminente ministro do Supremo Tribunal Federal e consagrado tratadista já em 1904 registrava:

"... no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes — Se não havia, nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da *responsabilidade civil* do Estado, nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos tribunais de justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir, — que a teoria, aceita no país tem sido *sempre* a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para freqüentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.

Tal é, com efeito, a verdade de fato, sabida de todos, e sobre a qual não haveria mister insistir." [10]

O ilustrado jurista citado, traz à colação relanço de Ruy Barbosa, no qual o sumo estudioso, apostila averbações do mesmo teor, fazendo notar que

[10] *Responsabilidade civil do estado.* Edição atualizada por José de Aguiar Dias. Ed. Borsoi, 1957, t. II, p. 611.

nossa evolução jurídica, repassada de elementos liberais, jamais permitiu ingressasse nos pretórios brasileiros esta prerrogativa regalenga, de tal sorte que "os julgados, na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia a dia aumentando o tesouso opulento dos arestos, que fazem talvez de nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas".[11]

Seabra Fagundes anota que João Luiz Alves dá notícia, mesmo antes do Código Civil, da existência do princípio da responsabilidade do Estado e faz a aguda observação de que a lei federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, ao tratar da competência do Judiciário para julgamento das questões oriundas de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas pela União contra particulares e vice versa, admitia implicitamente a obrigação estatal de indenizar prejuízos causados aos administrados.[12]

De fato, é pacífico entre os doutrinadores brasileiros que a tese da responsabilidade do Estado por atos lesivos sempre freqüentou com sucesso os tribunais brasileiros, sob aplausos constantes da doutrina nacional. Por isso Aguiar Dias, grande mestre na matéria, pode dizer, referindo-se ao art. 1 634 do Código Civil:

"Acresce que não é novidade alguma o que estabelece, no tocante à responsabilidade pessoal do funcionário, porque a solidariedade deste com o Estado, em todo e qualquer caso de prejuízo que cause e empenhe a responsabilidade da Fazenda, é indeclinável, constituindo até objeto de reiterada consagração do nosso legislador..."[13]

O pré citado Amaro Cavalcanti coleciona numerosas disposições normativas, tais o Decreto nº 1 930, de 26 de abril de 1857, relativo aos danos causados por estrada de ferro; o Decreto nº 9 417, de 25 de abril de 1885 também interessante à matéria, os Decretos nºs 1 663, de 30 de janeiro de 1894, art. 552, o Decreto nº 4 053, de 24 de junho de 1891, art. 538, concernentes a indenização por prejuízos decorrentes de colocação de linhas telegráficas, os Decretos nºs 1.692/A, de 10 de abril de 1894, art. 8º, 2 230, de 10 de fevereiro de 1896, art. 6º, que cuida da responsabilidade da União ligada aos serviços de Correios, e muitos outros.

11 Op. cit., p. 612.

12 *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* Ed. Forense, 3. ed., 1957, p. 205.

13 "Responsabilidade civil do estado", *in RDA*, v. 11, p. 27.

O certo é que jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica. Resta ver em que termos o foi e qual sua evolução.

19. Inicialmente, prevaleceu, como de resto sucedia no exterior, a tese da culpa civil. É dizer: o Estado respondia quando funcionário seu, atuando no exercício da função, procedia de modo culposo, por negligência, imprudência ou imperícia. Evoluiu, ao depois, para a noção de falta ou culpa anônima, isto é, falta de serviço, para, finalmente, aceitar assaz de vezes a responsabilidade objetiva. Esta progressão caminhou, a cotio, à frente da legislação. A doutrina, sobretudo, e parte dos juízes sustentaram teses avançadas em relação aos termos do direito positivo, procurando extrair, mediante interpretação sistemática da ordenação jurídica, posições bastante evoluídas.

20. Ao tempo do Império, a Constituição de 1824, em seu art. 178, nº 29, estabelecia 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 subalternos". Equivalente dispositivo encontra-se no art. 82 da Constituição de 1891.

Ditos perceptivos, todavia, jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas de responsabilidade pessoal do agente. Pelo contrário: entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes. Confira-se ao respeito Pimenta Bueno.[14]

21. Com o advento do Código Civil, a matéria desde 1917 (época em que entrou em vigor) não admitiria dúvida alguma, em face de seu art. 15, segundo o qual: "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."

Inobstante o teor do dispositivo indicar claramente o caráter *subjetivo* da responsabilidade pública, vale dizer, seja por culpa civil, seja por falta de serviço, já então sob seu império e mesmo antes, a tese da responsabilidade objetiva contava com adeptos entre doutores da máxima suposição, como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti, estes últimos, magistrados dos mais ilustres. Filadelfo de Azevedo, eminente ministro do Supremo Tribunal Federal e partidário da tese, fez amplo recenseamento sobre o tema em erudito voto, proferido na Apelação Civil nº 7 264, aos 12 de abril de 1943, quando aquela Egrégia Corte confirmou condenação da União a inde-

[14] *Direito público brasileiro.* Rio, 1850, §§ 602 e 603.

nizar danos causados por movimento militar sedicioso, embora o fizesse com fundamento na teoria da falta de serviço ou culpa administrativa.[15]

22. Em 1934, o Decreto nº 24 216, pretendeu restringir a responsabilidade do Estado, excluindo-a nos casos em que o ato do agente administrativo tivesse *caráter criminoso*, salvo se o Poder Público competente o mantivesse no cargo após a verificação do fato.

A norma em apreço, todavia, teve duração efêmera pois a Constituição de 1934, promulgada um mês depois, aos 16 de julho de 1934, a fulminou ao estatuir no artigo 171 que:

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

A Carta de 1937, no art. 158, reproduziu o mesmo dispositivo.

23. A grande alteração legislativa concernente a responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946. O art. 194 daquele diploma introduziu normativamente, entre nós, a *teoria da responsabilidade objetiva*, isto é, a possibilidade do Estado compor danos oriundos de atos lesivos, mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente seu, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta de serviço.

Dispunha o preceptivo citado:

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

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

24. Equivalentes disposições e com redação praticamente igual se consagraram na Carta de 1967 e na Emenda 1, de 1969.

O artigo 105 do Diploma de 1967 estatuiu:

"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."

À diferença da Constituição de 1946, *expressamente* referiu-se ao cabimento de ação regressiva também nos casos de dolo do funcionário, no que, de resto, confirmava a interpretação que sempre se dera ao artigo 194 da Lei Magna de 1946.

[15] *RDA*, v. 1, p. 565.

A Carta vigente, de 17 de outubro de 1969 (Emenda nº 1 à Constituição de 1967), reproduz, no art. 107, o mesmo dispositivo consagrador da possibilidade de responsabilidade objetiva do Estado e a ação regressiva contra o funcionário nos casos de culpa ou dolo.

25. Desde a Constituição de 1946 não há nem pode haver discussão quanto à possibilidade da responsabilização objetiva do Estado, ante o teor irrefragável dos textos mencionados.

Vem a talho sacar à lume comento do autorizado Seabra Fagundes:

"Para que houvesse responsabilidade da Fazenda Pública, com base no direito anterior à atual Constituição (o autor está se referindo à Constituição de 1946), era preciso que se somassem as seguintes condições:

a) ter o representante praticado o ato no exercício da função ou a pretexto de exercê-la;

b) ser ilegal o ato por omissão de dever expressamente prescrito, ou por violação ativa do direito;

c) do ato advir dano a alguém.

Do segundo destes requisitos já não é de cogitar, em face do art. 194 da Constituição. Adotada, como foi nesse texto, a teoria do risco criado, já não importa a ilegalidade do ato, conquanto, via de regra, a responsabilidade decorra de atos ilegais. Desde que haja um dano haverá lugar à indenização, resulte esta de violação da lei ou não. Salvo, é claro, as exceções que possam ter raízes na própria Constituição."[16]

26. O que pode ser objeto de textilha doutrinária e jurisprudencial é a questão de se saber o teor dos arts. 194 da Constituição de 1946, 105 da Carta de 1967 e 107 da Carta de 1969, apenas *agasalha* a responsabilidade objetiva, tornando-a *suscetível* de ser aplicada em alguns casos, de par com a responsabilidade subjetiva, cabível em outros tantos, ou se a responsabilidade objetiva tornou-se regra *irrecusável* na generalidade dos casos.

Partidários do primeiro entendimento são Caio Tácito — que entende cabível a responsabilidade objetiva nos casos de dano *anormal* decorrente de atividade lícita do Poder Público, mas lesiva ao particular[17] — Alfredo de Almeida Paiva, Gonçalves de Oliveira e Themístocles Cavalcanti, conforme noticia o mestre citado.

[16] Op. cit., p. 215.

[17] *RDA*, v. 55, p. 262 e segs.

Em posição oposta estão Aguiar Dias[18], Seabra Fagundes[19], Mário Mazagão[20], que foi inclusive quem ofereceu, como constituinte de 1946, o texto do art. 194, Hely Lopes Meirelles[21] e muitos outros, todos considerando que desde o texto constitucional de 1946, a responsabilidade objetiva é a regra no direito brasileiro.

27. Com efeito, dúvida alguma pode prosperar quanto ao cabimento da responsabilização objetiva, no caso de atos lícitos causadores de prejuízo especial e anormal aos administrados. Assim também no caso de danos oriundos do chamado "fato das coisas", quando as lesões ao patrimônio privado decorrerem, por exemplo, de explosões em arsenais públicos ou de modo geral em bens ou serviços a cargo do Estado, ainda que estes sejam devidos a casos fortuitos.

De outra parte, há largo campo para a responsabilidade subjetiva, no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.

28. Parece-nos que a doutrina correta, perante as disposições normativas do país, é a sustentada pelo prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e colhida neste excerto do reputado mestre, em que, interpretando o texto constitucional, enuncia quando cabe responsabilidade objetiva e quando cabe responsabilidade subjetiva:

"A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação *positiva* do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômico ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atentam contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns, inerentes à vida em sociedade.

Consiste em *ato comissivo,* positivo do agente público, em nome e por conta do Estado, que redunda em prejuízo a terceiro, conseqüência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa. Esta, em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco proveito. A responsabilidade do Estado *por omissão* só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que

[18] *RDA*, v. 15, p. 65 e segs. *Da responsabilidade civil,* 1954, p. 552 e segs.
[19] Op. cit. loc. cit.
[20] *Curso de direito administrativo.* Ed. Revista dos Tribunais, 6. ed., 1977, p. 303.
[21] *Direito administrativo brasileiro.* Ed. Rev. dos Tribunais, 4. ed., 1976, p. 605 e segs.

não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados."[22]

Acrescentaríamos, apenas, em adendo à opinião expressada e transcrita, que ademais dos casos de comportamento comissivo (ato ou fato) deve-se incluir também entre as hipóteses de responsabilidade objetiva quaisquer eventos lesivos que resultem do "fato das coisas", isto é, em que o dano proceda de acidentes oriundos diretamente das próprias coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia. Fora daí a aplicação da teoria do risco administrativo será excepcional.

29. O certo e inquestionável, demais disso, é que se engaja responsabilidade estatal toda vez que o serviço apresentar falha, reveladora de insuficiência em relação ao seu dever normal, causando agravo a terceiro.

V. *Responsabilidade estatal na jurisprudência brasileira*

30. Como se acentuava, desde períodos remotos, nossa jurisprudência acolhe a responsabilidade do Estado. Os repertórios apresentam messe farta e pelo comprovar não há mais que consultá-los. Casos existem aos racimos, não havendo como lavar-se da conclusão de que o Judiciário brasileiro sempre esteve vigilante em assegurar a obrigação estatal de ressarcir danos causados aos particulares.

31. Para referir hipóteses diversas de responsabilização é útil transcrever remissão feita por Aguiar Dias a numerosos acórdãos citados em sua obra *Da responsabilidade Civil*. O mencionado jurista relaciona casos de responsabilidade estatal por quantias desviadas por depositário público; por prejuízos resultantes de entrega de mercadoria sem o respectivo conhecimento; por dano causado por louco, cujo internamento a autoridade deixara de prover; pelo assassínio de réu preso que se encontrava sob custódia policial; por má conservação de ponte, cujo estado defeituoso, permitiu queda de transeunte no rio; por infecção contraída por menor internado em estabelecimento assistencial do Estado; por danos sofridos em hospitais do Governo; por acidentes causados por veículos do Estado; por incêndio provocado por operário do Estado em razão de manuseio ineficiente de aparelho destinado a extinguir pragas de lavoura; por desastre em conseqüência de abandono de posto pelo guarda-cancela; por danos oriundos de rompimento de galerias

[22] op. cit., p. 487. Os grifos são nossos.

pluviais; por prejuízos derivados de alteração do nível de via pública, ou por insuficiência de valas de escoamento; etc.[23]

Seabra Fagundes coleciona, exemplificativamente, as seguintes hipóteses: responsabilidade do Município por danos resultantes de explosão em pedreira cujo funcionamento fora irregularmente licenciado (TJDF, 1911); por apreensão de café, pelo Serviço Sanitário, a título de imprestável para o consumo, sem que o bem fosse inútil para fins industriais (TJSP, 1916); por deportação indevida de brasileiro naturalizado (STF, 1908); por apreensão ilegítima efetuada por agente municipal, de porcos criados em região onde a atividade era lícita, condenando-se o Município ao pagamento do valor deles e mais lucros cessantes (TJDF, 1913); por apreensão de carroça e animal de tração vendidos em hasta pública em seguimento à multa, sob color de suposta infração da vítima, ao depois reconhecida como inexistente (TJDF, 1913); por dano à tipografia e oficinas de um órgão de imprensa, reconhecendo-se, inclusive, culpa *"in vigilando"* quando à ausência de medidas para prevenir a alteração da ordem, violação da propriedade e descoberta dos delinqüentes, o que tornaria dispensável averiguar, no caso, se a lesão foi efetivamente praticada por funcionários ou empregados públicos no exercício de sua atribuição (STF, 1916); por falta de providências policiais, propiciatórias de que a multidão desarmada assaltasse e saqueasse propriedade da vítima (TJSP, 1936); por danos provenientes de atos lícitos, ditados pelo interesse público, mas lesivos à propriedade particular, como fruto de atos positivos de seus funcionários (TJDF, 1918); por obra pública em bem de uso comum do povo, da qual resultou dano a proprietários adjacentes (TJSP, 1937); por violação ao direito de promoção de funcionário (STF, 1918) e muitos outros.[24]

Decisões a basto poderiam ser arroladas confirmando o que se tem dito. O mesmo Seabra Fagundes na obra e local citados, aponta como síntese expressiva da jurisprudência anterior ao Código Civil, acórdão do STF, de 29 de agosto de 1914, em que este pontifica:

"É doutrina já firmada em nossa jurisprudência, copiosa e persistente, a responsabilidade civil do Estado pelo dano causado ao direito de particulares pelos funcionários, órgãos ou prepostos da Administração Pública, responsabilidade que se resolve na indenização das perdas e danos causados".[25]

[23] "Responsabilidade civil do estado". *in RDA*, v. 11, p. 19 e segs.

[24] Op. cit., p. 205-206.

[25] *Revista do Supremo*. v. 3, p. 72.

Também a responsabilidade por danos em época revolucionária foi aceita pelo STF, antes do advento da Constituição de 1946. Serve para confirmá-la decisão daquela Corte, publicada na *Revista de Direito Administrativo,* v. 5, p. 155, de maio de 1945, de acordo com a qual "Responde o Estado pelos danos verificados no movimento revolucionário de 1930 pela falta de garantia e assistência policial aos particulares".

Outrossim, o STF, em 1948, reconhecia responsabilidade pública por dano causado por ato praticado com base em lei ulteriormente declarada inconstitucional.[26]

A responsabilidade por mau funcionamento do serviço, admitida em tantos acórdãos, bem se estampa no recurso extraordinário 20 372 de 25 de abril de 1958, em decisão do STF. Assim também, a inércia administrativa, tal como em muitos outros julgados, foi reputada pelo STF como causa da obrigação de reparar o dano sofrido por particular, no recurso extraordinário nº 61 387, de 29 de maio de 1968. A responsabilidade por danos multitudinários, encontra demonstrativo em acórdão do STF no recurso extraordinário nº 57 550 de 1967. A responsabilidade estatal por danos oriundos de enchentes provocadas por chuvas torrenciais, cuja reiteração no passado exigia providências que foram omitidas, foi reconhecida pelo STF no Agravo de Instrumento nº 58 561, em 23 de outubro de 1973 (RTJ, 70/704).

A adoção de teoria do risco administrativo foi expressamente professada em Acórdão do TJSP, publicado na *Revista de Direito Administrativo,* v. 22, p. 172, em decisão que reconheceu indenização por danos à propriedade particular, decorrentes de ação da polícia em luta contra os subversivos.

Assim também, o TJRJ, na Apelação Cível nº 87 990 de 1976, decidiu que a responsabilidade civil do Estado independe de culpa. O TJSP, em 1965, na Apelação Cível nº 140 926, publicada na *Revista de Direito Administrativo,* v. 87, p. 221, firmava que a responsabilidade da Administração pelos danos causados por obra pública, independe de prova de culpa, bastando a existência do nexo causal.

32. Os vários julgados referidos confirmam, às completas, a tese de que a responsabilidade do Estado, no Brasil, sempre foi considerada, assim na doutrina que em sua aplicação nos pretórios, como regra de nosso direito público. Demais disso, por via deles se demonstra acentuação da tendência ampliativa dos casos de responsabilização patrimonial do Poder Público por danos decorrentes de atividade administrativa.

[26] *RDA*, v., 20, p. 42.