

# O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo

HELENO TAVEIRA TÓRRES

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aspectos sobre a personalidade jurídica do Estado. 3. Situcionalidade da responsabilidade do Estado. 4. Evolução doutrinária. 4.1. Fase da irresponsabilidade. 4.2. Fase da responsabilidade civilista. 4.3. Fase da "faute du service". 4.4. Fase da responsabilidade objetiva do Estado. 5. A responsabilidade do Estado no Direito Constitucional brasileiro. 6. Sobre a responsabilidade objetiva do Estado. 6.1. A responsabilidade estatal como princípio de direito público. 6.2. Relevância constitucional da responsabilidade do Estado. 6.3. A natureza da responsabilidade extracontratual do Estado. 6.4. Motivos ensejadores da responsabilidade do Estado. 6.4.1. Antecedente – o fato administrativo. 6.4.2. Conseqüente – o dano indenizável. 6.4.3. Atos omissivos. 6.4. A teoria do risco. 6.5. As excludentes de responsabilização objetiva do Estado. 6.5.1. Culpa do lesado. 6.5.2. Culpa de terceiros. 6.5.3. Força maior. 6.5.4. Estrito cumprimento do dever legal face a um estado de necessidade. 7. Do direito de regresso.

### 1. Introdução

O tema da responsabilidade objetiva do Estado<sup>1</sup>, nada obstante já haver uma larga quantidade de escritos sobre o mesmo, continua sendo um tema atual e em evolução, principalmente no sentido de vencer os preconceitos civilísticos que o envolvem. Após uma breve consideração histórica, faz-se aqui uma referência à relevância constitucional do princípio, com atenção para os fundamentos e as razões que infor-

Helena Taveira Tôrres é Mestre em Direito Público (UFPE). Aperfeiçoado em Direito Tributário Internacional pela I Universidade de Roma "La Sapienza". Foi pesquisador na II Universidade de Roma "Tor Vergata" no período acadêmico 93/94.

<sup>1</sup> ALCÂNTARA, M.ª E. Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. SP: RT, 1988; ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 3.ª ed., Milano: Giuffrè, 1955; \_\_\_\_\_. *L'illecito e la responsabilità*

mam o seu conteúdo. Cuida-se ainda da referida temática enquanto instituto vinculado estritamente ao regime de direito público, dando-lhe a conotação da teoria do risco administrativo, ou seja, reconhecendo a existência das denominadas *excludentes de responsabilização objetiva*, elementos que descaracterizam o nexo causal entre o antecedente (fato administrativo) e o conseqüente (dano), elidindo assim a responsabilização estatal. Por fim, são expostos alguns aspectos relevantes sobre o dever-poder de regresso da Administração em relação ao agente causador do dano.

## 2. Aspectos sobre a personalidade jurídica do Estado

Para um maior rigor de tratamento, mister que inicialmente, mesmo com brevidade, façamos uma apreciação quanto à relação entre a personalidade jurídica do Estado e o tema, com o fito de demarcar o verdadeiro sujeito passivo da responsabilização aos danos causados a administrados: o Estado ou a Administração Pública.

Helly Lopes Meirelles prefere a designação "responsabilidade civil da Administração Pública" ao invés da denominação tradicional, a "responsabilidade civil do Estado", porque, segundo o citado mestre, em regra, a responsabilidade ocorre com fundamento nos atos emanados pela Administração, atos administrativos *stricto sensu*, e não dos atos políticos, que, em princípio, não geram responsabilização, *uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos órgãos de governo, que*

*civile degli enti pubblici*, Milano: Giuffrè, 1972; AMARO CAVALCANTI. *Responsabilidade Civil do Estado*, RJ: Laemmert; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, SP: RT, 1981; BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil do Estado nas atividades nucleares*, SP: RT, 1985; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, SP: RT, 1982; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Coimbra: Almedina, 1974; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, 5.ª ed., RJ: Freitas Bastos, 1964, v. 1; CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*, SP: Forense Univ., 1992, v. VI; \_\_\_\_\_. *O Estado e a obrigação de indenizar*, SP: Saraiva, 1980; DELGADO, J. Augusto. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. *Revista de processo*, SP: 1985, v. 10, n.º 40, out.-dez., pp. 147-56; DI PIETRO, M.ª Sylvia Zanello. *Direito Administrativo*, 2.ª ed., SP: Atlas, 1991; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, RJ: Forense, 1944, v. II,

*emerge a obrigação de indenizar*².

Divergindo desta opinião, Maria Sylvia Z. Di Pietro faz notar que a responsabilidade é do Estado, que é pessoa jurídica, e que por isso seria errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos na ordem civil. Como assevera, a "capacidade" é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais³.

Essas duas opiniões, ambíguas na essência, servem para ilustrar o quadro de incertezas quanto ao tema.

De há muito que a doutrina se interroga sobre a existência e a forma de manifestação da personalidade jurídica do Estado. Hoje, firma-se o entendimento positivo de existência de uma personalidade, considerando-o como sujeito de direitos e obrigações, porque desde a formação do Estado de Direito (para nós, demarcado na Revolução Francesa), ao mesmo tempo que sua atuação confere direitos e impõe obrigações aos indivíduos, o faz também para si próprio, como forma de garantia para a Comunidade sob sua égide de poder. Tal relação comutativa só é possível, inconteste, entre pessoas, sujeitos submetidos a uma ordem jurídica, titulares de direitos e obrigações.

O Estado é, assim, pessoa jurídica, tanto para a ordem interna como para a ordem internacio-

GARCIA DE ENTERÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, SP: RT, 1991; MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, SP: RT, v. II; MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 13.ª ed., SP: RT, 1988; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, 3.ª ed., SP: Malheiros, 1992; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, SP: Acadêmica, 1994. PACHECO, J. da Silva. A nova Constituição e o problema da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público. *Revista dos Tribunais*, SP: RT, 1988, n.º 635, set., pp. 103-14; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado, 1991, jul.-set., a. 28, n.º 111, pp. 79-122; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Responsabilidade Civil do Estado*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: 1987, a. 24, n.º 96, out. - dez., pp. 233-52; ZANOBINI, Guido. *Curso di Diritto Amministrativo*, 5.ª ed., Milano: Giuffrè, 1947, v. 1.

²MEIRELLES (1988, p. 546).

³DI PIETRO (1991, p. 354).

nal, sujeito capaz de direitos e obrigações pre-disposto a atuar em qualquer relação jurídica como parte legítima.

Nesta linha, apresenta-se como sendo mais consentânea com a realidade a proposição apresentada por Di Pietro, uma vez que a Administração, esta sim, não possui personalidade jurídica independente em relação ao Estado a que serve. A responsabilização cabe ao Estado, que é o sujeito de direito constituído pela ordem jurídica, pois este pode ser responsabilizado não apenas por atos administrativos, mas, nas três funções em que se especializa o poder do Estado, também por atos legislativos e judiciais.

Nesta linha de raciocínio, o Estado não fica imune à responsabilidade por atos praticados no seu interesse, porque, em termos de *neminem laedere*, a ninguém é lícito causar danos ao direito alheio, e atualmente a normativa constitucional submete todos os sujeitos, públicos ou privados, ao seu enquadramento jurídico, de tal sorte que qualquer dano pode acarretar para o autor a obrigação de reparação<sup>4</sup>.

De notar, portanto, que tal correlação de direitos e obrigações só é possível por haver uma submissão do Estado à ordem constituída, segundo a qual os cidadãos lesados podem opor contra o mesmo suas pretensões indenizatórias, face a danos porventura causados por ele no desenvolvimento de suas ações<sup>5</sup>.

### 3. Situcionalidade da responsabilidade do Estado

Haja vista a vultuosa quantidade de atividades desenvolvidas pelo Estado, no exercício dos seus serviços, são constantes as possibilidades de exposição de administrados a riscos, que frequentemente passam ao plano da realidade, com a ocorrência de danos. Surge, com isso, a condição inicial para a responsabilização.

O termo *responsabilização* deve ser entendido como a posição inercial do sujeito que se

<sup>4</sup> Neste sentido, diz Amaro Cavalcanti (p. XI): "O Direito é a regra de conduta e proceder tanto dos indivíduos como do Estado, conseqüentemente, assim como sucede com os indivíduos, assim também deve o Estado, em princípio, responder pelos próprios atos."

<sup>5</sup> Como bem assinala Mello (1992, p. 325): "Se não há sujeitos fora do direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo".

encontra, a qualquer título, passível de arcar com as conseqüências de fatos danosos. Tratando-se de responsabilização do Estado, a mesma deve ser apreendida como sendo uma *obrigação jurídica* que detém o mesmo de manter ileso os bens e direitos dos administrados, restabelecendo, dentro do possível, o *status quo ante* alterado por atos originários de sua conduta.

Hoje, o princípio da responsabilidade do Estado identifica o próprio Estado de direito democrático e social, que se justifica pela impessoalidade isonômica na relação com os administrados e pelos próprios objetivos firmados, de atuação conjunta e garantia dos direitos constituídos, sob uma perspectiva democrática e responsável.

A responsabilidade, quer pública, quer privada, pode ser contratual ou extracontratual. A *responsabilidade contratual* deriva da infração de cláusulas aceitas por ambas as partes. Descumprida uma ou algumas das cláusulas contratuais, faz-se despontar a responsabilidade do infrator. A *responsabilidade extracontratual*, delitual ou aquiliana, não deriva de qualquer relação contratual, mas da lesão a um direito subjetivo ou prática de ato ilícito a um terceiro, com a infração ao princípio *neminem laedere*, na medida em que quem desempenha uma atividade deve suportar-lhe os riscos e perigos, as vantagens e desvantagens, sem causar danos a ninguém.

Não estamos interessados aqui na responsabilidade contratual, mas tão-somente na responsabilidade extracontratual do Estado, por danos causados através de ações unilaterais, lícitas ou ilícitas.

### 4. Evolução doutrinária

A responsabilidade patrimonial do Estado é uma conquista do moderno Estado de direito, na medida em que se tornou um mecanismo a serviço da legalidade e da igualdade dos administrados perante o mesmo. Mas atente-se que não foi uma conseqüência inexorável pelo simples fato de exurgência da instituição "Estado". O que deve ser tido como fundamental é a submissão do Estado à ordem jurídica por ele mesmo constituída. Outrossim, os cânones da vigente configuração do princípio em tela é fruto de uma lenta evolução, plena de dogmas e preconceitos que entravaram o seu desenvolvimento, principalmente em função das concepções civilistas e do seu caráter absolutista.

A finalidade desta breve digressão históri-

ca sobre a evolução do instituto não terá como fito estabelecer novos parâmetros de compreensão ou relatar os detalhes, por épocas e países, em modo pormenorizado, quanto ao mesmo. Nossos propósitos são mais modestos, a começar do ponto de partida.

O *topos* inicial será o surgimento do Estado de direito moderno (Revolução Francesa), diferentemente do que faz Augustin Gordillo, seguido por M<sup>a</sup> Emilia M. Alcântara<sup>6</sup>, que considera a percepção de cinco etapas: época primitiva (desde a origem da humanidade até Roma); época teológica (alta Idade Média na Europa); época estatista (séc. XVIII); época de indecisão e época intermediária. Parece-nos que a postura mais coerente encontra-se na estipulação do Min. Carlos Mario da Silva Velloso<sup>7</sup>, que estabelece quatro fases distintas a partir da formação do Estado. São elas: fase da irresponsabilidade absoluta, da responsabilidade civilista, da teoria da culpa administrativa ou da *faute du service* e a fase atual da responsabilidade objetiva.

#### 4.1. Fase da irresponsabilidade

Mesmo nos domínios do advento do Estado de direito, com a formação dos regimes constitucionais, a exclusão da responsabilidade prevaleceu ainda durante quase todo o século XIX. Os motivos eram os mais díspares possíveis para justificar a insubmissão do Estado ao dever de ressarcimento<sup>8</sup>, em claras seqüelas absolutistas. Nisto consistiam as fórmulas sintetizantes: *le roi ne peut mal faire*, dos franceses e *the King can do no wrong*, dos ingleses.

A prevalência deste pensamento, todavia, variou de país a país. Nos Estados Unidos, até 1946, ainda vigia este princípio, tendo desaparecido com o advento da *Federal Tort Claims Act*; e na Inglaterra, até 1947, através do *Crown Proceedings Act*. Mas isto não implicava na

inexistência de qualquer proteção jurídica aos administrados. Os danos causados por agentes públicos eram reparados por estes, individualmente, caso tivessem agido por dolo ou culpa.

#### 4.2. Fase da responsabilidade civilista

Das discussões sobre a dicotomia dos atos de império e dos atos de gestão, na França, uma das principais conseqüências foi a alteração da teoria da irresponsabilidade do Estado, admitindo-se a responsabilização da Administração para os danos provenientes de atos de gestão, no caso de culpa ou dolo do agente público. A irresponsabilidade permanecia, contudo, exclusivamente para os atos de império.

Esta teoria, que ainda se mostrava eminentemente civilista, de responsabilidade aquiliana pela verificação da existência de culpa do agente na condução das atividades públicas, não correspondia aos anseios dos cidadãos porque a estes pouco interessava ter sido o dano causado por ato de *jus gestionis* ou ato de *jus imperii*. Dada a dificuldade de caracterização do que seriam os ditos "atos de gestão", a responsabilidade por culpa foi lentamente perdendo vigor, mas não se pode negar o salto de qualidade na proteção dos direitos dos administrados deixado por ela.

#### 4.3. Fase da "faute du service"

Como desenvolvimento necessário da teoria da culpa civilista, em observância aos direitos e às garantias dos administrados, que passo a passo se fertilizavam ainda mais no desenvolvimento das idéias liberais, instalou-se a fase da publicização da culpa administrativa ou da *faute du service* francesa – criação jurisprudencial do *Conseil D'État*.

Esta teoria trazia no seu bojo pontos de crucial significação publicística. Passa a responsabilidade do Estado a ser independente da falta do agente, sendo originária da Administração, pelo mau funcionamento do respectivo serviço que provocou o dano. A responsabilidade passa a ser imputada, então, pelo mau funcionamento do serviço público ou a sua inexistência, cuja decorrência deve ser concretamente examinada a partir da natureza do serviço, o lugar e as circunstâncias de sua realização.

Assim, costuma-se resumir sua configuração como aquela falta que ocorre quando o serviço público não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> ALCÂNTARA (1988, p. 147).

<sup>7</sup> VELLOSO (1987, p. 237).

<sup>8</sup> "Le ragioni della esclusione non sono le stesse in tutti gli autori: ora si parla del carattere etico e giuridico dello Stato, che escluderebbe che esso possa in qualunque modo commettere atti illeciti, ora della funzione, propria del medesimo di creare il diritto, che sarebbe incompatibile con qualunque attività contraria al diritto e alla legalità; ora del carattere publicistico della personalità dello Stato, che impedirebbe il suo assoggettamento a un principio di diritto privato, quale quello della responsabilità per danni". ZANOBINI (1947, p. 261). Neste sentido, também: DIAS (1944, p. 154).

<sup>9</sup> Assim, MELLO (1992, p. 329).

A culpa passa a ter então uma determinação publicística; mesmo que sob certo sincretismo, para efeito de responsabilização do Estado. Em verdade, há um deslocamento de postura, passando da verificação da culpa de alguém que age em nome do Estado para a responsabilização do Estado, por culpa propriamente sua. Deixa de existir, então, uma individualização da culpa, passando-se para a verificação da culpa do serviço estatal.

O que qualifica esta responsabilidade é o de ser uma necessária transição para a culpa objetiva do Estado, porque o funcionário não é um *private man*, nem suas faltas podem ser privatizadas. Os atos destes são atos da própria entidade pública e, por contingência, é esta a autora dos danos infligidos a terceiros.

#### 4.4. Fase da responsabilidade objetiva do Estado

Após o domínio das teorias privatísticas, finalmente a responsabilidade do Estado é posta e equacionada em termos de Direito Público. Como marco para esta separação, aponta-se o famoso *caso Blanco* (1873), no qual os julgadores, rejeitando as prescrições do Código Civil de Napoleão, utilizaram-se dos postulados publicísticos, como únicos, necessários e suficientes para a resolução dos casos em que o Estado figura como causador de danos aos administrados.

Em verdade, esta decisão refletia a tendência que se descortinava na doutrina administrativista (Otto Mayer, Duguit), com o aparecimento das novas idéias sobre o dano anormal e o risco, como fundamentações para as pretensões ressarcitórias dos entes públicos, o que ensejou como natural evolução as construções dogmáticas sobre a responsabilidade objetiva do Estado.

Duguit fazia ver na idéia de *segurança social* a razão para proclamar a rejeição da *faute du service*, defendendo um dever indenizatório total do Estado sempre que os serviços públicos causem (mesmo funcionando bem) danos aos administrados. Tal *segurança social* traz insita a crença na formação de uma *caixa coletiva*, a ser usada em proveito daqueles que sofrem um prejuízo.

Via-se, assim, motivos de justiça e de equidade na pretensão de ressarcimento, por serem sacrifícios desigualmente impostos a um ou vários cidadãos em proveito de toda a coletividade, pouco importando o caráter lícito ou ilícito

do ato estatal. Outrossim, imprescindível seria, tão-somente, a verificação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ente público. Em resumo, qualquer dano deveria ser indenizado sem qualquer questionamento sobre o caráter culposo da conduta do agente lesante.

Estes pensamentos confluíam para a *teoria do risco*, ou seja, para uma teoria segundo a qual todo o dano deve ser reparado por quem se arriscar, com ou sem a intenção de tirar proveito, a exercer por si, ou por via de outrem, uma atividade qualquer, da qual possa resultar o dano.

Partindo da cristalização dessas concepções, a responsabilidade do Estado assume um caráter de instituto exclusivamente de Direito Público<sup>10</sup>, sob os preceitos do risco integral, formando a responsabilidade objetiva do Estado, bastando o mero nexo causal entre o dano e a conduta estatal. Como proclama Velloso,

“segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato público”.<sup>11</sup>

Pela teoria do risco objetivo figura o entendimento de que ao lesado não interessa conhecer o responsável pelo dano, ele almeja o ressarcimento, desde que restabelecido o nexo causal entre ele e o Estado. O dano exige reparação porque produz desequilíbrio no patrimônio do prejudicado<sup>12</sup>.

Para compensar a desigualdade individual sofrida pelo lesado, todos os demais compo-

<sup>10</sup> Com muita propriedade, Zanobini, ao afirmar: “(...) la responsabilità dello Stato assume il suo proprio carattere di istituto di diritto pubblico, basato fondamentalmente sopra principi generali comuni ad ogni branca del diritto, ma regolato nei particolari da proprie norme, decisamente distinta da quelle di diritto privato. Secondo una parte di questa più recente doutrina, la responsabilità dello Stato sarebbe unica e retta, in ogni caso, dai detti principi di diritto pubblico”. (1947, p. 262).

<sup>11</sup> (1987, pp. 237-8).

<sup>12</sup> “A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração (...). Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder público”. MEIRELLES (1988, p. 548).

nentes da comunidade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário público. O risco e a solidariedade social são, pois, as bases desta teoria, as quais, pela objetividade e repartição dos ônus e encargos, conduzem a uma justiça distributiva, posto que a Administração age em prol do interesse público.

#### 5. A responsabilidade do Estado no direito constitucional brasileiro

O Estado brasileiro independente, constitucionalmente organizado, não conheceu a teoria da irresponsabilidade do Estado. É princípio constante de todos os textos constitucionais brasileiros, o da responsabilidade do Estado, com as variações ofertadas pela própria evolução dantes descritas.

A *Constituição imperial de 1824*, em seu art. 179, item 29, estabelecia o princípio da responsabilidade subjetiva, exclusiva do imperador, que era irresponsável, conforme dispunha o art. 99 da mesma: "a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma", numa clara reminiscência do brocardo inglês *the King can do no wrong*.

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

A primeira Constituição da República (1891), no seu art. 82, repetiu, com pequenas alterações, o preceito imperial, mantendo-se na mesma linha da culpa subjetiva do agente público. Segundo alguns autores, havia uma solidariedade do Estado em relação à culpa subjetiva dos agentes, mas é uma tese pouco confiável, pois não é esta a interpretação que se infere da expressão "(...) são estritamente responsáveis", empregada para os agentes públicos.

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

Como se lê, o teor indica claramente um caráter subjetivista da responsabilidade, com propensões para a teoria da culpa, como era a prática. Todavia, o Código Civil de 1916, no seu art. 15, passa a configurar a responsabilidade civil como sendo do Estado<sup>13</sup> e, caso fosse in-

<sup>13</sup> "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus represen-

compatível com o preceito constitucional, teria sido vetado por inconstitucionalidade. Nele fixasse, somente, a presunção de culpa *jure et de jure* das pessoas administrativas, quando o dano provier de fatos ilegais de seus representantes<sup>14</sup>.

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 171, preceituava, além da definição de uma culpa *lato sensu* para a responsabilização estatal, a responsabilidade solidária do agente público com a Fazenda, devendo ambos serem demandados juntos.

"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.

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

§ 2º. Executada a ação contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado."

Com este dispositivo, não conseguiu o constituinte alcançar o seu intento de beneficiar o erário público, na medida em que a cobrança ao funcionário, pela Administração, da sua cota do débito, só poderia ser realizada de acordo com as normas atinentes à solidariedade passiva.

Este dispositivo foi mantido na Carta Constitucional outorgada em 1937, no art. 158, permanecendo, assim, a responsabilidade solidária.

A grande inovação legislativa, no que concerne à responsabilidade do Estado, veio no bojo da Constituição Federal de 1946, que, em seu art. 194, acolheu a teoria do risco administrativo e expurgou a figura da solidariedade. Com esta, foram inaugurados no sistema positivo pátrio os institutos da responsabilidade objetiva e a ação de regresso contra o funcionário que tenha agido com culpa.

"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis

tantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

<sup>14</sup> Mas isso não é assim tão pacífico. "Não é fácil aproximar este artigo a nenhuma das teorias do direito público, que deixamos assinaladas. Não faz alusão à culpa. Não se inclina para a doutrina do risco inte-

pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

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

Semelhantes disposições foram fixadas na Constituição Federal de 1967, no seu art. 105, parágrafo único:

“As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, em seu art. 107, basicamente, repetiu o texto precedente.

Quanto à Constituição Federal de 1988, maiores considerações pormenorizadas serão apresentadas em páginas ulteriores, às quais remetemos o leitor.

## 6. Sobre a responsabilidade objetiva do Estado

### 6.1. A responsabilidade estatal como princípio de direito público

Como princípio de direito público, da responsabilidade do Estado exsurtem regras em consonância com o regime que lhe é próprio e só supletivamente faz-se preciso uma recorrência às regras de direito civil.

É da praxe doutrinária, um excessivo apego aos ditames privatísticos para resolver problemas de direito público. Esta prática vem perdendo espaço, mas não de todo. É comum ver-se civilistas que se arvoram da pretensão de dizer sobre a responsabilidade *civil (sic)* do Estado, cometendo, já do título adotado, seu veio de incoerência.

O princípio da responsabilidade estatal encontra-se adstrito ao que representa mais de perto o Estado de direito social contemporâneo, com os lastros do condicionamento da perspectiva democrática<sup>15</sup> e interativa, Estado e sociedade, na busca dos interesses coletivos.

gral, porque condiciona a indenização a ter sido o dano causado por procedimento contrário ao direito, ou com falta a dever prescrito por lei”, como diz Masagão (p. 302).

<sup>15</sup> Como assinala Rocha (1991, p. 83), “Na base de um sistema jurídico democrático conjugam-se os princípios da garantia da liberdade individual, da legalidade, da responsabilidade e da igualdade jurídica

A *publicização* é a realidade mais palpável da nova era do jurídico, na qual o privado passa a ter um comprometimento maior com o coletivo e o Estado, em contrapartida, se mostra, além de um dominador, um protetor dos direitos individuais e um partícipe leal na busca do bem comum.

É notória sua relação com o princípio da *igualdade*, na medida em que é conferido ao particular o direito de ser tratado igualmente sob iguais circunstâncias e de exigir do poder público que as desigualdades motivadas pelo interesse público sejam compensadas mediante reintegração patrimonial.

Sob esta ótica, o princípio da responsabilidade do Estado toma nuanças de inerência ao próprio conceito de Administração Pública, tornando-a uma Administração responsável, diligente e criteriosa, porque isso faz a ressonância do grau de comprometimento do Estado com relação aos administrados, de proteção efetiva aos direitos destes: no sentido de não permitir que qualquer lesão sofrida em decorrência de suas atividades na gestão da *res publica* seja imunizada de uma imediata e condizente reparação.

Assim, a responsabilidade do Estado é um princípio de direito público do qual emanam normas que embasam e orientam as atividades administrativas, em respeito aos administrados.

### 6.2. Relevância constitucional da responsabilidade do Estado

O princípio da responsabilidade do Estado aparece como a *ultima ratio* do administrado para obter do Estado de direito a reparação de lesões sofridas provenientes da atuação deste. Como diz Canotilho,

“a responsabilidade por ilícitos não tem, desse modo, a função estática de uma reparação patrimonial: constitui uma autêntica garantia com o mesmo valor e natureza idêntica ao de outras constitucionalmente consagradas”<sup>16</sup>.

Em tal dimensão, ele aparece positivamente plasmado nos modernos textos constitucionais como um princípio apto a nortear a ação do Estado, que já não se limita simplesmente a prover uma proteção formal aos cidadãos, na busca de uma significação material de tutela vinculante tanto para a Administração como para o legislador.

como pilares de sustentação e matizamento ideológico da normatização positiva”.

<sup>16</sup> CANOTILHO (1974, p. 132).

Isto faz implicar à noção de Constituição algo mais que um documento formal, uma força viva e vigorosa de princípios e regras compromissadas com o direito dos administrados, de tal modo efetiva e vinculante, a dispor que as atividades das funções administrativas, legislativas e judiciais, axiologicamente guiadas por suas formulações, sejam desenvolvidas sem prejuízos aos particulares, individualmente.

A norma do art. 37, § 6.º da Constituição Federal de 1988, segundo a qual "as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas 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," não se dispõe como uma norma programática ou simbólica<sup>17</sup>, antes, concretiza-se em um princípio de eficácia plena, materialmente vinculante para o Estado e todos aqueles que dele recebem serviços outorgados ou delegados, para serem cumpridos em seu nome e por sua conta e risco. Trata-se mesmo de um direito subjetivo do administrado, a legitimação para ser indenizado toda vez que o Estado cause danos ao seu patrimônio através de atividade estatal ou por quem faça suas vezes.

O Estado submete-se, então, através da Fazenda Pública, a compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. E não poderia ser diverso. Os agentes<sup>18</sup> do Estado, no cumprimento de suas atribuições, recebem a parcela de poder necessária para bem e fielmente cumprir a vontade do Estado. Somente os agentes públicos, incubidos do desempenho de função estatal, portanto, que atuem nesta condição, possuem o condão de pôr o Estado numa circunstância indenizatória<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Para uma diferença entre ambas, ver: NEVES (1994, pp. 102-4).

<sup>18</sup> Agente público aqui entendido em sua forma *lato sensu*, ou seja, compreendendo todas as pessoas físicas que participam das funções estatais, em modo permanente, temporário ou acidental, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material, aplicados seja na administração direta, seja na administração indireta, seja nas atividades políticas do Estado. São estes, portanto, os sujeitos capazes de provocarem um comprometimento ressarcitório do Estado, quando atuarem na qualidade de agentes públicos.

<sup>19</sup> Isto não se confunde com a obrigação, a cargo

Este dispositivo tem a felicidade de ampliar o âmbito das pessoas que podem vir a formar sujeito passivo da responsabilização objetiva, alargando-se às pessoas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos.

### 6.3. A natureza da responsabilidade extracontratual do Estado

Imperioso demarcar a natureza da reponsabilidade extracontratual estatal, se é compensatória, reparatória ou sancionatória. De imediato, faz-se necessário tirar a limpo qualquer cogitação quanto a uma possível natureza sancionatória aos atos estatais que induzem a responsabilização, porque esta tem função apenas de restauração do direito violado, de recomposição dos prejuízos acarretados pela ação do Estado. Não se cogita de uma *punição* ao Estado, mas de proteção ao direito do particular afetado, mediante o devido restabelecimento do *status quo ante* do patrimônio lesado ou de refazimento do mesmo por meio de uma compensação pecuniária.

Os atos estatais de cuja prática ou omissão induzem a responsabilidade podem ser lícitos ou ilícitos e, a partir da composição de cada um, pode ser condicionada a responsabilização do Estado. Assim, para o dano decorrente de ato estatal *lícito*, a *recomposição* patrimonial deve ser feita mediante *compensação*, haja vista a necessidade de reequilíbrio da situação jurídica do particular. Aqui o dever de reparar é uma decorrência do princípio da *legalidade*, numa forma de restaurar a legalidade dantes violada por uma ação comissiva ou omissiva; enquanto que o cometimento *ilícito* requer o ressarcimento de natureza *reparatória*, porque neste aparece uma derivação de retratação estatal sob a forma de espécie pecuniária. Busca-se aqui

do Estado, de indenizar administrados por motivo de sacrifícios, impostos pela ordem jurídica, de certos interesses privados, como a desapropriação e outras limitações públicas à propriedade ou econômicas. Faz-se necessário uma violação, direta ou indiretamente (caso dos atos ilícitos), ao bem ou direito alheio. O sacrifício, o debilitamento de um bem, atividade ou direito, legalmente autorizado, não tem capacidade para estabelecer uma responsabilização do Estado, face aos princípios da prevalência do interesse público sobre o privado, da supremacia da Administração e da legalidade. Ademais, imperioso salientar que toda limitação pública traz consigo, em regra, prévia e justa indenização em dinheiro. Sobre esta relação, ver a excelente monografia: ROCHA (1991, pp. 85-6).

mais que uma restauração da legalidade, a restauração da igualdade entre os administrados, de distribuição dos ônus e encargos sofridos pela atuação do Estado.

#### 6.4. *Motivos ensejadores da responsabilidade do Estado*

Quais os cometimentos estatais que poderiam autorizar a reparação em tela?

Para configurar a responsabilização e a inextorável reparação, imperioso que estejam presentes três elementos basilares: o antecedente, o conseqüente e o nexa causal entre estes, embasado pela teoria do risco administrativo. O antecedente seria o ato unilateral da Administração – *causae*; o conseqüente, por sua vez, o dano, o prejuízo sofrido pelo administrado; e o nexa causal entre ambos, o caracterizador da relação causa-efeito, demonstrativo da inerência do efeito à causa, que sem o mesmo, o dano não teria ocorrido ou não teria ocorrido como ocorreu.

##### 6.4.1. *Antecedente – o fato administrativo*

A lesão ao bem jurídico do administrado deve ter sempre a origem em um fato administrativo, um ato administrativo lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, praticado por um agente público no desempenho de suas funções.

A partir da Constituição Federal de 1946, como se viu, é positivada a responsabilidade objetiva.

A *objetividade* significa a exclusão da noção de culpa da responsabilização pela ação ou omissão, sendo a teoria do risco fundada na relação de causalidade entre o evento e o dano. Com isso, a teoria do risco tende a bastar-se nos limites dos seus pressupostos, independentemente de qualquer elemento psíquico ou volitivo.

A exemplo, o dano causado em decorrência do defeito apresentado em semáforo que, concomitantemente, faz sinal de livre tráfego para duas vias em cruzamento. Cabe aqui a responsabilização objetiva, independentemente da comprovação de culpa do funcionário responsável pela manutenção do mesmo.

No plano da responsabilidade objetiva do Estado, o dano sofrido tem como causa o fato proveniente do desempenho de atividade inerente às suas funções<sup>20</sup>. *Causa*, aqui, é a ação, comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, dolosa ou culposa, jurídica ou material do Estado ou

<sup>20</sup> Ver: CAHALI (1982, p. 115); CAVALCANTI (1964, p. 394).

das pessoas jurídicas que lhe representem, e que determina, direta ou indiretamente, a ocorrência danosa. Assim, a causa, para se constituir, juridicamente, na razão de ser do dano, deve ser idônea e suficiente à produção do resultado havido como antijurídico, além de representar uma inerência a um cometimento estatal.

Dá-se a responsabilização por atos lícitos, nas hipóteses de legítimo exercício do poder do Estado que acarreta indiretamente, como simples consequência, uma lesão a direito privado<sup>21</sup>.

Mas paralelo a estes, existem inúmeros danos causados pela Administração por *falha de máquina*, como aponta Cretella Jr., sem que os mais modernos métodos da técnica descubram a origem da imperfeição e sem que se prove a existência da força maior. Falhas de computadores, queda de aviões militares, enfim, falhas de máquina, sem culpa ou dolo dos agentes públicos.

##### 6.4.2. *Conseqüente – o dano indenizável*

É de ressaltar que não é qualquer dano que, posto em correlação com a ação estatal, dá margem à indenização. Para que sobreexista sua idoneidade de vincular-se à atuação do Estado, para fins de reparação, mister que se apresentem duas características:

– que o dano corresponda à lesão a um direito da vítima;

– que seja certo e possível.

Incontestemente, somente quem teve um direito lesado pode questionar uma pretensão de indenização, direito este reconhecido e garantido pela ordem jurídica. E não basta a mera lesão econômica, a depender do caso<sup>22</sup>. O fato de

<sup>21</sup> Neste sentido, MELLO (1992, p. 322).

<sup>22</sup> Definitivamente, não é qualquer perturbação que se abata sobre o indivíduo, emanada do Estado, que seja suficiente para gerar um dano ao particular, que deve ser motivo para indenização. Como escreve Garcia de Entera: “el concepto de lesión patrimonial se convierte 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, 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 actor sea contraria al 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 antijurídico e econômico, o autor em tela

fechamento de uma repartição pública da qual um dono de bar fazia a sua principal freguesia, não se mostra plenamente habilitado para servir como pretensão de responsabilização face à pessoa estatal à qual pertencia a repartição.

A apuração objetiva da responsabilização deve partir de um dano cometido pelo comportamento do Estado que possua como bem jurídico atingido um direito assegurado pela ordem jurídica estatal.

Quase que por derivação deste pressuposto, o direito deve ser certo e possível. Tanto pode ser atual como futuro; o importante é que seja certo, determinável e real, com possibilidade de valoração econômica e individualização em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas.

#### 6.4.3. *Atos omissivos*

No que concerne aos atos de omissão do poder público, a Constituição deu tanta importância que inseriu um dispositivo próprio, a inconstitucionalidade por omissão, e uma garantia individual exclusiva, o mandado de injunção. É porque a figura do Estado de direito faz pressupor a presença de um Estado responsável e dotado, antes do *poder*, do *dever* de realizar o que lhe impõe a lei. Naturalmente, só com base em um texto legal se pode aferir a omissão da Administração. Neste aspecto, faz-se imprescindível uma análise teleológica entre o texto normativo reclamado e a realidade fática pela qual se discute a omissão.

A relação entre a causa omissiva e o efeito danoso deve ser vinculante e suficiente para a caracterização da pretensão indenizatória, posto isso dentro de padrões conjunturais suficientes para possibilitar a ação do Estado. Estes padrões conjunturais são imprescindíveis na medida em que não se pode firmar um nexo causal objetivo entre as condutas omissivas do Estado e o resultado danoso. O que há, em verdade, é um *nexo relacional entre este resultado e a conduta estatal previamente estabelecida por lei, da qual omitiu-se o Estado*. Assim, o Estado responde não por ter sido o causador do dano, *in concreto*, mas porque não realizou a conduta à qual estava obrigado —

finca sua conclusão no sentido de que, qualquer que seja a causa da imputação, desde que seja um dano antijurídico que reúna os caracteres de efetividade, possibilidade de valoração economicamente apreciável e individualização em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas, a Administração obriga-se à responsabilização. GARCIA DE ENTERÍA; FERNANDEZ (1991, p. 100).

motivo ensejador do dano. Desta forma, dá-se relevância de ação à conduta omissora e estabelece-se o vínculo necessário e suficiente para a devida recomposição do patrimônio lesado.

#### 6.4.4. *A teoria do risco*

A teoria do *risco* comporta duas possibilidades: o *risco integral* e o *risco administrativo*.

O *risco integral* é a teoria de mais simples construção, uma vez que se esgota na simples relação causal entre o dano e o motivo. Esta teoria é geralmente denominada de *brutal*, por não admitir temperamentos, indagações sobre a existência de culpa etc.

A do *risco administrativo* é mesmo um abrandamento da sua potencialidade objetiva, concretizada em uma adaptação da teoria do *risco* às exigências do direito administrativo. Esta postura implica no entendimento racional de que a Administração não tem o dever de indenizar sempre o dano suportado pelo particular, devendo-se observar a existência ou não de possíveis excludentes da responsabilização. A culpa da vítima e os demais fatores circundantes do fato devem ser apreciados em concreto e valorados conforme a importância para a descaracterização, ou não, da pretensão ressarcitória.

No *risco administrativo* a vítima continua dispensada de prova de culpa da Administração, mas sem implicar numa indenização ilimitada (sempre e em qualquer caso), podendo o poder público demonstrar, por sua vez, a culpa total ou parcial da vítima pelo evento danoso<sup>23</sup>, ou mesmo a presença de qualquer uma das demais excludentes da pretensão de ressarcimento.

O *risco administrativo* tem sido acompanhado pela doutrina dominante e pela jurisprudência prevalecente como sendo a forma de manifestação que melhor expressa o significado do princípio constitucional da responsabilidade objetiva do Estado. É a que, sem dúvidas, enquadra melhor a perspectiva democrática e republicana de gestão dos bens, atividades e interesses públicos. Não seria razoável um alargamento desmedido da responsabilidade objetiva do Estado, devendo a mesma ser balizada por critérios de proporcionalidade da participação da culpa da vítima e, ou, eventos exteriores que, por si mesmos, sejam aptos a excluir do Estado o nexo causal.

Justifica este posicionamento a necessária equivalência de ônus e encargos entre os admi-

<sup>23</sup> MEIRELLES (1988, p. 549).

nistrados, mediante uma espécie de justiça distributiva, pela qual devem ser repartidos proporcionalmente entre todos os prejuízos causados a um específico indivíduo em função da coletividade. Em *contrario sensu*, portanto, justifica-se que a mesma coletividade não possa arcar com a reparação de danos causados por culpa do próprio lesado. Seria uma verdadeira *contraditio in terminis* com os preceitos acima referidos.

Por tais motivos, pairam no inaceitável as proposições que inferem do princípio constitucional vigente uma postura de estrita responsabilidade do Estado - risco integral - pela qual todo e qualquer dano causado aos administrados deve ser indenizado incontinenti. Labora em erro quem pensa nestes termos.

Apreciando *cum granis salis* o dispositivo constitucional, a irrestrita responsabilidade objetiva está correlacionada com a *causa* que dá origem ao dano, no sentido de uma universalidade de motivos, seja o ato lícito ou ilícito, material ou jurídico, comissivo ou omissivo, falha de máquina, erro judicial etc. Mas o que importa para a caracterização da reparação é justamente o nexo de causalidade efetivo entre uma das hipóteses dessa universalidade e o dano ocorrente. A teoria do risco administrativo põe-se precisamente no ponto de causalidade, de forma equivalente, proporcional e responsável, para a ponderação sobre a existência, ou não, da efetiva conexão: ou melhor, na observação quanto à presença, ou não, de excludentes de responsabilidade.

Assim, somos pela interpretação que vê, no bojo do art. 37, § 6.º, a teoria do risco administrativo, por ser a que se coaduna efetivamente com os demais princípios consagrados na Constituição<sup>24</sup>, porque, a princípio, e somente a princípio, todo e qualquer dano é reparável, salvo possíveis excludentes de responsabilidade.

#### 6.5. As excludentes de responsabilização objetiva do Estado

Como ventilado, em determinados cometimentos danosos ao patrimônio particular, com a presença, direta ou indiretamente, do Estado, segundo a teoria do risco administrativo, certos elementos circunstanciais são suficientemente capazes de excluir, total ou parcialmente, a responsabilidade do Estado. Formam eles o que denominamos de *excludentes de responsabilização objetiva*.

<sup>24</sup> Assim, VELLOSO (1987, p. 242).

Estes elementos possuem o condão de interferirem no nexo causal, descaracterizando-o ou reduzindo seus comprometimentos face à conduta estatal.

A instrução probatória da relação de causalidade deve ter como pré-estabelecido que, para a caracterização da responsabilidade do Estado, são relevantes todos os antecedentes do resultado danoso, de tal modo que nenhum elemento implicado na sua produção seja excluído de apreciação.

Para tanto, pode-se, com toda idoneidade, utilizar o método penalístico do *procedimento hipotético de eliminação* de Thyrén, pelo qual é possível relacionar uma causa a uma consequência, quando, toda vez que se suprime mentalmente um elemento, pode vir a resultar na inexistência da consequência danosa, tal como ocorreu. Assim, a conduta estatal deve ser *conditio sine qua non* para configurar a sua responsabilização.

Entre as hipóteses que podem determinar tal exclusão de responsabilização, encontram-se: a culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e o estrito cumprimento do dever legal face a um estado de necessidade.

##### 6.5.1. Culpa do lesado

O fato do Estado não questionar sobre a existência de dolo ou culpa nas suas ações para fins indenizatórios, nos termos de responsabilidade objetiva, não implica na eliminação do dever funcional que a Administração possui, em decorrência do *múnus* público que lhe é inerente, de realizar um procedimento para apurar o fato gerador do dano. Tampouco, na desnecessidade de verificação de existência de dolo ou culpa do administrado.

Comprovado que o administrado concorreu para o fato por dolo ou culpa, exime-se a responsabilização da Fazenda Pública<sup>25</sup>, total ou parcialmente, a depender da participação da conduta estatal no evento.

O que se faz importante observar é a relação causal, pela qual se analisa a conduta estatal como suficiente e necessária para provocar o dano tal como ocorreu, mesmo que parcialmente. O que vai definir a proporção participativa e o grau de vinculação do Estado com o evento

<sup>25</sup> Daí dizer com propriedade Cahali (1982, p. 40): "o dano não se qualifica juridicamente como injusto, e como tal não legitima a responsabilidade objetiva do Estado, se encontra a sua causa exclusiva no procedimento doloso ou gravemente culposo do próprio ofendido".

danoso é o próprio caso concreto, que varia deveras, principalmente quanto ao momento da conduta estatal, se é o fundamento e encontra-se na gênese do fato ou se contribuiu apenas para o agravamento do dano.

Mas se tenha presente que a definição dos níveis de participação da vítima nem sempre é *muito clara, de modos que, na prática, têm-se admitido a mesma como excludente apenas nos casos de completa eliminação da concorrência de conduta estatal*. Nos casos em que existam dúvidas sobre tal inexistência, resolve-se pela responsabilização exclusiva do Estado.

#### 6.5.2. Culpa de terceiros

Para os casos em que não concorrem a conduta da vítima nem a do Estado, mas de um terceiro alheio, para que o resultado tenha se configurado em um dano, não há que se falar em responsabilização do Estado, desde que tal ação do terceiro não seja de possível neutralização por parte do Estado dentro de certos cuidados e previsibilidades.

Assim, como a conduta do Estado é excluída do nexo relacional, por ação de um terceiro estranho à relação posta entre o administrado lesado e o Estado, excluída está, também, qualquer pretensão indenizatória contra o Estado.

A exemplo, um preso que, ao terminar seu tempo de carceragem, no momento da saída da penitenciária, mesmo com os cuidados de vigilância da guarda carcerária, é atingido por tiros de fuzil, dotado de mira telescópica, desfechados por um familiar da sua vítima de assassinação, posicionado a longa distância.

#### 6.5.3. Força maior

Força maior é o acontecimento exterior, independente da vontade humana, dotado de nítido caráter de imprevisibilidade, inevitabilidade e irresistibilidade. O fato é estranho à conduta do Estado, por isso não se configura qualquer relação entre o evento oriundo da força maior e a conduta estatal, cabendo a exclusão, salvo se poderia contribuir para prevenir, evitar e resistir ao mesmo com eficácia.

Não se diga o mesmo, contudo, para o caso fortuito. Deste não se isenta o Estado de responsabilização, porque o mesmo provém sempre de um mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao seu próprio serviço. Inclui-se, assim, no risco do serviço.

#### 6.5.4. Estrito cumprimento do dever legal face a um estado de necessidade

O estado de necessidade ocorre em momen-

tos de grave perturbação que, por suas manifestações e conjuntura, faz imprescindível a ação do Estado para restabelecer o *status quo ante*. Para estes casos, a ação do Estado só pode ser imputada para fins de responsabilização quando implicar em atos ilícitos<sup>26</sup>, excesso ou desvio de poder exercidos pelas autoridades. A predominância do interesse geral sobre as conveniências e meros interesses pessoais, nestes casos, excluem o dever de indenizar objetivo do Estado.

Realmente, na execução das ações para reprimir a grave perturbação, encontrar-se-ão presentes todos os elementos necessários para a caracterização da responsabilização, mas o interesse coletivo elide a pretensão ressarcitória do particular, como nos casos de defesa do Estado e das instituições democráticas, neutralizando o nexo causal.

#### 7. Do direito de regresso

De acordo com a teoria do risco, inerente ao princípio da responsabilidade objetiva do Estado, a reparação da vítima tem como pressuposto apenas o nexo causal entre o evento danoso e a conduta estatal. Verificada a relação de causalidade, sem a presença de possíveis excludentes de responsabilização, a indenização à vítima deve ser realizada incontinenti.

Todavia, reserva-se ao Estado o *dever-poder* de regresso da Fazenda Pública contra o agente<sup>27</sup> que deu causa direta ao cometimento danoso para que o mesmo, comprovada sua participação dolosa ou culposa, recomponha o erário no *quantum* dispendido pela referida indenização<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Art. 141, CF: "Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes."

<sup>27</sup> A responsabilização civil perante a Fazenda não afasta as possíveis sanções penais e administrativas, que poderão cumular-se entre si. É o caso, por exemplo, dos danos decorrentes de improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional ou corrupção, que, além do ressarcimento ao erário, concorrem as penalidades administrativas de demissão ou destituição de cargo em comissão, além das cominações penais atinentes aos crimes contra a Administração Pública.

<sup>28</sup> Como diz com propriedade Rocha (1991, p. 118): "refoge qualquer dúvida que não deve a sociedade ser onerada pelo pagamento de indenização devida e aperfeiçoada pela pessoa estatal, quando o dano decorreu do comportamento culposo-doloso ou por culpa 'stricto sensu do seu autor'".

A justificação adotada para a efetivação deste dever-poder encontra-se nas mesmas razões éticas e jurídicas que informam a justificação da indenização aos particulares lesados por atos estatais. Se é justo que o administrador não deve arcar com o custo de uma possível lesão proveniente de atos imputáveis a uma pessoa estatal, mais justo ainda é entender que à sociedade não cabe suportar despesas oriundas de condutas irresponsáveis dos respectivos agentes públicos.

Exerce o Estado o direito de regresso através do meio processual denominado ação regressiva, que nada mais é que o direito subjetivo público do Estado de exigir do agente culpado o valor correspondente ao que foi gasto com a indenização. Os pressupostos materiais deste direito são:

- prévia condenação da pessoa estatal (pública ou privada) à indenização de terceiros por ato lesivo do agente;
- prévia comprovação, em processo regular, do comportamento doloso ou culposo do agente.

Este direito de regresso, em verdade, transmuda-se em um *dever-poder* para o Estado, dado o seu regime de *mínus* público, de zelo da coisa pública, e de completa indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. O *poder* de exercício do direito de regresso está, em verdade, subordinado ao *dever* de fazê-lo no interesse da comunidade, dado que não cabe ao administrador qualquer juízo de discricionariedade sobre a oportunidade ou conveniência do regresso contra o agente culpado nem tampouco dispor do erário público ao seu talante. Trata-se, em síntese, de medida assecuratória da permanência do patrimônio público, em atendimento aos princípios da continuidade do serviço público, da moralidade e da legalidade administrativa.

A natureza jurídica da ação regressiva é a de uma ação civil, de rito ordinário, nos termos do Código de Processo Civil.

Um aspecto que encontra muitas divergências é quanto ao cabimento ou não da *denúnciação da lide*, prevista no art. 70, III, CPC, já na própria ação indenizatória, a funcionar como o direito de regresso<sup>29</sup>. Pensamos que posições

<sup>29</sup> Segundo Meirelles (1988, p. 556), "o funcionário não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, mas pode, voluntariamente, intervir como assistente da Administração".

extremadas não satisfazem a resolução desta celeuma. Mister apreciar cada caso isolado e questionar pelo cabimento ou não do regresso em forma de denúnciação da lide.

Atentando para os pressupostos materiais supracitados, é de ver-se que a ação regressiva comporta uma relação jurídica exclusiva entre a pessoa estatal responsabilizada e o respectivo agente público, mas isso não possui o condão de retirar totalmente a possibilidade de uma formação de denúnciação da lide na ação de indenização, particularmente quando as condições e a natureza do dano apontam, de imediato, sem carecer grandes indagações, a culpa do agente. É bem natural que, mesmo neste caso, a indenização à vítima far-se-á pelo Estado, mantendo-se o agente responsável perante a pessoa jurídica a que serve, unicamente.

Segundo Velloso<sup>30</sup>, o STF sempre entendeu que a ação fundada em responsabilidade objetiva do Estado, por ato ou omissão do agente, não comporta obrigatória denúnciação a este, na forma do art. 70, III, CPC, para apuração de culpa, desnecessária à satisfação do prejudicado.

Nos casos de agentes federais, para a liquidação realizada na via executória concorrem todos os bens do funcionário culpado. Sendo estes insuficientes, as indenizações serão descontadas em parcelas mensais não excedentes à décima parte da remuneração ou provento<sup>31</sup>.

Como ação civil que é, destinada à reparação patrimonial, transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, até o valor da herança recebida, como pode ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

<sup>30</sup> (1987, p. 245).

<sup>31</sup> *Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União*, arts. 46, 121-126, 136.