

Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Professora Adjunta de Direito Constitucional da Faculdade de Direito PUC-MG

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza da responsabilidade do Estado. 3. Fundamentos da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado. 4. Regime Jurídico da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado. 5. Responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado no Brasil. 6. A ação regressiva. 7. Conclusões.

1. *Introdução*

A responsabilidade é a marca fundamental do Estado contemporâneo. Vislumbrado sob a perspectiva democrática, que constitui seu ideal e sua justificativa, o Estado contemporâneo é repensado e tem o seu Direito revisto e refeito sob o binômio participação e responsabilidade da sociedade e da própria entidade estatal.

A responsabilidade, aqui visualizada em seu aspecto mais inteiro e estendido a todo o corpo social e a toda estrutura estatal, traduz o sinal de coerência interna da proposta democrática na convivência política. O sentido de responsabilidade entronizou-se na essência do Direito, por ser considerado atualmente elemento imprescindível à realização da Justiça material.

O princípio da responsabilidade estatal — que não se desgarra nem se surpreende politicamente em estado de isolamento da responsabilidade social, vale dizer, de cada indivíduo em face de seu grupo social — indica, como nenhum outro, a profunda transformação do conceito, estru-

tura e dinâmica do Estado Moderno, como o acentuava sabiamente DUGUIT⁽¹⁾, e a própria noção e dinâmica do Direito Público nos momentos mais recentes de nossa história, quando se substituiu a tônica fundamental do tratamento Jurídico do Estado para o indivíduo, que o cria e nele vive para se aperfeiçoar e se realizar, e não o contrário.

O movimento social que reorganizou as relações entre os indivíduos e o Estado abriu espaço para que fossem revisitadas as noções de responsabilidade jurídica e do próprio Direito Público, consoante antes enfatizado.

É que numa nova postura jurídica sob a qual se enfoca o Estado, as noções, princípios e institutos do Direito Público sofrem substanciais alterações de correspondência e adequação. As funções do Direito, numa sociedade em que o indivíduo seja o elemento de valorização e de medida geral para a validade e certeza de todas as diretrizes e dinâmica institucional, voltam-se ao atendimento primário das necessidades do ser humano, evoluindo-se todos os institutos no sentido de preservá-lo e oferecer todas as condições para a sua realização. O Direito deixa de ser um instrumento a serviço do Poder e passa a ser o que sempre deveria ter sido, especialmente quando nos referimos ao Direito Público, um instrumento de realização da Justiça a serviço do indivíduo⁽²⁾.

A responsabilidade estatal, que se busca aqui estudar brevemente, tem o sentido de uma obrigação jurídica que tem o Estado de deixar imune de qualquer dano o patrimônio particular atingido por sua conduta, restabelecendo-se, assim, a situação anterior ao dano em que o mesmo se encontrava.

A responsabilidade é, pois, princípio jurídico embasador do sistema jurídico democrático. Ao lado de outros princípios, como o da legalidade, o da igualdade de todos na lei e em toda a dinâmica estatal, e de certa forma complementando-os para a realização prática da Justiça material, ela atua como o elemento garantidor da invulnerabilidade dos direitos fundamentais do indivíduo assegurados no sistema jurídico ante as investidas do Poder Público que podem, e com frequência esbarram e ingressam, na seara preservada juridicamente de sua atuação.

É freqüente encontrarem-se afirmativas no sentido de que a responsabilidade estatal tem o seu fundamento no princípio da legalidade. Autores celebrados consideram a responsabilidade estatal um dos pilares do Direito

(1) Incontestablement, c'est l'extension toujours plus grande donnée à la responsabilité de l'État qui révèle mieux que toute autre chose la transformation profonde de l'État Moderne et la disparition constante et progressive de la notion de souveraineté." (DUGUIT, Léon — *Traité de Droit Constitutionnel*), Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, 1930, t. I, p. 459.

(2) Cf. SANTAMARIA PASTOR, *La Teoria de la responsabilidad del Estado Legislador*, apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *O problema da responsabilidade do Estado por actos licitos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 14.

Administrativo⁽³⁾. A eficácia do princípio da responsabilidade estatal dá a medida da efetividade do princípio da legalidade em determinado sistema jurídico. São princípios diversos, mas que atuam em direção única, qual seja, a de assegurar a plenitude dos direitos fundamentais do indivíduo sem que se perca do horizonte jurídico o norte maior da garantia de plenificação dos direitos da sociedade e de sua prevalência sobre os interesses particulares.

O princípio da legalidade, que se conjuga com o da responsabilidade, ora objeto de nossas preocupações, tem, hoje, conteúdo mais extenso e vivo do que jamais o teve. A legalidade é a instrumentalização da Justiça material, quando resultante de uma norma legítima e é a garantia do processo democrático de convivência política. Derrubado o fetichismo da lei, como peça bastante e solitária asseguradora da Justiça, assentou-se a sua necessidade como um dos elementos sem os quais o Direito não se cumpre e a Justiça não se realiza. Mas como pode conter a Justiça, a lei, sabe-se hoje melhor que ontem, pode conter a injustiça, a ditadura travestida de democracia, a execução da tortura fantasiada da execução de sentença justa.

A legalidade é dado essencial do Direito Democrático, mas tem conteúdo e forma diversos dos que assumia antes, e não se basta e nem é suficiente a que a sociedade certifique-se da Justiça do sistema político, nem da instrumentalidade do sistema jurídico para a consecução material prática daquela.

A legalidade carece de outros princípios, que lhe dêem efetividade e forma de justiça. Um dos princípios que se associa ao da legalidade para o cumprimento da finalidade democrática do Direito é exatamente o que centra nossas atenções.

Verifica-se, assim, que não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico — em sua formalização e em sua aplicação — o princípio da responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela aplicação deste princípio se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da legalidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.

A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o avatajamento da atuação do Estado, que quanto mais se espalha em sua

(3) "El principio de legalidad — y su garantía en el recurso contencioso-administrativo — y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen, por ello, los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende, justamente, de su correcto juego". (ENTERIA, Eduardo García de & FERNANDEZ, Tomás-Ramon — *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Editorial Civitas, 1986, t. II, p. 321).

presença na sociedade, tanto mais se arrisca a adentrar espaços dos particulares, invulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis.

A obrigação do Estado de atuar para atender às demandas da sociedade, que são cada vez maiores, não passa ao largo de uma obrigação que se impõe paralelamente de garantir ao particular a intangibilidade de sua esfera de direitos protegidos e intangíveis no cumprimento daqueles deveres.

Exsurge, então, com irretorquível peso, o princípio da responsabilidade estatal, que dimensiona o acatamento daquela segunda obrigação pela sua assunção no sistema jurídico. É matéria repleta de questões ainda na atualidade, se bem que já agora muito mais macia em sua cogitação jurídica que o foi anteriormente. Mas, principalmente, é matéria viva de interesse e plena de encantamento para o estudante de Direito, que nele encontra a mais sensível forma de execução do Direito Justo, em cuja órbita se cruzam os interesses da sociedade, que prioritariamente se cumprem pelo Estado, e os direitos do indivíduo, que não ficam em desvalia pelo acatamento e realização daqueles.

2. Natureza jurídica da responsabilidade do Estado

Muito se escreveu sobre o princípio da responsabilidade do Estado sob o título de "Responsabilidade Civil do Estado". Não foram poucos, em número nem em celebridade, também os autores que acorreram para esclarecer que não se tratava nem de "responsabilidade", nem de instituto "civil" (4).

É exato que não se cuida de instituto regido pelas normas civis, como também o é que o matizamento do instituto fá-lo traduzir-se diversamente de modelos jusprivatistas, longamente tomados como paradigmas para a solução das questões de direito público. Mesmo quanto ao princípio da responsabilidade do Estado, não se há de olvidar que os primeiros momentos de seu bosquejamento jurisprudencial prendem-se à vinculação do Estado aos parâmetros normativos do direito civil, considerado direito comum.

(4) No primeiro caso, enfatiza-se o pronunciamento de DUGUIT, segundo o qual "Se dice, y es verdad, que no se trata de responsabilidad y que se debería emplear una expresión diferente. Es posible; pero esta expresión no existe. Se puede emplear la palabra responsabilidad; basta con precisar su sentido y su alcance." (*Las Transformaciones del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L., s/d, p. 139).

Quanto à inadequação do adjetivo civil, frequentemente acoplado à expressão, ouça-se, dentre outras, a lição de AGUSTIN GORDILLO: "Se la llama todavía, a veces responsabilidad "civil" del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica "responsabilidad" del derecho privado, ni es tampoco "civil" en el sentido de regirse por las normas de dicho Código... "A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, es una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal." (*Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires. Ediciones Macchi, s/d. Parte General. t. II, XX, 5).

De outra parte, o rótulo de "civil", com que se cravou a responsabilidade do Estado até há pouco, tinha o sentido de se desvincular o seu entendimento da responsabilidade penal, que jamais poderia ser sugerida para a entidade pública.

Passados os momentos de afirmação do princípio, tendo as instituições de Direito Público ganho foros de autonomia e diretrizes próprias, há se notar, primeiro, que o princípio da responsabilidade medra em todos os campos do Direito Contemporâneo, não pertencendo a qualquer seara jurídica com exclusividade, nem se aplicando ao Estado por empréstimo ou por subsunção deste às regras juscivis, ficando as soluções dos casos em que compareça este instituto submetidos rigorosamente às regras do Direito Público, basicamente do Direito Administrativo, as quais têm especificidades que dissentem em sua aplicação, das regras do Direito Civil; o princípio da responsabilidade pertence à Teoria Geral do Direito, tendo a sua dinâmica ramificações e peculiaridades nos diferentes ramos desta área do conhecimento. Em segundo lugar, há de se enfatizar que a responsabilidade é princípio, perpassando todo o sistema jurídico democrático e afetando-o em sua interpretação e aplicação. Princípio é o ponto vital do qual nasce e em torno do qual volteiam as criações. Princípio é o Verbo, no sentido de ser o pólo primário essencial da criação e do desenvolvimento das criações. Princípio jurídico é o preceito normativo primário no qual se fundamenta e a partir do qual se desenvolve o sistema ordenador de Direito. O princípio jurídico traduz o continente e o contingente sistêmico, de onde partem todas as regras que compõem o ordenamento de Direito e para onde convergem as suas linhas de hermenêutica e aplicação. Do concurso principiológico de um sistema jurídico ressaem os preceitos embaixadores do ordenamento e a própria natureza do Direito posto. Na base de um sistema jurídico democrático conjugam-se os princípios da garantia da liberdade individual, da legalidade, da responsabilidade e da igualdade jurídica como pilares de sustentação e matizamento ideológico da normatização positiva.

Como princípio de Direito, a responsabilidade do Estado rege-se por normas de Direito Público, basicamente inseridas na seara do Direito Administrativo, desgarrando-se, destarte, de qualquer conotação de Direito Civil, que se lhe queira porventura apontar como fonte para deslinde de questões ocorrentes.

Anote-se, todavia, que como na área do Direito Civil, o de que se cogita na esfera do Direito Administrativo é, essencialmente, do restabelecimento de um dano através de refazimento patrimonial compensatório ou reparatório do agravo sofrido indébitamente, no plano do Direito, pelo particular, em virtude de uma atuação estatal.

Tal afirmativa tem, pois, o condão de equacionar os termos da responsabilidade estatal e que se resolverá, incontornavelmente, em termos patrimoniais, como de outro modo não poderia ser, vez que os limites da criação jurídica, como é a hipótese da pessoa estatal, esbarram nos lindes do criador, que mais não pode cogitar que da vivificação patrimonial e da sua

subsunção a regramentos legais que lhe dão mobilidade, finalidades e instrumentalidade. Tudo isto desagua na própria natureza da responsabilidade estatal, que bem reflete este caráter do Estado, ao se limitar a responder patrimonialmente ao particular pelos danos que contra ele vier a cometer.

A responsabilidade patrimonial do Estado pode decorrer de condição contratual ou extracontratual. No primeiro caso, vincula-se o Estado a uma obrigação de reparação patrimonial emergente de um clausuramento contido em contrato de que ele faz parte e ao qual se prendeu. Na segunda hipótese, a obrigação estatal decorrente do próprio sistema jurídico, que não acolhe a possibilidade de um Estado desobrigado ou descomprometido com os gravames que eventualmente podem advir de sua atuação aos particulares. Cuida-se, aqui, da responsabilidade extracontratual do Estado e é sobre esta que versam estas observações.

À parte as considerações sobre a natureza direta ou indireta e subjetiva ou objetiva do princípio da responsabilidade, que cada sistema jurídico cuidará de conhecer e acatar, e que será objeto de observações em outro tópico deste estudo (*), há se debruçar brevemente sobre a natureza reparatória, compensatória ou sancionatória da responsabilidade extracontratual do Estado.

Para tanto, cumpre aventurar-se, ainda que de leve, como é do espírito deste trabalho, sobre os cometimentos estatais que podem ensejar a aplicação do princípio da responsabilidade.

Não pendem mais qualquer dúvida na doutrina, e muito pouca ainda prevalece na jurisprudência, sobre a qualidade dos atos estatais de cuja prática ou omissão pode advir a necessidade de acatamento do princípio da responsabilidade e sua aplicação para a solução da causa decorrente da quebra de direitos do particular.

Atos lícitos ou ilícitos do Estado podem dar azo à aplicação do princípio da responsabilidade e a natureza jurídica obrigacional daí resultante surgirá da mesma raiz do Direito, mas com matizes específicos. Afasta-se de qualquer das figuras de responsabilidade estatal oriundas daqueles atos a natureza de sanção, que outras searas jurídicas acolhem. Responsabilidade do Estado não é instituto sancionador, é instituto restaurador de Direito. O que se busca é a tutela do espaço juridicamente protegido daquele que sofreu dano em virtude de atuação estatal, não a detração do autor do dano. O enfoque do princípio recai sobre o particular que suportou, sem obrigação jurídica, própria e válida, o dano e não sobre o Estado que lhe deu causa.

A responsabilidade, na hipótese aqui cuidada, não é punição do Estado, é proteção ao direito do particular. O comportamento estatal do qual decorreu o dano pode até ser, e muitas vezes o é, efetivamente, reprovável, censurável, inválido juridicamente; outras vezes, não. Nada disto muda a

(*) Cfr. p. 13.

imprescindibilidade e extensão do princípio da responsabilidade, pois não se busca por esta figura a reprovação do Estado; procura-se a proteção do indivíduo; não se busca a repulsa da entidade pública, mas a sua correção e coerência aos ditames da Justiça, pela priorização do indivíduo que nele se encontra e dele necessita.

O que se objetiva, pois, com o princípio da responsabilidade estatal é o restabelecimento das condições anteriores ao cometimento do dano que gravou antijuridicamente o particular, ou, quando impossível este restabelecimento, por ausência de condições jurídicas, materiais ou fáticas, o refazimento do seu correspondente juridicamente em pecúnia.

O que fica a se estudar é se este restabelecimento das condições anteriores, resolúvel em espécie pecuniária quando não o seja o dano e não o possa ser pela mesma espécie porque ocorreu o dano, tem a mesma natureza quando o cometimento gravoso ao particular decorreu de ato lícito e de ato ilícito do Estado.

Há, em ambas as hipóteses, uma satisfação pelo dano provocado, mas tem-se assentado, já agora com alguma freqüência e louvável rigor jurídico, que, enquanto o dano decorrente de ato estatal lícito demanda o suprimento patrimonial de natureza compensatória, o dano oriundo do cometimento estatal ilícito requer o ressarcimento de natureza reparatória⁽⁵⁾. É que naquele caso, de que se precisa é do reequilíbrio jurídico da situação do particular através da neutralização patrimonial do dano ocorrido, enquanto neste o que se aspira é à restauração do estrago pela retratação estatal que se converte em espécie pecuniária; naquele há uma recomposição, neste há um saneamento da esfera juridicamente protegida de alguém atingido pelo comportamento do Estado.

Atende-se a que, num como noutro caso, a responsabilidade impõe-se em seu sentido de plenificação do Direito protegido do particular alcançado pelo cometimento estatal, mas o aperfeiçoamento desta órbita jurídica tem em conta a natureza do dano provocado, sem, contudo, perder-se de vista, em qualquer momento, que o ponto de partida para a apuração da incidência do princípio da responsabilidade é a situação do particular, a sua vinculação com o Estado em virtude do nexó existente entre o dano a que foi ele submetido e o comportamento da pessoa estatal.

É de se notar que, conquanto se faça a distinção entre atos estatais lícitos e ilícitos para a aplicação do princípio da responsabilidade, não se confunde ou se equipara para qualquer efeito este princípio com o processo indenizatório do Estado nas atuações legais em que este seja parte, como ocorre e é freqüentemente exemplificado na desapropriação. Para que incida a responsabilidade do Estado, urge esteja presente o elemento dano, proveniente da atuação desta pessoa, enquanto, na segunda hipótese aventada, este não existe, havendo ali um condicionamento ao exercício

(5) Cfr. p. 7.

do direito protegido juridicamente, o qual se compõe com a possibilidade de superveniente atuação estatal a submeter um bem patrimonialmente mensurável às instâncias coletivas para o atendimento de um interesse público superiormente tutelado juridicamente e que agrega, portanto, a conjugação de ambos, admitindo, de pronto, a possibilidade de vir a ocorrer a subsunção do bem às injunções diretas do Estado, para tanto recompondo-se patrimonialmente o cabedal do particular. Não há dano, neste caso, mas condicionamento para o exercício do Direito; não há se cogitar de lesão ressarcível, mas em remanejamento patrimonial para a garantia do equilíbrio de situação jurídica anterior do titular do direito.

Pela responsabilidade do Estado, o indivíduo acha-se instrumentalizado a compor os seus eventuais conflitos entre a sua esfera de interesse juridicamente protegida e invulnerável à atuação exógena, e a órbita de interesses idêntica e superiormente tutelada dos interesses públicos, sem quebra do equilíbrio ou da dinâmica das instituições ou do sobrestamento da busca dos objetivos públicos.

Por outro lado, a responsabilidade do Estado enquadra a entidade pública, ou quem lhe faça as vezes, nos limites da legalidade material e do comprometimento integral com o Direito.

3. *Fundamentos da responsabilidade patrimonial do Estado*

Importa refletir sobre os fundamentos da responsabilidade do Estado, nos termos postos, a saber, a responsabilidade patrimonial extracontratual.

Não são poucos os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, nem são em menor número as propostas oferecidas para se fixarem tais fundamentos.

Considerou-se fundamento da responsabilidade do Estado o próprio Estado de Direito, que determina, no continente da legalidade, o comportamento estatal. Teve-se por fundamento a culpa do comportamento estatal, no agir em desconformidade à legalidade e atingir o particular em sua atuação. Ponderou-se ser este fundamento o princípio da igualdade de todos os indivíduos perante os encargos públicos, pelo que a desigualação provocada pelo excesso em que se converte, para o particular alcançado, a conduta estatal não poderia subsistir⁽⁶⁾.

Superada a fase de reconhecimento e de prevalência da responsabilidade subjetiva do Estado, vale dizer, aquela embasada na idéia de culpa,

(6) DUGUIT, Léon — Op. cit., p. 140; ENTERRIA, Eduardo García de — Op. cit., p. 337; BENOIT, Francis-Paul — *Le Droit Administratif Français*, Paris; Librairie Dalloz, 1968, p. 691; MELLO, Celso Antônio Bandeira de — *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1981, p. 137 — KLOSS, Eduardo Soto — "La responsabilidad pública: enfoque político", in *Responsabilidad del Estado*. Tucuman, Ediciones UNSTA, 1982, pp. 17 a 34; ALESSI, Renato — *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, pp. 27 e ss.

é de se acentuar o afastamento de algumas das teorias que prevaleciam sobre os fundamentos deste princípio, para se buscar na fase atual do Direito, posto na perspectiva democrática de suas instituições, consoante acima enfatizado, os elementos sobre os quais se fulcraria o instituto.

Duas são as teorias sobre os fundamentos da responsabilidade do Estado que preponderam na atualidade da doutrina, quais sejam, a que toma como fundamento o princípio da legalidade e a que tem fundamento no princípio da igualdade de situação dos indivíduos perante os encargos públicos.

Conquanto prevalentes, estes dois fundamentos apresentados não têm acatamento unânime, havendo aqueles que, à maneira de BÉNOIT, acentuam que o princípio da igualdade está à base de todo e qualquer instituto jurídico e que tem que ser acatado em sua plenitude: "S'il est donc heureux, politiquement, que notre technique de responsabilité administrative soit, comme la plupart de nos techniques juridiques, en harmonie avec notre principe d'égalité, ce n'est pas à dire que ce principe en soit le fondement. L'égalité doit être à la base de toutes nos institutions juridiques et sociales; elle n'est à proprement parler le fondement juridique d'aucune d'elles. Penser le contraire, c'est mêler le problème juridique du fondement des institutions et le problème politique de l'appréciation de leur valeur" (Op. cit., p. 693.)

É, aliás, aquele autor que explicita a distinção entre o fundamento e o regime da responsabilidade do Estado, explicando ser aquele "celui qui soulève la recherche des raisons d'être des conditions précédemment définies et des rapports établis entre elles" (Idem, *ibidem*).

Por considerar a responsabilidade do Estado princípio do sistema jurídico democrático social, claro está que as suas razões de ser, para se empregar a expressão do mestre francês, têm que estar aclimatadas juridicamente com os próprios fundamentos daquele sistema que tem base política relativa, engajada historicamente.

Daí porque parece-me que a responsabilidade do Estado tem como fundamento jurídico o regime político eleito pelo sistema. Note-se que esta escolha é de ordem política, porém a sua estratificação jurídica insere-o no ordenamento como preceito, princípio ou norma do mesmo, depurando-o da sua qualidade meramente política.

Da opção pelo regime democrático social e pela forma republicana do exercício do Poder, nascem os princípios da legalidade, da responsabilidade e da igualdade, que se conjugam para a realização da Justiça material, buscada com o assentamento do sistema jurídico.

Poder-se-ia cogitar de uma democracia social onde a irresponsabilidade, especialmente a do Estado, objeto de nossas preocupações, desse a tônica do exercício do Poder? Poder-se-ia pensar numa democracia leviana,

fulcrada no sentido da vontade do eventual detentor do Poder? Democracia é outro nome de responsabilidade, de adequação de comportamentos sociais e estatais ao direito posto como instrumento de proteção dos indivíduos e seu fiel cumprimento e execução. Daí porque sempre se acentuou que a responsabilidade do Estado sofreu diretamente o impacto das ideologias que foram modelando e remodelando, historicamente, o Estado e suas relações com a sociedade. As alterações ideológicas que transformaram a pouco e pouco o Estado, refletiram-se nas alterações que, a pouco e pouco igualmente, modificaram os regimes da responsabilidade estatal.

Por outro lado, o princípio da responsabilidade pública repousa e lança-se na esfera sistêmica do Direito a partir da sustentação e da aplicação do princípio republicano. Não me refiro, aqui, evidentemente, ao epíteto da forma de governo acatado em dado ordenamento posto, mas na dinâmica institucional que faz do Poder uma *res publica* ou uma coisa gerida para a satisfação espúria de interesses particulares. Não importa ao Direito os rótulos apostos ou adotados no sistema jurídico, mas a realidade institucional. Direito é verdade, não se faz Direito da mentira jurisdicizada. Lembro o grande RUI ao afirmar ter aprendido “a não ter preferências abstratas em matéria de forma de Governo, a ver que monarquias nominais podem ser de fato as melhores Repúblicas, e que, na realidade, as Repúblicas aparentes são muitas vezes as piores tiranias. . . Das idolatrias conhecidas na história da cegueira popular, nenhuma é menos sensata que a das formas de Governo. Acima destas está a felicidade da pátria. Mas acima da felicidade da pátria inda há alguma coisa: a liberdade; porque a liberdade é a condição da pátria, é a consciência, é o homem. . .” (BARBOSA, RUI — *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva & Cia., I vol., pp. 49 e 50).

Todo regime republicano, em seu desempenho, obriga-se com a sociedade e é esta obrigação que, dentre outros princípios, dá forma ao princípio da responsabilidade do Estado.

Pioneiro da assertiva sobre a importância do princípio republicano na sistematização normativa foi, entre nós, JOSÉ FERNANDES FILHO. Enfático, este mestre sempre cunhou de imprescindível ao entendimento dos fundamentos de diversos institutos de Direito Administrativo o exame do princípio republicano, em cujo conteúdo fixa-se o norte da ordem jurídica dos povos que o adotam, quer em sua rotulação de forma de governo, quer em sua prática administrativa.

Temos, pois, como fundamentos do princípio da responsabilidade do Estado o princípio democrático, que cinge a pessoa estatal à obrigação jurídica de não permitir que lesões aos particulares provenientes de sua conduta na gestão da coisa pública restem ao desamparo e, de outra parte, o princípio republicano, do qual nascem os direitos dos indivíduos a que a coisa pública seja administrada e destinada as atividades havidas por essenciais de forma aberta e comprometida com a sociedade, sem quebra

da igualdade de todos os que compõem o público, titular desta mesma coisa. Do primeiro princípio supra-apontado surge, eminente, de imediato, o princípio da legalidade e da responsabilidade e do segundo, nasce, diretamente, o da igualdade de todos no suportamento das incumbências públicas e, correspectivamente, como a materialização deste princípio, o da responsabilidade. Os princípios da legalidade, da responsabilidade do Estado e da igualdade de todos na lei aperfeiçoam os pilares mestres sobre os quais se funda o próprio Estado Contemporâneo, qual seja, o Estado Democrático de Direito: os princípios da Democracia e da República.

Saliente-se que os princípios da legalidade, da responsabilidade estatal e da igualdade de todos na lei, este com as suas variadas modalidades de aplicação, condensam-se na estruturação e arrematamento do Estado Democrático de Direito, de forma a dar-lhe conteúdo específico e instrumentalização social à sua persecução e efetividade.

4. *Regime da responsabilidade patrimonial do Estado*

Sob este subtítulo pretendo estudar as condições de aplicação do princípio da responsabilidade do Estado, numa visão histórica e numa abordagem breve sobre os dados que compõem aquelas condições no momento atual.

4.A) *Formação histórica do princípio da responsabilidade do Estado*

Tem se afirmado, doutrinariamente, que o princípio da responsabilidade do Estado é fruto de formação jurisprudencial e que é peculiaridade do Estado Moderno.

Em verdade, sob o enfoque atual, dúvida alguma pode existir quanto à absoluta correção destas duas assertivas, de resto feitas por jusdoutores, líderes do pensamento jurídico contemporâneo.

Todavia, não seria demais, nem equívoco, trazer-se aqui preceito contido no Código de Hamurabi que por ser texto jurídico do Estado Antigo reflete a correção do que antes coloquei sobre os fundamentos do princípio da responsabilidade pública.

Rezam os parágrafos 22, 23 e 24 do Código de Hamurabi:

“§ 22. Se um awilum cometeu um assalto e foi preso: esse awilum será morto.

§ 23. Se o assaltante não foi preso, o awilum assaltado declarará diante do Deus todos os seus objetos perdidos: a cidade e o governador, em cuja terra e distrito foi cometido o assalto, o compensarão por todos os objetos perdidos.

§ 24. Se foi uma vida (o que se perdeu), a cidade e o governador pesarão uma mina de prata para sua família.”

Nos parágrafos 23 e 24 daquele Código, pois, preceituou-se que os indivíduos não deixariam de ter refeitos os seus patrimônios ou compensados os gravames sofridos, inclusive com perda da vida de vítima de assalto, quando “a cidade e o governador”, que então representavam o Poder Público, não solucionassem os danos sofridos na convivência social, cuja segurança era expressamente arrolada como sua atribuição fazer manter.

O que mais chama a atenção no texto normativo enfocado é a exigência de não se deixar a descoberto de medidas assecuratórias os direitos dos particulares, quando a ação do Poder Público não fosse eficaz e suficiente para atender à necessidade social.

Sabe-se que o Estado Antigo era teocrático, e o Código de Hamurabi não deixa qualquer dúvida sobre tal condição naquela sociedade política.

Entretanto, é inegável que as regras acima transcritas demonstram o acatamento de uma figura extraordinariamente próxima da responsabilidade estatal que somente veio a ter guarida em etapas mais recentes do Estado moderno.

Todavia, não se pode deixar de atentar à exposição de SOTO KLOSS sobre a presença, no direito romano, da idéia de responsabilidade. Observa aquele autor que “. . . para el romano el *jus* no es asunto de normas, sino que es asunto de justicia, *ars boni et aequi*, aparece evidente que la existencia de un daño implica, de suyo, una ruptura en esa relación de igualdad (en que consiste basicamente la justicia, y más concretamente lo justo jurídico, su objeto, esto es el Derecho), un desequilibrio, una injusticia, que es necesario restablecer.

La obligación de reparar, pues, nace no de una falta, ya que si ésta no existe, igual se produce el desequilibrio y la ruptura de la justicia, que es necesario establecer. Nace del daño, perjuicio que comporta una injusticia (*damnum injuria datum*) y la injusticia — para que exista paz en la ciudad — debe ser reparada, puesto que ella es la perturbación del orden, indispensable para la convivencia en sociedad”. (Loc. cit., p. 21.)

A afirmação do princípio da responsabilidade estatal dá-se, contudo, de forma definitiva em etapas mais recentes do Estado Moderno, posto serem os primeiros períodos deste torneados pela forma autoritária de exercício do Poder Público, o qual, mesmo de público, tinha muito pouco. *King Can do Not Wrong*. Onde o Rei, encarnando o próprio Estado, como se passou nos primeiros momentos de afirmação do modelo moderno de sociedade estatal, não incide em falhas, não há danos. E onde não há danos, o que dirá da responsabilidade que dele decorre.

Assim, corolário histórico e lógico da primeira fase do Estado Moderno com a sua opção pelo regime político autoritário, foi a ocorrência da irresponsabilidade do Estado.

Mesmo quando o regime democrático, pensado em sua forma liberal e liberalizante do individualismo do século dezoito, fez-se palavra de ordem da opção política, não se firmou, de imediato, o princípio da responsabilidade. Compreende-se. A democracia em cujo seio se acolhe o princípio da responsabilidade estatal é aquela que se contém no espaço participativo e republicano da sociedade, e não a que se acolhe como nome e encarece apenas o indivíduo, cujo interesse sobreleva às necessidades e aspirações da sociedade. A democracia sem fundo social, sem conteúdo jurídico voltada para a congregação dos valores do indivíduo em sua ambiência social, como a que se esboçou no século dezoito, tinha espaço reduzido, se bem que não de todo ausente, para o princípio da responsabilidade. De resto, não dispunha de conteúdo social cumprido pelo princípio da legalidade material, ao lado do qual aquele se firma e se engrandece; cuidava-se, então, e apenas, da legalidade formal, sem conteúdo real e sem comprometimento com outros valores que não os que decorriam do individualismo.

Constata DUGUIT que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não trazia qualquer referência à responsabilidade do Estado, mas tão-somente menção à responsabilidade do agente público: "Art. XV — La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration".

Sem embargo de tal afirmativa, contudo, salienta EDUARDO ORTIZ Y ORTIZ que "Parte esencial del sistema fue la propiedad privada. La Declaración de Derecho del Hombre consagró la libertad, la igualdad y la propiedad como extensiones de la personalidad, sin las cuales es imposible la vida en comum. En las garantías de la propiedad y de la igualdad ante la ley está larvada la responsabilidad estatal, la cual, sin embargo, no aparece formulada en la Declaración ni en ninguna de las Constituciones revolucionarias". (*Responsabilidad de la Administración Pública — Evolución y Tendencias*, In Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 1980, p. 86).

A idéia força do Direito que se estabeleceu naquela quadra histórica e que parece ter contribuído para o entrave ao amadurecimento do princípio da responsabilidade estatal, é a da soberania do Estado. Com esta idéia, que ainda hoje pretende fazer refugir da incidência daquele princípio, na jurisprudência, uma parcela dos atos estatais constituiu-se uma cidadela de inexpugnabilidade dos atos do Poder Público. Como relevava DUGUIT "soberanía y responsabilidad son nociones que se excluyen". (*Op. cit.*, p. 135.)

A incontrastabilidade do Poder Público e de seus atos, que se condensava no princípio da soberania, não apenas não permitia que o princípio da responsabilidade atingisse a pessoa estatal, mas inclusive impedia que a responsabilidade dos agentes públicos viesse a ter efeito concreto e pleno, à medida em que se exigia que a impugnação dos atos destes ficava a depender de prévia autorização para o processo a ser contra eles ajuizado.

Todavía, ao dogma da soberania do Estado e de sua inexpugnabilidade, acrescentava-se, no sistema jurídico então vigente em França, o dogma da propriedade privada, como valor absoluto, "direito inviolável e sagrado" do indivíduo, sendo os magistrados de então, como os próprios legisladores, "mais proprietaristas que soberanistas", na feliz explicação de DUGUIT (Op. cit., p. 137).

No embate entre o princípio da soberania e o direito à propriedade privada que, eventualmente, se travava, pela incidência sobre o patrimônio particular do dano oriundo da atuação do Estado, decidia-se de molde a, pouco e pouco, cogitar-se de indenizações que tinham natureza reparatória.

A própria dificuldade criada para se atingir o Estado, forçando-o a se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua atuação, e que fez com que se erigisse legalmente o agente público como responsável diretamente pela lesão e, paralelamente, o embaraço apostado a se alcançar o próprio agente, pela necessidade da imprescindível e prévia autorização para o processamento do mesmo, acabou criando a senda para o forcejamento da condução da própria pessoa estatal a se responsabilizar pelos seus atos.

O celebrado *arrêt Blanco* foi o líder pioneiro da jurisprudência, que viria a provocar a profunda mudança de orientação no entendimento sobre o princípio da responsabilidade do Estado.

Datado de 8 de fevereiro de 1873, assentou-se pela decisão proferida neste caso que, a uma, a própria Administração Pública poderia ser responsabilizada por danos decorrentes de serviços por ela prestados e, a duas, que a norma civil não se aplicava a estas hipóteses, havendo, portanto, autonomia jurídica da norma administrativa para o tratamento destes casos.

É certo que por esta decisão excluía-se do conhecimento e julgamento dos Tribunais Comuns, aplicadores do Direito Civil, as causas em que fosse parte como possível responsável a Administração Pública, ficando elas, então, submetidas aos Tribunais Administrativos, o que de alguma forma significava o dificultamento dos julgamentos.

Neste sentido é que acentua EDUARDO ORTIZ Y ORTIZ ser "claro, en todo caso, que el *arrêt Blanco* siembra el germen de posibles exenciones de responsabilidad en favor de la Administración, al sentar la regla de que esa responsabilidad "no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según los imperativos del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados". Aquellos imperativos y estos derechos podían conducir, y condujeron, a la creación de reservas de irresponsabilidad o de responsabilidad atenuada, en comparación con la que era propia entre particulares, o del mismo Estado con su capacidad de derecho privado, con solo invocar el Conseil d'Etat o la ley especial un interés público incompatible con la plena responsabilidad común de la Administración" (loc. cit., p. 88).

Mas a partir desta decisão, seguida de outras de igual sentido e de idêntica diretriz, iniciou-se uma caminhada inestancável no sentido do alargamento do princípio da responsabilidade do Estado, o que foi facilitado pela alteração da própria ideologia social, que tingiu a democracia renovando o arcabouço jurídico do Estado.

4.B) *Evolução do princípio da responsabilidade do Estado*

Assentado que o princípio da responsabilidade poderia incidir sobre o Estado, abria-se espaço à evolução do regime jurídico que o caracterizaria.

Neste tema, duas teorias mais importantes prevalecem e ainda preponderam, uma mais frequentemente que a outra.

I — *A responsabilidade subjetiva do Estado*

Inicialmente predominou o sentido subjetivo da responsabilidade do Estado, que pode ser entendida como aquela que se fundamenta e se aplica segundo a ocorrência do elemento culpa, esta entendida como atuação inválida por afrontar o Direito.

Numa primeira etapa de aplicação, a responsabilidade do Estado explicou-se e executou-se segundo os termos subjetivos da doutrina civilista.

Há que haver, pois, violação do Direito com a resultante de um prejuízo causado a outrem, ou, na lavra límpida de CLÓVIS BEVILAQUA, “Na culpa há sempre a violação de um dever preexistente” e, na responsabilidade do Estado é necessário “que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei, ou por violação do direito”. (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio. Ed. Rio, 1977, vol. I, p. 215.)

A culpa civil, identificada, determinada e individualizada, foi, contudo, substituída pela noção publicística da culpa. Para os efeitos da responsabilidade patrimonial do Estado, passou-se a ter como culpa não mais aquela violação do direito praticada por alguém agindo pelo Estado, mas a culpa do próprio Estado, pessoa que atua através dos órgãos, os quais, à sua vez, compõem-se e dinamizam-se pelos agentes públicos. Não se individualiza, assim, a culpa pública, a qual é, pela sua própria conformação estatal, indeterminada e, por vezes, até mesmo indeterminável. A culpa seria, então, do serviço, ou, na expressão francesa na qual se tem ainda uma vez a vertente deste entendimento, a “faute de service”. Assim, se o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou inoportuna ou intempestivamente, e de tal situação sobreveio dano a alguém, o serviço público foi o causador da lesão, sendo-lhe, de conseguinte, imputada a responsabilidade. A culpa é, pois, do serviço, imputando-se ao Estado a responsabilidade dela decorrente, pois a ele se atribui a competência para, a prestação eficiente, correta e legal do serviço público.

Observa-se, entretanto, que a individualização da culpa e a sua publicização não tiveram o condão de objetivar, por si só, a responsabilidade do Estado. A noção de culpa comporta um traço subjetivo que lhe é indelével. Logo, poderia ocorrer uma ausência de serviço público devido, sem que se pudesse, necessariamente, responsabilizar-se por isso a entidade estatal, se não se pudesse, então, comprovar-se ter havido um dos três elementos vinculados tradicionalmente ao conceito *lato* de culpa, a saber, a negligência, a imprudência e a imperícia. Assim, ausente qualquer destes elementos caracterizadores da culpa, não haveria que se cogitar do fator subjetivo, sem o qual não se poderia sustentar a responsabilidade do Estado.

II — A responsabilidade objetiva do Estado

O alargamento do princípio da responsabilidade do Estado veio a propiciar a substituição, ou pelo menos, a convivência, vez que alguns autores, legislações e jurisprudências ainda sustentam a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Nesta, o que se necessita para a sua configuração é da comprovação de nexo de causa e efeito, entre o comportamento estatal e o dano provocado sobre a órbita jurídica protegida do particular.

Se do comportamento comissivo ou omissivo do Estado sobrevier dano injusto que onere o campo de direitos de alguém, responsável patrimonialmente será a pessoa estatal.

O que se requer, nesta hipótese, é a comprovação da existência do dano e a relação causal entre este e a conduta estatal, o que bastará a imputar a esta pessoa a responsabilidade pelo gravame injusto imposto a alguém⁽⁷⁾, posto não se compadecer a responsabilidade objetiva com o juízo de culpabilidade.

O que importa salientar é que, na teoria da responsabilidade objetiva, afastada está qualquer idéia de culpa, mesmo que presumida ou indireta. A objetividade significa a exclusão do elemento subjetivo contido na noção

(7) Ensina HELY LOPES MEIRELLES que "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, os fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros. Nessa tentativa surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral..." Explicando que a teoria da culpa administrativa "representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu...", o insigne autor paulista somente afasta-se da idéia de culpa, inclusive a administrativa, como componente da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, quando tece escólios sobre a teoria do risco administrativo, a qual, segundo ele, "faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e 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." (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1989, p. 550.)

de culpa, qualquer que seja o contorno, o rótulo ou o matiz em que venha esta travestida. A responsabilidade objetiva do Estado diz com a ausência deste elemento subjetivo.

4. C) *Do nexó de causalidade entre o comportamento estatal e o dano responsabilizável*

Na doutrina dominante, portanto, sobre a responsabilidade objetiva do Estado, imperioso é situarem-se as condições acolhidas pelo Direito como sendo as que estabelece o suscitamento daquele princípio.

Para que seja a entidade estatal responsabilizada perante o particular pelo seu comportamento, lícito ou ilícito, urge que entre este e o dano resultante tenha havido nexó de causalidade, do qual nasce o vínculo obrigacional extracontratual entre o sujeito estatal e o particular.

Importa, pois, perquirir-se por que, quando e como imputar-se ao Estado aquela obrigação. Para tanto, é de se questionar sobre: I) o título sob o qual se responsabiliza a entidade estatal; II) a relação de causalidade entre o seu comportamento e o dano; III) as características deste dano para que possa ser ele imputável ao Estado (e quando não o pode); e, ainda, IV) o regime de responsabilidade direta ou indireta que o dano pode impor à pessoa pública⁽⁸⁾.

I — Responsabiliza-se o Estado pelo dano que lhe seja imputado, primariamente, porque o autor do evento danoso obriga-se pelo que do seu comportamento decorreu. Constatado que o autor físico do sucesso do qual adveio o dano integra os quadros da Administração Pública, a qual pela sua própria qualidade de pessoa jurídica, despojada de vida psíquica própria, age através daqueles que lhe integram os órgãos, dotando-a de mobilidade jurídica e política, inegável é que afirme-se esta pessoa como um dos pólos da relação obrigacional que constitui a concretude do princípio da responsabilidade.

O segundo elemento a se apurar para a responsabilização do Estado está na observação da competência para a prestação da atividade pública, em cujo desempenho, ou na ausência do qual, terá ocorrido o dano.

Sendo a prestação do serviço público de competência do Estado, o dano dela proveniente é de lhe ser imputado, ou porque na dinâmica administrativa necessária à sua oferta foi criada situação de risco que se concretizou onerando o particular de maneira injusta, indébita, ou porque do comportamento causador do dano adveio enriquecimento sem causa ao Estado, o que é de todo rejeitado pelo Direito, que obriga o enriquecido a recompor o patrimônio onerado, fazendo lícito, por esta forma, o que anteriormente, ilícito se projetara⁽⁹⁾.

(8) A imputabilidade é uma das noções que se tem na base do estudo sobre a responsabilidade consoante se releva, salvo raras exceções, na doutrina. A propósito, cf. DUGUIT, Léon — Op. cit., p. 139.

(9) ENTERIA, Eduardo García de — Op. cit., pp. 347 a 353.

II — Incontroversa é a essencialidade da questão referente à causalidade a ser demonstrada entre o comportamento estatal e o dano produzido. Por isso, assevera-se que a responsabilidade condiz com a noção de imputabilidade, porquanto aquele nexos faz com que seja atribuída a obrigação reparatória ou compensatória caracterizadora da responsabilidade a uma pessoa identificada para o Direito. Na hipótese aqui versada, para se imputar ao Estado a obrigação em que se constitui a sua responsabilidade patrimonial extracontratual, é de se fixar quando o seu comportamento foi causa do dano e quais as características de dano podem ser vertidas sob o título de seu dever.

A questão coloca-se de maneira difícil em virtude das dificuldades teóricas e práticas para se conhecer com clareza deste elo causal⁽¹⁰⁾.

(10) Trabalhos profundos sobre o tema da imputação foram elaborados pelos penalistas, vez que nesta seara jurídica a noção de imputabilidade converte-se em idéia mestra de todo o sistema normativo.

Em matéria penal o direito positivo brasileiro tem uma elaboração de obrigatoria referência daqueles que estudam o tema naquele ramo jurídico. Trata-se do art. 11 do Código Penal Brasileiro, que dispõe:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Parágrafo único — A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

Em explicações sobre a orientação do que seria causa para os efeitos do dispositivo penal — e note-se que a parte inicial do mesmo não constitui objeto de qualquer atenção nossa, por não ter pertinência com o tema da responsabilidade patrimonial do Estado —, observa o principal fator do documento legal em foco, o jurista FRANCISCO CAMPOS, que dentre as várias teorias jurídicas explicativas do que seja causa, optara-se pela da “equivalência dos antecedentes”, que não distingue entre “causa e condição”, finalizando a sua lição com a afirmativa de que “tudo quanto contribui, *in concreto*, para o resultado, é causa.”

A explicação dos penalistas tem servido de suporte e subsídio para os administrativistas elaborarem a doutrina da imputação na responsabilidade do Estado, como bem salienta EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA (op. cit., p. 354).

As dificuldades maiores nesta matéria estão em que a complexidade dos antecedentes causais obstruem o esclarecimento célere dos casos, pois impede a própria definição do autor do dano e a sua conseqüente imputação.

Ainda naquele campo penal se tem, no Brasil, vasta pesquisa e orientação doutrinária sobre o tema, chamando a atenção o trabalho elucidativo de, dentre outros, NELSON HUNGRIA, que traça vasto panorama sobre as diversas teorias que existem e que prevaleceram ou preponderaram na matéria. Assim, por exemplo, a teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da “*conditio sine qua non*”, segundo a qual “causa é toda condição do resultado e todas as condições se equivalem... tudo quanto contribui para a produção do resultado é causa incidível dele. Existe relação causal entre a ação ou omissão e o evento sempre

(Continua)

Os óbices havidos concentram-se na elucidação do comportamento comissivo ou omissivo que, efetivamente, viabilizou ou fez com que o resultado sobreviesse, vez que há um encadeamento freqüente entre os fatos do conjunto dos quais aquele decorre.

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado somente ocorrerá quando esta relação de causa entre o comportamento, que lhe seja imputável e o dano estiver evidenciada.

Sob a ótica objetiva da responsabilidade estatal, há que se estabelecer, pois, o que seja causa, quer dizer, estabelecerem-se as bases da imputabilidade do Estado, afastando-se desta noção qualquer ressaibo conceitual de culpa.

Causa é a razão de existência de uma coisa ou situação. Para os efeitos da responsabilidade objetiva patrimonial do Estado, causa é o

(Continuação da nota 10)

que este não teria ocorrido sem aquela, isto é, quando não se possa, mentalmente, supor excluída na série causal a ação ou omissão, sem admitir-se que, *in concreto*, o resultado teria deixado de ocorrer"; a teoria da causalidade adequada, pela qual "causa é a condição em geral idônea ou adequada a determinar o fenômeno"; a teoria da eficiência, conforme a qual "causa é a força que produz um fato"; a teoria da causa decisiva, consoante a qual "causa é o elemento dinâmico que decide da espécie do efeito"; a teoria do equilíbrio, segundo a qual "causa é a força última que, rompendo o equilíbrio entre os elementos favoráveis (positivos) e os contrários (negativos), produz o evento"; a teoria da condição insubstituível, pela qual "só é causa a condição indispensável em relação ao evento"; a teoria da tipicidade condicional, conforme a qual "existe nexo causal em direito penal, quando entre uma determinada conduta típica (isto é, correspondente à descrita por uma norma penal) e um determinado evento, consistente em particular modificação do mundo externo (também descrita, de regra, na dita norma), existe uma relação que tenha os característicos de sucessão, necessidade e uniformidade". (HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1958, vol. I, pp. 60 a 67).

A pluralidade destas teorias patenteia, de forma incontestada, os embaraços que permeiam o tema, de uma parte, e a imperatividade de se adotar um posicionamento sobre ele para a solução das questões referentes à responsabilidade do Estado.

Verifica-se que, no ramo penal, o que se considera para o efeito de imputação é se o fato deu origem, forçou, conduziu de maneira determinante, o evento que se considera criminoso e se foi ele provocado com culpa *lato sensu*, pois que esta noção é acoplada necessariamente àquela para a imputabilidade.

Como acentuava o insigne penalista NELSON HUNGRIA, "A pergunta — quando a ação ou omissão é causa do resultado, ela (a teoria da equivalência dos antecedentes) responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* ("processo de eliminação hipotética", na frase de THYREN), o resultado *in concreto* não teria ocorrido" (op. cit., p. 68).

Destarte, o nexos de causalidade entre o evento provocador e o resultado criminoso estabelece-se pela ação física que conduz o fio determinante da ocorrência típica.

comportamento comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, material ou jurídico, da pessoa estatal ou de quem lhe faça as vezes, que determina, de forma idônea, direta ou indireta, a ocorrência danosa.

A causa constitui a razão prática e inexcludente do dano que se pretende imputar ao Estado para que a responsabilidade deste possa daí se originar.

Para constituir, juridicamente, razão de ser do dano, a causa tem que, além de idônea, ser suficiente à produção do resultado havido como anti-jurídico responsabilizável, além de ter que se relacionar, direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, com o resultado indigitado como injusto.

O fator provocador do dano tem que ser, necessariamente, vinculado, ainda que não como fator único de ocorrência, com o cometimento estatal ou o que lhe seria devido juridicamente assumir.

É que pode haver um concurso de causas que ensejem o dano contra o qual se coloca o atingido. Pode ocorrer um fator ocasional que, indireta e mediatamente, contribua para o resultado danoso, sem que apenas por isso se possa afirmá-lo como causa do resultado questionado como injusto. Na primeira hipótese haveria que se indagar sobre a imputabilidade de qualquer delas, ou, em especial, daquela que, de maneira idônea e suficiente, produziu o evento danoso para se conhecer da pessoa responsável.

Pela dificuldade existente com freqüência, na prática, para se a conhecer do ato ou fato que deflagrou o dano que se indigita como sendo imputável ao Estado, é que a jurisprudência tem se socorrido do esclarecimento *in concreto* das circunstâncias que contornaram a espécie posta a exame para se categorizar como sendo causa do Estado, portanto, a ele imputável o dano, ou não⁽¹¹⁾.

III — Essencial para a cogitação da imputabilidade ao Estado da responsabilidade é que se configure o dano com as características e contornos havidos como peculiares para o suscitamento daquela figura.

Asseverou-se, antes, que não é qualquer inserção estatal na esfera juridicamente protegida do particular que faz surgir a figura da responsabilidade do Estado. De um lado porque algumas destas incursões estatais não caracterizam dano, no sentido de agressão ao direito do particular atingido, mas tocam-no no sentido de uma compatibilização entre os seus direitos e interesses e os da sociedade.

(11) Cf. ENTERIA, Eduardo García de — Op. cit., p. 355, *verbis*: "No es de extrañar, habida cuenta de que sobre la noción de nexo causal se hacen gravitar problemas diferentes al de la causalidad misma del daño, que la jurisprudencia (española y extranjera) renuncie a todo intento de categorización y se limite a resolver caso por caso, en función de las concretas circunstancias de cada uno de ellos, utilizando expresiones de valor no muy preciso y dotadas por ello de flexibilidad suficiente".

Não se cuida, portanto, do princípio da responsabilidade quando se está diante de uma desapropriação, exemplo excelente de uma investida do Poder Público sobre a órbita de interesses juridicamente tutelados da pessoa. Neste caso, o que ocorre é o contingenciamento do direito desta pelo interesse maior e mais justo da sociedade. Não há, então, agressão ao Direito ou intersecção do princípio absoluto da Justiça pensada pelo povo num determinado momento. Pelo contrário, há uma conciliação juridicamente posta entre os dois interesses que se afirmam sobre um mesmo bem, ou sobre um conjunto de bens jurídicos.

Para que se cuide de responsabilidade estatal, diz-se, há que haver dano. Este, sim, constitui uma arremetida injusta e ofensiva aos interesses juridicamente albergados do particular. Esta investida em qualidade que desguarnea dos limites da Justiça (tal como aceita pela sociedade em determinado momento) é que indetifica o particular e o coloca em posição de poder responsabilizar o ente estatal. Imprescindível é, de conseguinte, a existência de dano, porque a sua caracterização permite o vislumbre da vítima a partir do qual se forma e se conforma o princípio da responsabilidade e sua aplicação. Pois que é certo que não é da visão exclusiva ou prioritária do dano que se vislumbra e se solucionam as indagações postas sobre a responsabilidade do Estado, mas a partir da ótica jurídica do particular e de sua situação perante aquela entidade.

É, contudo, a caracterização do dano que permite o acabamento da noção de imputabilidade ao Estado por se completar por ele a relação obrigacional entre este e o lesado.

Há que ser injusto o dano, desimportando para os efeitos da responsabilidade aqui tratada, a sua natureza ou as suas condições.

Cumprido, entretanto, seja caracterizada esta situação de injustiça em que tem que estar envolto o dano. O primeiro passo é sempre de distanciar-se do dano a idéia de ilícito, vez que, como antes lembrado, também o comportamento estatal lícito pode estar na base causal do dano responsabilizável ao Estado.

São também afastadas as condições materiais ou jurídicas da atuação da pessoa estatal, pois desimporta, para os efeitos aqui tratados, a maneira de ser produzido o dano, mas o direito do particular de não sofrer situação de injustiça sem que seja refeita, por compensação ou por reparação, a ofensa que sobre o seu cabedal de bens e interesses jurídicos se abateu.

Como é o dano e a sua imputação ao Estado que esclarece a perspectiva da injustiça da agressão sofrida pelo particular, a configuração daquele faz-se necessária para o surgimento do princípio da responsabilidade.

Considerando-se, como antes acentuado, que a averiguação da situação jurídica do atingido pelo comportamento estatal questionado é mais importante que o exame deste — porquanto é da injustiça incidente sobre

o particular que se erige o dano responsabilizável, em virtude da própria finalidade que dimensiona o princípio da responsabilidade, qual seja, o de promover o restabelecimento da esfera de direitos daquele que é alcançado — há de se atentar, primariamente, à característica de injustiça do dano.

Tem-se afirmado, na doutrina, não ser qualquer perturbação antijurídica incidente sobre o patrimônio de alguém e emanado do Estado que caracteriza o dano. É certo que há que haver a ofensa antijurídica ao patrimônio do atingido para que se possa cogitar da responsabilidade. Mas não é qualquer perturbação que ensejará tal cogitação. Na abalizada lição de GARCIA DE ENTERIA, “el concepto de lesión patrimonial se conviene de este modo en el basamento mismo del sistema... conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (*antijuridicidad subjetiva*), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva...)*.” Com fulcro nesta noção de dano econômico e antijurídico é que finca o eminente autor espanhol a sua conclusão no sentido de que “Lo que ahora importa retener es que cualquiera que sea la causa de imputación, la Administración está obligada a responder siempre que de su actividad resulte una lesión en el sentido expuesto, un daño antijurídico que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización en relación a una persona o grupo de personas...” (Op. cit., pp. 337 a 339).

Na realidade, considerando-se que é direito do cidadão ver-se a salvo de quaisquer investidas estatais que agridam a sua órbita jurídica tal como posta no sistema normativo vigente, ainda que estas decorram de comportamento lícito poderão ocasionar dano responsabilizável ao Estado, a dizer, que origina para este o dever de desfazer o estrago do patrimônio jurídico, economicamente mensurável, do particular atingido.

Tomando-se o ordenamento brasileiro, tem-se que as condições jurídicas de existência do indivíduo, o conjunto de direitos que compõem o seu cabedal de bens protegidos, está ressaltado de arremetidas, inclusive e principalmente estatais, que as modifiquem, independentemente de alteração legal válida. Desta forma, a geração de gravame patrimonial por comportamento imputável ao Estado enseja a responsabilidade, por se converter aquele em dano incompatível com o Direito, pelo que a ele se apõe o adjetivo antijurídico, na terminologia utilizada pelo insigne administrativista espanhol. Mais que antijurídico, asseveramos acima que o dano deveria constituir em injustiça para que deflagrasse a figura da responsabilidade. Em verdade, aquela afirmativa toma como base o sentido instrumental do Direito, que tem como objetivo a realização da Justiça em sua

dimensão e conteúdo material, conforme colocávamos nas primeiras linhas deste estudo. O Estado Democrático de Direito, em cujo espaço se erige de maneira completa o princípio da responsabilidade, tem como objetivo rigorosamente a realização da Justiça, a garantia do indivíduo, o controle da Administração Pública. Ora, não se cuida mais, de conseguinte, de um Estado Legalitário, mas de um Estado de Justiça. O que torna contrário ao Direito, quero dizer, antijurídico um comportamento estatal é o seu distanciamento objetivo do Justo, tal como pensado pela sociedade e posto legitimamente no sistema normativo. Dano injusto é a ofensa imposta ao patrimônio jurídico do particular, criando-se uma situação de agressão aos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. A apuração objetiva da injustiça do dano repousa no cotejo da situação patrimonial juridicamente prevista e assegurada ao indivíduo e a situação criada pelo comportamento estatal.

Não se distancia, aqui, da fecunda lição de RENATO ALESSI, segundo a qual "l'antigiuridicità del fatto dannoso; vale a dire del comportamento, il quale deve, in se stesso e nel danno che ne è conseguito, costituire violazioni della sfera giuridica pertinente al danneggiato." (*L'Illecito e la Responsabilità civile degli Enti Pubblici*", Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, p. 64) (12).

Como o comportamento do Estado deve ser injusto, para que se possa falar em responsabilidade pública, e esta condição pode ser gerada tanto pela conduta ilícita como pela lícita, tanto pelo comportamento comissivo, como pelo omissivo, cumpre, neste passo, salientar-se uma caracterização que se configura de maneira peculiar no dano produzido pelo comportamento lícito e, ainda, da situação injusta criada pela omissão estatal.

Cuidando-se de dano originado por conduta lícita do Estado tem se assentado, doutrinária e jurisprudencialmente, que, além das características acima apontadas, deve ainda o evento danoso revestir-se das qualidades de especialidade e anormalidade.

É compreensível e justificável a exigência de características especiais do dano decorrente de comportamento estatal lícito, ao contrário do que sucede com o dano proveniente de comportamento ilícito. É que nesta hipótese a lesão, ainda que insignificante economicamente e de grande alcance numérico no grupo social, o dano é imputável pela condição em que foi gerada e a sua insuportabilidade decorre mesmo da injustiça manifesta e insustentável que o comportamento estatal faz acoplar irreversivelmente a ele. Naquela primeira hipótese, contudo, inexistente a injustiça evidente decorrente da condição originária genérica e inaceitável do dano e, por isso mesmo, responsabilizável ao Estado. Ou porque o dano é de tal forma

(12) Preleciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO dever ser, ainda, certo o dano, "vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real." (Op. cit., p. 155).

insignificante em sua gravidade jurídica e econômica, ou porque tem efeito irrelevante no contingente atingido, tem se projetado que nestes casos a lesão fica fora do alcance jurídico da responsabilidade estatal. Assim, cuidando-se de dano proveniente de comportamento estatal lícito, para que possa se cogitar da responsabilidade do Estado, há que ser anormal o dano, no sentido de ter uma gravidade que refoge à dimensão do exigível de ser suportado em virtude das necessidades sociais, e ser especial, significando esta característica que o contingente alcançado pelo dano é de ser singular em sua descrição e exíguo em seu círculo de incidência. Não se toma como critério da especialidade do dano a individualidade ou a generalidade do comportamento causador do dano, mas a particularização, nas condições antes arroladas, do seu resultado.

O objetivo é que os danos irrelevantes sob o prisma da extensão econômica ou generalizados e, de conseguinte, atribuíveis às contingências da convivência política, não possibilitem que o próprio interesse público, motivador do comportamento estatal — vez que se trata de conduta válida juridicamente, logo consentânea com o interesse da sociedade e fulcrada no Direito — fiquem comprometidos pelo ônus que sobre a própria sociedade incide, relativo ao pagamento devido ao lesado⁽¹³⁾.

Inobstante existam autores que agreguem às características comuns dos danos responsabilizáveis ao Estado critérios especiais quando se cuidarem de comportamentos especiais omissivos, ou que salientam a peculiaridade da aplicação do próprio regime da responsabilidade quando destes se tratarem⁽¹⁴⁾, parece-me que a natureza omissiva do comportamento estatal não altera nem o regime de responsabilidade do Estado, nem se requer dos danos qualquer característica peculiar, como ocorre, justificadamente, com

(13) Segundo EDUARDO ORTIZ Y ORTIZ, "lo de especial alude al número de perjudicados; lo de anormal, a la intensidad o gravedad del perjuicio." (Loc. cit., p. 108).

Salienta JOSÉ GOMES DE CANOTILHO que "... bem se compreende que nos casos de sacrificios impostos autoritativamente através de medidas legítimas, ou de danos derivados de atividades perigosas mas lícitas, a inadmissibilidade da indenização de danos generalizados e de pequena gravidade seja a regra. ... Se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indenização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estadual" (*O Problema da Responsabilidade do Estados por Actos Lícitos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 271).

O eminente autor português registra, contudo, que "A idéia da exigência destes dois requisitos na responsabilidade objetiva só pode fundar-se na necessidade de um duplo travão ou limite: a) evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indenizatório do Estado ao caso de danos inequivocamente graves; b) procurar ressarcir os danos que, sendo graves, incidiram desigualmente sobre certos cidadãos" (idem, *ibidem*).

(14) MELLO, Celso Antônio Bandeira de — Op. cit., pp. 144 e ss.

o dano decorrente de comportamento lícito, que se distingue do dano decorrente de conduta ilícita para que se suscite a aplicação do princípio em causa.

Circunstâncias existem, todavia, em que o dano não é imputável ao Estado, não sendo, por conseguinte, suscetível a figura da responsabilidade desta entidade. Tratam-se dos casos de exclusão da responsabilidade estatal, situações previstas especialmente no regime que sobre ela incide.

A característica destas circunstâncias excludentes da responsabilidade estatal é a inexistência do vínculo causal entre o comportamento da entidade pública ou da entidade concessionária de serviço público e o dano produzido. Assim, não obstante tenha ocorrido dano, este não é imputável ao Estado, por ser oriundo de causa estranha à pessoa pública. Consoante antes afirmado, é o elo de causalidade entre o comportamento e o dano dele decorrente que circunscreve o espaço da responsabilidade estatal. Onde este não se puder acertar, não sobrevirá a responsabilidade.

Não se cogita, assim, de responsabilidade estatal quando o autor do comportamento causador do dano, não obstante seja agente público, não tenha agido nesta qualidade. O agente público pratica atos de sua vida que não têm pertinência com a função correspondente ao cargo, função ou emprego público no qual se encontra investido, vale dizer, não são todos os seus atos que se praticam na condição de servidor público. O que exorbita daquela qualidade, ainda que ocasione dano, não terá qualquer relação obrigacional gerada para a entidade a cujos quadros pertença.

As duas mais destacadas hipóteses de excludente da responsabilidade estatal são a superveniência de força maior e a subjetivação do comportamento causador do dano estar no próprio lesado ou em terceiro, este último quando não for imputável ao Estado o dever legal de impedir a prática ocorrida.

A primeira excludente conjecturada cuida da superveniência de força maior. Entende-se por força maior o fato não desejado pelo agente que impossibilita, de forma incontornável, inevitável, a adoção de um comportamento tido como próprio, tornando-se ele assim mero instrumento de forças exógenas irresistíveis⁽¹⁵⁾.

(15) Não é unânime o conceito de força maior, menos ainda a sua distinção de caso fortuito. Segundo FRANCISCO CAMPOS "constitui força maior qualquer fato estranho à vontade do devedor e cujos efeitos não lhe era possível evitar ou impedir. O fato em questão tanto pode ser um acontecimento da natureza, como ato ou fato de terceiro. É tão-somente necessário que o devedor seja estranho ao fato e que deste resulte necessariamente a impossibilidade de executar a obrigação. "Le cause étrangère pour être libératoire, doit revêtir deux caractères: elle doit créer l'impossibilité absolue d'exécution, d'une part, et son intervention doit être exclusive, exempte de toute idée de faute, de l'autre." (DE PAGE...)" (Direito Administrativo, Rio, Livraria Freitas Bastos, 1958, vol. II, p. 72).

(Continua)

(Continuação de nota 18)

Para MARCELLO CAETANO "a força maior é o fato imprevisível e não querido pelo agente que o impossibilita absolutamente de agir segundo as resoluções da vontade própria, quer paralisando-a, quer transformando o indivíduo em cego instrumento de forças externas irrealizáveis. ... a força maior é uma causa..." (*Princípios de Direito Administrativo*, Rio. Forense, 1989, p. 527).

HELLY LOPES MEIRELLES distingue entre a força maior e o caso fortuito, asseverando ser "força maior... o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. ... O que caracteriza determinado evento como força maior ou caso fortuito são, pois, a imprevisibilidade (e não a imprevisão das partes), a inevitabilidade de sua ocorrência e o impedimento absoluto que veda a regular execução do contrato." (*Op. cit.*, p. 215).

Remete o insigne mestre paulista as noções de força maior e caso fortuito àquelas que prevalecem no Direito Civil: "Entre nós, entretanto, a noção de força maior ou de caso fortuito continuam sendo a mesma do direito civil, e não vemos razão para diversificá-la no direito administrativo" (*idem, ibidem*).

Contudo, o Direito Civil brasileiro, como de resto se encontra em legislações alienígenas, não diferencia as hipóteses ou, pelo menos, os efeitos da força maior e do caso fortuito, como se verifica no art. 1.058. do Código Civil:

"O devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 965, 966 e 967."

Em escólios sobre este dispositivo normativo discorre CLÓVIS BEVILAQUA no sentido de que: Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de HUC, é o "acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes". A segunda "é o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo que a boa vontade do devedor não pode vencer". Não é, porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e, sim, a inevitabilidade. E porque a força maior também é inevitável, juridicamente, se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade. ... é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. O essencial é, pois, que do fato resulte a impossibilidade, em que se acha o devedor de cumprir a obrigação" (*op. cit.*, vol. II, p. 175).

Ainda na esfera do Direito Civil, analisa a matéria ROBERTO DE RUGGIERO, assinalando que "Quando a imputabilidade cessa, por não ser o fato danoso dependente da vontade do agente, estamos em frente do que se chama o caso fortuito e, por consequência, da exoneração de qualquer responsabilidade. É pois "caso" (fortuito) qualquer evento não imputável, isto é, qualquer fato independente da vontade humana e mais precisamente — quando o caso se considera em relação com o não-cumprimento da obrigação — qualquer fato que torne impossível sem culpa do obrigado. ... Não são senão uma espécie de caso fortuito (os eventos ordinários e extraordinários da vida como o granizo, o raio e a geada entre os primeiros e as devastações de guerra ou a inundação num país, que ordinariamente não lhe esteja sujeito no segundo), mas uma espécie que tem os seus caracteres peculiares pelos quais nitidamente se destaca da categoria geral do caso fortuito simples, os casos de força maior (*vis major, damnum fatale*). Difícil é marcar com exatidão os limites rigorosos entre caso fortuito e *vis major*, e vários têm sido os critérios sugeridos pelos escritores.

(Continua)

(Continuação da nota 15)

Mas se se recorrer às expressões que as fontes romanas adotaram para designar os casos de força maior: *vis cui resistere non potest, caus quibus resistere non potest, caus cui humana infirmitas resistere non potest*, o critério distintivo parece ser o de sua irresistibilidade. São eventos naturais (por exemplo, incêndios, naufrágio, terremoto) ou fatos de terceiros (por exemplo, guerra, motins, revoluções) ou atos do soberano, que não só não se podem absolutamente prever, mas que não podem de modo algum evitar-se, visto não haver força humana que se lhes possa opor para impedir as suas consequências danosas. "(Instituições de Direito Civil", São Paulo, Saraiva, 1973, vol. III, p. 99.)

Em estudo monográfico do tema, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA oferece como conceito de caso fortuito ("o qual fixou-se através de uma elaboração de séculos") "todo acontecimento inevitável, necessário, cujos efeitos não seria dado a nenhum homem prudente prevenir ou obstar. Tal é a concepção tradicional adotada também pelo nosso Código Civil. Verifica-se no fato necessário — diz o Código — cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir". Salienta aquele autor que a doutrina e a jurisprudência não estabelecem distinções entre as duas figuras, e que há "na prática a equivalência estabelecida entre as duas expressões ... "não existindo" nenhuma distinção entre caso fortuito e força maior em nossa legislação, quer em face do Código Civil e do Código de Comércio, quer em face da lei especial reguladora de acidentes no trabalho". (Caso *Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio. Forense, 1958, p. 147).

No Direito Administrativo, EDUARDO GARCIA DE ENTERIA expõe que "... en los efectos de la doctrina del riesgo el caso fortuito se define, justamente por contraposición a la *vis maior* y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquella. La indeterminación característica del caso fortuito supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida. Como decía HAURIUO expresivamente, se trata de una "falta de servicio que se ignora. "El elemento esencial y el que da razón, incluso, del que acabamos de indicar, es el de la interioridad del evento por relación a la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata, en efecto, de un evento directamente conectado al objeto dañado, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto. Estos dos elementos faltan, por el contrario, en la fuerza mayor, que, como ya hemos notado, se caracteriza por sus contrarios, identificándose con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañado y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aun en el supuesto de que hubiers podido ser prevista (*cui humana infirmitas resistere non potest*) (op. cit., p. 351).

Cita, ainda, o celebrado autor espanhol duas decisões pretorianas nas quais se contém definições distintivas daquelas figuras. Segunda elas, seria força maior "aquele suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de su manifestación", enquanto seria caso fortuito o "evento interno", "intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida" (idem, ibidem).

Parece fundada nesta diferenciação apresentada e que faz conter o caso fortuito como evento provocado por elemento intrínseco do serviço público ou do seu prestador enquanto distancia a figura da força maior para o plano do sucesso provocado por fator exógeno ao serviço público e absolutamente inevitável

(Continua)

A se valer da nota distintiva utilizada pelos autores estrangeiros na matéria administrativa, segundo a qual o fator determinante do caso fortuito obstaculador do comportamento correto e regular do Estado insere-se na essência ou na natureza do próprio serviço ou na forma de sua prestação, dúvida alguma pode existir quanto ao inaproveitamento da figura como excludente da responsabilidade estatal.

Todavia, a se fulcrar na corrente dominante da doutrina brasileira e, em especial, na legislação que subsidiariamente oferece argumentos ao Direito Administrativo e na jurisprudência dos tribunais pátrios, parece difícil poder se estabelecer qualquer definição precisa da diferença entre ambas. Para se excepcionar a responsabilidade do Estado em determinado caso, há que se certificar da inexistência do nexa causal entre o seu comportamento e o dano produzido, pois que sendo possível estabelecer-se aquele vínculo, por ser o comportamento do Estado, ainda que indesejado, inevitável e imprevisível, o causador do dano, por integrar o fator de deflagração do mesmo a sua essência, a forma ou a dinâmica do serviço público ou da entidade ou órgão prestador do mesmo, a responsabilidade será suscitada.

De outra parte, cumpre observar que alguns eventos considerados como caso fortuito ou força maior, bem que não possam ser vistos como conduta do Estado ou inserida em seu âmbito de atuação, podem suscitar a responsabilidade da entidade quando incidam sobre atividades consideradas monopólio da pessoa estatal ou de sua expressa obrigação sobre elas exercer fiscalização etc. É o caso, por exemplo, das atividades nucleares que, embora possam suscitar comportamentos lesivos, dos particulares, podem ensejar a responsabilidade do Estado, quando força maior determinar dano sobre terceiros.

A outra excludente de responsabilidade do Estado é a conduta da própria vítima. Neste caso a exclusão repousa em que a imputabilidade incorre porque falta o pressuposto da identificação do sujeito estatal que teria dado causa ao dano, e sem este não se firma o nexa de causalidade.

Sendo este elo causal o fator determinante da imputabilidade, que, à sua vez, determina a responsabilidade, faltando ele a seqüência que culminaria com a responsabilização deixa de existir.

(Continuação da nota 15)

e incontornável em seus efeitos, que conduz o pensamento de uma corrente de administrativistas brasileiros a se posicionar no sentido de ser esta excludente da responsabilidade do Estado, o que não ocorre com aquela. Deste teor é a manifestação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que afiança que "Nos casos ora cogitados (de responsabilidade objetiva) eventual invocação de força maior — força da natureza irresistível — é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexa causal entre atuação do Estado e o dano ocorrido. ... O caso fortuito não é utilmente invocável pois sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexa entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porque da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem" (op. cit., p. 158).

O ato de terceiro não é caso de exclusão da responsabilidade do Estado, a não ser que a imputação passe a ser dirigida a este e retire-se, como na hipótese precedente, o ponto subjetivo da relação obrigacional gerada pela responsabilidade do Estado, caso em que incurrerá esta por ausência do necessário vínculo de causalidade entre o comportamento da entidade estatal ou da que preste o serviço público na qualidade de sua concessionária e o dano produzido.

Todavia, poderá ocorrer, e com freqüência ocorre, que danos provenientes de comportamentos de terceiros podem ser imputáveis ao Estado. Exemplo disso é a conduta negligente, ou descuidada de terceiro com o trato da energia nuclear, e que gere danos. Considerando-se ser dever do Estado fiscalizar e controlar a sua utilização no Brasil, v.g., força é convir que o cometimento do terceiro poderá determinar diretamente a lesão sem que apenas por isso se tenha por excluída a responsabilidade do Estado.

Finalmente, é de se tecer breve observação sobre o concurso de causas, ou a concausa e a sua condição de excludente da responsabilidade do Estado.

Não se cuida, aqui, de causa independente que, em exame atento, demonstre a ruptura do nexa entre o fator determinante do dano e o comportamento do Estado. Ausente aquele vínculo, conforme antes acentuado, deixa de existir o pólo no qual se fulcra a responsabilidade estatal. Se a causa superveniente produz por si só o resultado havido como danoso, não se há falar em concausa, mas em causa independente e, de conseguinte, liberatória da responsabilidade estatal, pois foi esta causa de *per se* só a que se pode ligar o evento lesivo.

Considera-se concurso de causas ou concausa o conjunto de fatores que conduzem, pela sua interdependência ou ordenação, o resultado indigitado como dano. Assim, o comportamento que, conquanto relativamente independente do resultado, constitua um desdobramento subsequente necessário e ligado ao anterior, de tal forma que o evento produzido tenha elo de causalidade não unicamente a ele, mas ao conjunto constituído por ele e pelos que com ele se compuseram para o sucesso provocador do dano, serve à configuração da concausa, ou do concurso de causas.

Sendo aquele fator imputado ao Estado e o que com que ele se acoplou para o surgimento do resultado proveniente, por exemplo, da própria vítima, configura-se o concurso de responsabilidades, vale dizer, soma-se à responsabilidade do Estado a do segundo provocador do dano, partilhando-se entre ambos o ônus reparatório da lesão.

IV — No que concerne ao regime da responsabilidade do Estado, é de se atentar constituir este o conjunto das normas que circunscrevem os limites e o conteúdo do tratamento do tema em dado ordenamento jurídico. Interessa-nos, contudo, neste passo, cuidar-se tão-somente de um dos aspectos dos regimes que podem ser instituídos para a responsabili-

dade, vez que outros, como o da eleição de uma das orientações (subjéctiva e objectiva) e a própria caracterização da imputabilidade à pessoa estatal foram objecto dos itens anteriores, todos eles compoñdo, evidentemente, o regime da responsabilidade.

Interessa-nos, aqui, o carácter directo ou indirecto da responsabilidade estatal, vale dizer, se o Estado é responsabilizado directamente ou apenas em carácter subsidiário ou solidário com o agente autor do comportamento.

É que se tem por adotados, em períodos anteriores mais comumente que na actualidade, mas que ainda hoje podem ser encontrados, regimes em que o próprio agente é responsabilizado pelo dano, estabelecendo-se o carácter, ora solidário — caso em que o Estado responde juntamente com o seu agente —, ora subsidiário e indirecto da responsabilidade do Estado, caso em que responde o agente público, que pode, contudo, voltar-se contra o Estado para a obtenção de ressarcimento do seu próprio ónus.

Ora, prevalente a teoria do órgão, pela qual se assenta que o agente público ao atuar, nesta condição, empresta a sua vontade ao Estado, formando aquela que vai ser constituída como da pessoa estatal, é de ser aceita, por óbvio, que o regime da responsabilidade do Estado, quer dizer, aquela relação obrigacional embasada numa causa produzida pela entidade estatal através de seu agente, é de ser a que converte a entidade em responsável primária e directa pelo ónus nascido da obrigação, sem que ao agente público seja entregue a carga dela decorrente. O gravame é produzido, lícita ou ilícitamente, pela entidade, em sua atuação regular pela facção jurídica que faz com que a finalidade da norma faça-se ato pela dinâmica do agente, que, à sua vez, converte em comportamento estatal o seu cometimento.

Ademais, há se relevar que o regime da responsabilidade estatal incide, quando posto em determinado sistema jurídico, sobre qualquer comportamento estatal do qual decorra dano ao particular, oriunde ele de comportamento assumido no desempenho da actividade administrativa, legislativa ou jurisdiccional, inexistindo argumento moralmente subsistente e juridicamente sustentável da exclusão da responsabilidade decorrente da natureza do ato.

Os espaços cunhados para dar refúgio e inoperância ao regime da responsabilidade estatal, como os dos atos legislativos e, em especial, dos atos judiciais, traçam infelizes representações de argumentos falidos dos séculos em que o autoritarismo era a regra, a sobrançeria arbitrária o valor e os direitos dos particulares meras conveniências dos poderosos. É um embaraço à dinâmica da democracia e ao acatamento dos seus princípios a permanência de tais argumentos, que não resistem a qualquer impugnação jurídica mais séria do que a simples continuidade de privilégios acima da garantia de controle das actividades estatais e da eficácia dos direitos dos cidadãos.

5. A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado no Brasil

Não se conheceu, no Brasil, da irresponsabilidade do Estado, conforme se constata do exame da legislação desde a primeira Constituição brasileira.

Em efeito, na Carta Imperial de 25 de março de 1824, insculpiu-se no art. 179, que cuidava dos direitos políticos fundamentais, o princípio da responsabilidade dos "empregados públicos":

"A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

.....

29 — Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos."

Em comentários sobre este preceito constitucional, obtemperava PIMENTA BUENO que "É um princípio fundamental que os empregados públicos são 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.

Todo o emprego supõe regras de seu exercício, e obrigações a satisfazer, é pois de razão e de dever cumpri-las; essa é também a exigência da própria honra e moralidade do funcionário. Nem uma corrupção é mais detestável do que a dos delegados do Poder Público, ela prejudica o poder, desmoraliza 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". (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio: Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores, 1958, p. 428.)

A preleção do douto comentarista da Constituição Imperial chama a atenção por arrolar o princípio da responsabilidade, como o fizera o próprio texto normativo, na relação dos direitos políticos do indivíduo constitucionalmente assegurados e, por outro lado, por considerá-lo exigência "da própria honra e da moralidade" "dos agentes do poder". Esta última expressão, então, empresta ao conteúdo do texto posto uma dimensão que a interpretação mais tímida poderia dificultar. Nota-se, entretanto, que pelo apego ao sentido ético dos governos constitucionais, que se comprometem com a honra da sociedade e com as exigências da liberdade,

o princípio da responsabilidade, bem que cuidado no direito positivo constitucional do Império como se fora apenas do agente público, é introduzido como direito do indivíduo oponível ao Poder Público.

Por outro lado, preocupava-se o constituinte imperial em tornar efetiva a responsabilidade erigida em direito constitucional garantido ao indivíduo. Obrigava-se, pois, a que o chefe promovesse a responsabilidade do seu subalterno, observando, ainda, PIMENTA BUENO que: "Se, pois, e 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 injustamente lesado deve ter o direito de promover sua responsabilidade, mas os seus próprios superiores estão na obrigação de provocá-la, de fazê-la efetiva, pois que, como o nosso parágrafo constitucional bem se expressa, não basta deixar de praticar abusos ou omissões, é demais essencial fazer efetivamente responsáveis os subalternos que assim procederem. Não é na simples promessa da lei que está a garantia, sim em sua exata observância" (idem, *ibidem*).

Não dissente deste entendimento outro insigne comentarista da Constituição Imperial, RODRIGUES DE SOUZA, ao pontificar: "A responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções é uma garantia dos direitos individuais e políticos dos cidadãos, que deste ou daquele modo podem sofrer" (*Análise e Comentário da Constituição do Império do Brasil*, vol. II, p. 479).

Verifica-se, destarte, que o princípio da responsabilidade pelo exercício do Poder Público instalou-se entre nós como direito do indivíduo no primeiro momento constitucional e fez-se instrumento prático de moralidade do serviço público e garantia da efetividade das liberdades públicas.

É certo que a responsabilidade pública era de natureza pessoal do agente público, e subjetiva, vez que o seu embasamento normativo positivava-se e concentrava-se nas práticas abusivas ou omissivas das quais decorressem danos aos indivíduos.

A Constituição de 1891 contemplou o princípio da responsabilidade no art. 82, inserido no Título V — "Disposições Gerais":

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

Sob a égide desta Constituição e sobre o princípio da responsabilidade do Estado nela inserido escreveu-se uma das mais belas páginas do Supremo Tribunal Federal.

Arrimaram-se magistrados do porte de PEDRO LESSA em lições lapidares de constitucionalistas brasileiros de escol, como JOÃO BARBALHO,

para questionar o sentido e a extensão do regime da responsabilidade incluída na Constituição, chegando-se, então, a desapegá-la do agente público exclusivamente e conhecendo-se, pela vez primeira, de maneira límpida e fundamentada normativamente, a responsabilidade direta do Estado, ainda que ao lado da responsabilidade do agente público.

JOÃO BARBALHO acentuava que “no exercício de suas funções, os funcionários entendem sobre objeto referente ao direito dos cidadãos, a interesses legítimos dos particulares, e sem a responsabilidade tudo isso ficaria a arbítrio dos empregados e sujeito a prejuízos e lesões admiráveis. Por isto a disposição constitucional de que nos ocupamos, conquanto não mencionada (como o era na Constituição Imperial, art. 179, § 29) entre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos, efetivamente uma delas. E será uma das mais sólidas e eficazes se, sempre, cada vez que for ocasião, os prejudicados a fizerem valer pelos meios que a lei tem estabelecido... É esse um direito cujo exercício é utilíssimo ao indivíduo e à sociedade...” (*Constituição Federal Brasileira — Comentários*, Rio: F. Briguiet & Cia. Editores, 1924, p. 484).

Sob o pálio desta Constituição de 1891 sobreveio a Lei Federal n.º 221, de 20 de novembro de 1894. Em seu art. 13, § 10, cuidou da competência do Poder Judiciário para “julgar as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo Governo da União contra particulares, e vice-versa”. Com esta disposição admitiu-se, implicitamente, a obrigação para o Estado de indenizar os prejuízos causados por atos de seus agentes a particulares.

Ainda sobre a matéria cuidou a Lei n.º 1.939, de 28 de agosto de 1908.

Discorrendo sobre este tema, anotava PEDRO LESSA que a responsabilidade do agente público, tal como posto na letra constitucional, não excluía a responsabilidade do Estado: “Não: fora preciso que o nosso legislador constitucional não tivesse o mais vago sentimento da radical e fecunda revolução jurídica, que se estava realizando, e ainda continua, no que diz respeito à responsabilidade do poder público, pelos danos causados aos particulares, para que se limitasse a declarar os funcionários públicos responsáveis nos termos do art. 82 e por esse meio pretendesse excluir a responsabilidade do Poder Público da União, dos Estados e do Município... A doutrina da irresponsabilidade do Poder Público é hoje repudiada pelos juristas, e vai sendo pouco a pouco desprezada pelos legisladores. Já no Senado da França chegou a receber o epíteto de tese feudal insustentável em nossos dias” (*Do Poder Judiciário*, Rio: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 161).

A jurisprudência dos tribunais pátrios e, inclusive, do Supremo Tribunal Federal procedem, então, ao acolhimento da responsabilidade das entidades estatais, sedimentando o entendimento de que a responsabilidade

exclusiva e primária dos agentes públicos completava o princípio que era pertinente ao sistema constitucional⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, começa-se naquele período, anterior mesmo ao advento do Código Civil Brasileiro, a se afirmar a natureza objetiva da responsabilidade estatal, sobre isto acentuando ainda PEDRO LESSA que: "O que importa muito ter sempre 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 um dano *certo*, e não apenas *eventual, presente e não futuro*; finalmente, que entre a prestação ou desempenho do serviço público, que ocasionou o dano, e este, se verifique uma relação direta de causalidade, um laço direto de causa e efeito" (op. cit., p. 170).

O Código Civil Brasileiro introduziu o princípio da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público em seu art. 15, *verbis*:

"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."

Tem-se, assim, o que se poderia denominar de segunda fase da implantação do princípio da responsabilidade das pessoas estatais no direito brasileiro.

Segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, principal futor do anteprojeto que viria a se transformar naquele documento legal, "...o fundamento dessa responsabilidade é o princípio jurídico, em virtude do qual, toda lesão de direito deve ser reparada, todo dano ressarcido, e que o Estado, tendo por função principal realizar o direito, não pode chamar a si o privilégio de contrariar, no seu interesse, esse princípio de justiça" (cp. cit., vol. I, p. 215).

O regime da responsabilidade posto no Código Civil escolheu a responsabilidade subjetiva do Estado, eis que para a sua aceitação, cuidava-se de derivar o dano de compartimento "contrário ao direito" ou a "dever prescrito por lei". Entretanto, consoante antes observado, a jurisprudência cuidou de fecundar as idéias mais justas sobre o tema, objetivando a aplicação da responsabilidade estatal e ampliando o Direito nascido deste princípio.

Renegando a doutrina que distinguia entre atos de gestão e atos de império para excluir dos últimos a responsabilidade do Estado, e que prevaleceu algum tempo entre os autores da matéria, acentuava MILCIÁDES DE SÁ FREIRE: "A redação do artigo 15 fez desaparecer a divergência

(16) Cf. FAGUNDES, M. Seabra — *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo. Saraiva, 1979, pp. 175 e segs., nº 82.

doutrinária quanto à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

Praticada uma lesão de direito, não importa saber se ela decorre de um ato de autoridade público exercida — *jure imperii ou jure gestionis* — para assegurar a reparação à pessoa lesada. Em qualquer dos casos, cumpre ressarcir o dano.

As restrições ao exercício dos atributos do domínio, ou de quaisquer outros direitos, criados pelas exigências cada vez maiores da vida coletiva, tornam vencedora a teoria da responsabilidade do Poder Público pelo ressarcimento do dano". (*Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, 1930, vol. II, p. 206.)

Em 1934, o Decreto n.º 24.216, de 9 de maio, restringiu a extensão da responsabilidade estatal ao excluir do seu regime os atos criminosos dos representantes da União, dos Estados ou Municípios, e dos funcionários ou prepostos da União, ainda quando praticados no exercício do cargo ou função, em desempenho de seus serviços, salvo se nelas permanecessem após a verificação da ocorrência.

"Art. 1.º A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos da União, ainda quando praticados no exercício do cargo ou função, em desempenho de seus serviços, salvo se neles foram mantidos após a sua verificação."

É de se registrar que este decreto foi expedido quando ainda não vigorava a Constituição de 1934 e que viria a cuidar do tema, e já não mais valia a Constituição de 1891. Vivia-se, então, o período de passagem entre a Revolução de 1930 e o advento do novo governo constitucional, que somente vem a se instalar com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934. Nesta se dispôs sobre a responsabilidade, modificando-se o tratamento que vinha a matéria, até então, recebendo constitucionalmente, porquanto se introduziu a teoria da culpa comum, ou a responsabilidade solidária. É o teor do art. 171 daquela Lei Magna:

"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.

Parágrafo primeiro. Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

Parágrafo segundo. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado."

Sobrelevava para o constituinte a existência de vício decorrente de negligência, omissão ou abuso no exercício dos cargos. Somente havendo, por conseguinte, culpa *lato sensu*, ter-se-ia a responsabilidade do Estado, a qual se configuraria, a se interpretar literalmente o texto magno, em caráter de solidariedade entre a Fazenda Pública e o agente causador direto do dano. Este era, por isso, considerado litisconsorte necessário na ação movida contra a Fazenda Pública por determinação constitucional, que, desta forma, estabelecia vínculo processual necessário, de modo a impedir qualquer desligamento entre a pessoa estatal e o seu agente.

O *caput* do art. 171 da Constituição de 1934 foi rigorosamente repetido no art. 158 da Carta Política de 10 de novembro de 1937, da qual foram excluídas as normas contidas nos parágrafos em que se compunha aquela regra constitucional anterior.

A Carta de 1937 deixa de ter importância pela circunstância de se cuidar apenas de uma Constituição nominal, sem qualquer outro objetivo que o de "fazer de conta" que se tinha uma diretriz constitucional a limitar as relações sociais e políticas entre os membros da sociedade brasileira e o governo. Pelo que nesta, como em outras matérias, desimporta a regra que, de qualquer sorte, não teve o condão de orientar as balizas que deveriam se impor às condutas estatais.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 estabeleceu, em seu art. 194, novo vetor positivo ao tema da responsabilidade:

"As pessoas jurídicas de direito público 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."

Esta regra omite qualquer referência à desconformidade do comportamento do agente público com o ordenamento jurídico, prescindindo, ainda, de qualquer idéia de culpa.

Adota-se, pois, pela vez primeira, de maneira incontroversa, no direito constitucional brasileiro, a teoria objetiva da responsabilidade estatal, alterando-se a orientação acanhada e, às vezes, autoritária, sobre o regime que se positivara anteriormente.

Sobre esta norma constitucional, elucida MARIO MASAGÃO, que ofereceu a sugestão à subcomissão constituinte que tratou da matéria e que acabou se convertendo no texto em foco, que: "Adotava-se, assim, a teoria do risco integral. Para que a indenização fosse devida, bastaria haver dano e nexa causal entre ele e a ação ou omissão do funcionário, nessa qualidade.

A expressão funcionário foi usada em sentido amplo, a abranger todos os que, investidos legitimamente, operassem em nome do Estado" (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo. Ed. Rev. dos Trib., 1977, p. 303).

Esta é a única oportunidade constitucional em que se tem a utilização da referência à "responsabilidade civil". Explica sobre isso PONTES DE MIRANDA que "A responsabilidade civil", portanto, quanto à indenização... A expressão "responsabilidade pelos danos" não está, aí, em lugar de "responsabilidade segundo a lei civil", e sim em contraposição a "responsabilidade penal ou criminal" (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, Rio. Forense, 1987, vol. III, p. 544).

A Carta Magna de 24 de janeiro de 1967 dispôs sobre a matéria no art. 105:

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

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

Sedimentada a teoria objetiva da responsabilidade do Estado, a Carta de 1967 burilava o texto, mantendo a orientação que se fazia, já então, tradição brasileira.

A Emenda n.º 1, de 1969, modificou brevemente o texto, sem alterar o teor do princípio e do regime da responsabilidade do Estado, rezando 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."

Mantido o entendimento sobre a objetividade da responsabilidade do Estado, escolhia PONTES DE MIRANDA que esta regra constitucional, como vinha desde 1946, "em vez de adotar o princípio da solidariedade, que vinha em 1934, adotou o princípio da responsabilidade em ação regressiva. Os interesses do Estado passaram à segunda plana: não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, ou contra pessoa jurídica de direito público interno ou estrangeiro. Há, apenas, o direito de regresso" (*op. cit.*, p. 544).

A Constituição de 5 de outubro de 1988 tratou do princípio da responsabilidade estatal em mais de uma norma.

Manteve-se a responsabilidade objetiva do Estado ("das pessoas jurídicas de direito público"), estendendo-se a responsabilização, segundo o

regime de direito público, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, no art. 37, parágrafo sexto:

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

Além de se fixar uma faixa maior de incidência indiscutível da responsabilidade pelo regime de direito público sempre que o dano for decorrente da prestação do serviço público, qualquer que seja a natureza jurídica do sujeito prestador, o texto refere-se, com maior correção do que houvera até aqui, a qualidade de agente do autor do comportamento danoso. É que a anterior menção ao funcionário reclamava a explicação doutrinária e o acolhimento jurisprudencial do sentido *lato* que se pode atribuir a esta palavra. Plasmara-se a inteligência de que funcionário público, como posto no regramento constitucional anterior, não se circunscrevia àquele que se enquadrava, em virtude do regime jurídico do vínculo mantido com o Estado, no quadro de servidores públicos estatutários. Antes, compreendia-se naquela expressão, para os efeitos de responsabilidade, todo aquele que estivesse no exercício de função pública e, nesta condição e no desempenho dela, viesse a se comportar de modo tal a provocar dano a alguém.

O tratamento desta matéria insere-se no Título II — Da Organização do Estado —, em cujo Capítulo VII se tem o ordenamento específico da Administração Pública.

Não apenas por isso, contudo, se poderia afirmar que a responsabilidade deixa de ser considerada direito constitucional fundamental do indivíduo, eis que, como fixado textualmente, no art. 5.º, parágrafo segundo “os direitos e garantias expressos nesta Constituição”. Vale pois, dizer, que não apenas naquele artigo se encontram os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, mas em seu corpo, e inclusive de forma inexpressa nele, desde que decorrentes do regime e dos princípios constitucionais outros existem que integram o sistema normativo fundamental.

Por outro lado, a responsabilidade do Estado por erro judiciário ou por manutenção de preso além do tempo fixado na sentença foi considerada de maneira específica e não incluída, genericamente, naquele princípio. Despontou este como um dos direitos fundamentais do indivíduo, tratado, portanto, no próprio artigo 5.º, item LXXV:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
LXXV — o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Como antes assinalado, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado não persegue a natureza do comportamento estatal do qual tenha decorrido o dano para que se imponha como obrigação inafastável do Estado.

Qualquer que seja o comportamento, desde que dele decorra dano a alguém e que se comprove o elo causal entre aquela conduta e a lesão ou violação de direitos, ensejará a responsabilidade. Seja, pois, o ato estatal de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, é certo que a responsabilidade terá lugar quando dele se originar dano a alguém, como antes observado.

Não se excluem, por qualquer argumento ou fórmula mágica que tentasse criar espaço inexpugnável ao direito do indivíduo de se ver a salvo de condutas danosas do Estado, os atos legislativos e os judiciais. Todavia, quando se cuida de erro judiciário ou de restrição ao direito à liberdade de locomoção, a gravidade do comportamento estatal patenteia-se pela natureza do direito ofendido e põe-se, de modo inquestionável e salientado constitucionalmente, a garantia da responsabilidade estatal.

Note-se que não se diferencia o regime da responsabilidade neste caso dos demais, mas acentua-se, pela regra fundamental, a gravidade do dano e a extensão do direito do particular ao ressarcimento pelo Estado em virtude da afronta sofrida.

Mais ainda, e adotando, ainda que de modo tecnicamente questionável por fazer parecer que apenas neste caso se teria a responsabilidade objetiva do Estado, a Constituição cuidou do tema ao se referir à responsabilidade por risco integral decorrente de dano nuclear no art. 21, XXIII, alínea c:

“Art. 21. Compete à União:

.....
XXIII — explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e processamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:
.....

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.”

Cuida-se, aqui, de se estabelecer como princípio a responsabilidade estatal por danos nucleares, sem que penda qualquer condição, inclusive a comprovação do nexo de causalidade, para que a indenização seja devida.

É que se o dano é nuclear e a competência para a exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza é da União, a responsa-

bilidade surge apenas da configuração do dano que se possa rotular como nuclear por decorrer da existência da atividade, tenha ou não o próprio particular dado causa a ele, tenha sido terceiro o autor do dano, tenha havido concausa. A hipótese é de responsabilidade por risco integral, e o que a Constituição quer revelar com a regra não é apenas que o Estado não precisa ter tido conduta culposa para ser responsabilizado, eis que desta condição se prescinde para a caracterização da responsabilidade estatal em qualquer hipótese. O que se pretende acentuar, neste caso, é que a obrigação de indenização é devida pela só circunstância de sobrevir dano nuclear, pois o nexo de causalidade aqui é presumido (o próprio rótulo o indica) e a União é responsável por ele em qualquer circunstância.

Verifica-se, assim, que houve ampliação do princípio da responsabilidade do Estado, maior atenção a seus desdobramentos, como na hipótese de responsabilidade por dano nuclear, atendendo-se a que, efetivamente, o crescimento das interferências estatais na sociedade aumenta, paralelamente, os riscos de lesões ou ameaças que podem incidir sobre os indivíduos. É imperioso, pois, que se desenhe, juridicamente, com rigor apertado, espaço de inexpugnabilidade dos seus direitos contra ofensas estatais, ou, de menos, de salvaguardas jurídicas contra a permanência de situações danosas, prejudiciais ao indivíduo e à própria Justiça, cujo sentido e realização ficam mais e mais difíceis de se tornarem eficazes se não se efetiva a garantia da responsabilidade estatal.

6. A ação regressiva

Se o Estado deve ser responsabilizado pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causam aos indivíduos, refoge a qualquer dúvida que não deve a sociedade ser onerada pelo pagamento da indenização devida e aperfeiçoada pela pessoa estatal, quando o dano decorreu de comportamento culposo — doloso ou por culpa *stricto sensu* — do seu autor.

Por isso, desde o Código Civil Brasileiro, assegurou-se a responsabilidade direta do Estado pela reparação ou pela compensação do dano havido, mas determinou-se que haveria o regresso contra o causador do dano (art. 15, *in fine*, do Código Civil).

Sobre aquela regra, ponderava CLÓVIS BEVILÁQUA que “O artigo analisado consagra o direito regressivo da pessoa jurídica de direito público, contra os causadores do dano. É aplicação de um princípio geral de direito que, tornado efetivo, seria um freio eficaz aos abusos, a que se deixam arrastar autoridades arbitrárias” (op. cit., vol. I, p. 215).

Em verdade, o princípio do regresso contra o autor do dano, quando este se origine de culpa ou dolo, atenta para o direito da sociedade ao Estado Moral, à ética no exercício das funções públicas. Assim, se de um lado não se pode deixar ao desabrigo os direitos maculados dos particulares

por um comportamento imputável ao Estado, também é exato que a sociedade não deve arcar com os ônus decorrentes de condutas equivocadas dos agentes públicos. Por outro lado, pretende-se que a moralidade administrativa, antes diria, a moralidade estatal (porque não se requer a sua observância apenas na gestão da coisa pública, mas em todo o comportamento do Estado, entendendo-se por este o que ocorre no exercício das funções legislativas e judiciais também) impeça que agentes públicos exorbitem das suas atividades legais ou as exerçam de forma incompatível com os ditames da legalidade e da moralidade, adotando condutas que, por culpa ou dolo, agredem ou ameacem direitos dos particulares.

Assim, ao Estado incumbe o dever de reparar o dano ocorrido pelo comportamento que lhe seja imputável; mas a ele compete, igualmente, o dever de não arcar com o ônus decorrente desta reparação quando seja ela originária de um comportamento doloso ou culposo do seu agente.

A Constituição de 1946, que tornou superada no direito magno positivo a responsabilidade solidária do Estado e do seu agente, introduziu, em parágrafo próprio, o tratamento da ação regressiva contra o funcionário causador do dano, quando tiver havido sua culpa.

Não se utilizou, então, a expressão da obrigação do exercício deste regresso, a qual, contudo, se constituía por força do seu fundamento jurídico e da sua natureza mesma. Não se imaginaria que, num sistema constitucional que adotasse o princípio da moralidade pública, pudesse ficar ao arbítrio do agente público competente a eleição sobre o exercício do regresso, que é um direito da sociedade.

Circunscreveu-se bem, naquela Constituição, o espaço de exercício da ação regressiva: apenas quando tivesse havido culpa do causador do dano.

Com isso evitava-se, por outro lado, o arbítrio no repasse dos ônus decorrentes da reparação havida.

O parágrafo único do art. 105 da Carta de 1967, bem como o parágrafo único do art. 107 da Emenda n.º 1, de 1969, observada como Carta Política Brasileira até o advento da atual Constituição de 1988, albergaram, igualmente, o cabimento da ação regressiva contra o “funcionário responsável” nos casos de culpa ou dolo.

Entendia-se que poderia, ou não, haver a ação regressiva, segundo entendimento predominante no seio das entidades estatais e, ainda, na própria jurisprudência. Afirmava-se tratar-se de um “direito do Estado”, que poderia, então, exercê-lo, ou não.

Entretanto, qualquer interpretação mais firme do instituto deixaria esclarecido o caráter obrigatório da ação regressiva, nos casos de culpa ou dolo, descritos constitucionalmente.

Evidente que, se a ação regressiva presta-se a deixar a salvo de ônus sociais os comportamentos ilegais dos agentes públicos, não se pretende possa deixar ao arbítrio dos agentes competentes, a escolha dos casos em que ele pretende se valer do "direito". Note-se que, aqui, se teria, efetivamente, uma atuação arbitrária. É que se a atuação da qual se originou o dano é culposa ou dolosa, e, de conseguinte, gravosa ao patrimônio da sociedade assumido pelo Estado, escolher algum agente quando se vai, ou não, debitar à sociedade o ônus, ou quando se vai impô-lo ao próprio causador do dano, é cometimento tipicamente arbitrário.

Por outro lado, tal situação cria desigualdades de tratamento entre os próprios agentes públicos, que se veriam partes de ação regressiva segundo a conveniência dos seus superiores hierárquicos, por vontade deles, e não por exigência dos princípios legais vigentes.

Como o patrimônio público, que assume o ônus pecuniário do ressarcimento havido, não pode refugir aos princípios da legalidade e da moralidade pública, certo é que a ação regressiva não era, nem poderia ser, direito do Estado, mas dever incontornável e de cumprimento obrigatório deste.

O texto constitucional vigente piorou, neste particular, a técnica, ao afirmar ser "assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (art. 37, parágrafo sexto).

Em verdade, para engrossar os argumentos daqueles que entendiam pela impossibilidade de se exigir do Estado a ação regressiva, cuja omissão pudesse ensejar ação popular — por lesão ao patrimônio público — o constituinte valeu-se da palavra "direito", como se fora uma opção livre e desguarnecida de limites a utilização dos bens da sociedade.

Seria inegável desavença entre o sentido da norma em causa e a sua finalidade atribuir-se a palavra "direito", empregada naquele dispositivo constitucional, o significado menor de faculdade ou prerrogativa, como se o interesse público pudesse ficar à disposição de algum agente público.

Cuida-se de examinar o fim da norma, incluída na Constituição, tão ciosa esta do princípio da responsabilidade estatal, a ação regressiva contra o causador do dano nos casos de culpa ou dolo.

Trata-se de fazer valer uma das muitas célebres e sábias lições de CARLOS MAXIMILIANO, segundo quem "Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa a finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais;

será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio. Livraria Freitas Bastos S/A., 1965, p. 163).

Não se poderia pretender, pois, que o sistema constitucional adotasse o princípio imperioso da moralidade pública do comportamento estatal e assegurar-se à sociedade que os danos havidos por particular imputáveis ao Estado seriam por ele patrimonialmente ressarcidos, sem que paralelamente, assegurasse a ela que o patrimônio público seria utilizado lesivamente a ela quando do ressarcimento do particular. Assim, decorrido o dano a ser reparado de conduta culposa ou dolosa de agente público responsabiliza-se a pessoa jurídica, que regrida contra o causador. Refaz-se, destarte, inicialmente o patrimônio do particular ofendido em sua esfera de direitos e, em seguida, nos casos indicados, a dizer, de culpa ou dolo do causador do dano, refaz-se o patrimônio público, através da ação regressiva oposta ao provocador do gravame.

Inimaginável seria que a Constituição, numa passagem, assegurasse a legalidade e a moralidade pública (art. 37, *caput*) e, em outra, deixasse uma brecha ao arbítrio do agente competente para propor, ou não, a ação regressiva contra o agente causador, por culpa ou dolo, de dano a particular.

Não apenas seria uma abertura ao arbítrio daqueles agentes competentes a fazer a “opção” pelo ajuizamento da ação regressiva, mas, ainda, fustigaria tal interpretação o princípio da moralidade pública assegurado ao particular que é, constitucionalmente, instrumentalizado a defendê-la (ação popular, art. 52, item LXXIII) e o da impessoalidade da Administração Pública, havendo ainda possibilidade de se comprometer o tratamento isonômico, erigido como princípio maior da Constituição de 1988, dos próprios agentes públicos.

Assim, embora a letra do art. 37, parágrafo sexto, *in fine*, não tenha favorecido, tecnicamente, o melhor entendimento que há sobre a obrigação de ser ajuizada ação regressiva contra o causador do dano imputável ao Estado, nos casos de dolo ou culpa deste, certo é que a principiologia que domina o sistema constitucional positivado não permite outra interpretação que não aquela que a fixa como dever estatal inafastável.

Melhor orientação parece ser, indubitavelmente, a que se absorveu no texto da Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989, segundo a qual:

“Art. 16. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo obrigatória a regressão, no prazo estabelecido em lei, nos casos de dolo ou culpa.”

Pela redação oferecida na Constituição Mineira é, pois, obrigação indefectível e inquestionável pelo rigor da letra da norma, a regressão contra o causador do dano. É certo que a redação apresenta deficiência ao deixar de acentuar contra quem a regressão se volta, o que se depreende, obviamente, mas que teria sido de melhor técnica a sua indicação expressa.

Contudo, prima sobre o texto federal pela clareza da obrigação de se regredir contra o causador do dano nos casos de dolo ou culpa, garantindo-se, deste modo, a moralidade pública na utilização do patrimônio que é da sociedade, além de impedir desmandos ou arbítrios no exercício da competência sobre a ação regressiva.

7. *Conclusões*

A responsabilidade é a marca do Estado Democrático Contemporâneo e traça a essência do momento político presente. A responsabilidade do Estado mais ainda reflete esta coerência interna da proposta de vida que se perspectiva dentro de direitos de todos e resguardo dos interesses da sociedade.

A responsabilidade sobre a qual aqui se fez algumas breves observações é de natureza patrimonial, extracontratual e tem seus fundamentos assentados nos princípios jurídicos republicanos, do qual decorrem outros como o da igualdade de encargos perante a administração pública, e democrático, sob o qual residem os seus sustentáculos que são os princípios da legalidade, da isonomia e da responsabilidade.

A teoria hoje sedimentada dota a responsabilidade do Estado de natureza objetiva, vale dizer, para a qual não se questiona o elemento subjetivo da culpa havida na conduta da pessoa estatal, mas apenas na relação causal entre o dano e o comportamento que o provocou e que se imputa àquela entidade.

Qualquer comportamento estatal, comissivo ou omissivo, havido no desempenho de atividade administrativa, legislativa ou judicial, material ou jurídico, pode ensejar a responsabilidade, não existindo mais, de forma sustentável, qualquer ressaíbo de irresponsabilidade do Estado nos sistemas normativos vigentes.

No Brasil, onde jamais vingou a teoria da irresponsabilidade do Estado, nota-se um crescimento do instituto desde os seus primeiros momentos no sistema constitucional do Império até a Constituição de 1988, que alargou o espaço de incidência do princípio, tornando-o garantia do indivíduo e segurança da sociedade, ao estendê-lo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e engajar, em seu sistema, o dever estatal de regredir contra o agente causador do dano nos casos de dolo ou culpa.