

Da responsabilidade civil do Estado

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO

Professor de Direito Processual Civil da
Universidade Federal do Paraná. Procurador
do Estado do Paraná

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Irresponsabilidade do Estado. III. Princípio da responsabilidade do Estado. IV. Teoria civilista: culpa do funcionário. V. A "culpa" do serviço público. VI. Responsabilidade objetiva do Estado. VII. Responsabilidade civil do Estado no Brasil. VIII. A jurisprudência brasileira. IX. Conclusão.

I — Introdução

1. Ao início deste trabalho cumpre, desde logo, precisar-lhe o objeto.

Em obra clássica sobre o tema, AMARO CAVALCANTI apresenta o enunciado de um princípio que, segundo ele, constitui *dever imperativo de justiça natural*:

“dada a lesão de um direito subjetivo, efetivamente adquirido pelo indivíduo — do próprio ato lesivo resulta a obrigação de prestar ao lesado uma reparação equivalente” (1).

Acertadamente escreveu o velho administrativista que toda lesão de direito deve ser reparada. A lesão pode decorrer de ato ou omissão de uma pessoa — física ou jurídica. Quando o autor da lesão é o Estado,

(1) *Responsabilidade civil do Estado*, vol. I, p. XII.

compreendidas no vocábulo as pessoas jurídicas de direito público interno, surge, então, para ele, a responsabilidade de indenizar.

O dano, contudo, pode decorrer do descumprimento de um contrato celebrado pelo Estado ou da prática de ato, ou da omissão, não previstos em contrato. Somente nesta última hipótese, da responsabilidade extracontratual, é que se fala em responsabilidade civil do Estado.

Assim a define CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos causados a terceiros e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (2).

2. O disciplinamento jurídico da responsabilidade patrimonial do Estado variou muito no tempo e no espaço, indo desde a irresponsabilidade — hoje abominada, até a teoria do risco administrativo, vista ainda, entre nós, com algumas reservas.

Neste trabalho pretendemos fazer uma análise das teorias sobre a responsabilidade civil do Estado, primordialmente da subjetiva, nas duas modalidades (culpa individual do agente e culpa do serviço), e da teoria objetiva, que prescinde de qualquer falha ou culpa do serviço.

Uma apreciação da jurisprudência pátria sobre o tema também é objetivada por este trabalho.

II — *Irresponsabilidade do Estado*

3. Na fase tida como inicial, inequívoca era a impossibilidade de aplicar à administração o princípio geral de que aquele que causou injustamente um dano a outrem deve repará-lo.

Vigia, pois, o princípio da irresponsabilidade do Estado.

A idéia de fazer o Poder Público responder sobre os danos que causasse vingou fazendo frente a sérios obstáculos. Norteava, à época, a concepção de que o Estado, como tal, sendo soberano, não podia causar danos.

(2) *Elementos de Direito Administrativo*, p. 252.

Analísam este período, sob o aspecto jurisprudencial, os administrativistas franceses PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE:

“Dans une première phase, la question ne se pose pas. L’irresponsabilité apparaît comme un axiome auquel on ne songe guère à demander ses titres juridiques. L’existence d’une responsabilité à la charge des patrimoines est considérée comme une entrave fâcheuse à la liberté des services. Les administrés n’ont à leur disposition que l’action en responsabilité contre les agents eux-mêmes devant les tribunaux judiciaires; système insuffisant car la poursuite n’est pas libre (art. 75, Constitution de l’an VIII), le fonctionnaire est fréquemment insolvable (3).

4. Mas o desamparo dos administrados não era absoluto.

Havia leis específicas que expressamente disciplinavam as questões sobre os danos causados pelo Poder Público. Ademais, a irresponsabilidade do Estado era mitigada pela atribuição do dano ao funcionário quando a lesão pudesse ser relacionada diretamente à atitude do mesmo. Neste sentido manifesta-se JEAN RIVERO:

“... l’irresponsabilité de la puissance publique apparaissait, dans la première moitié du XIX^e siècle, comme un corollaire de la Souveraineté. Cette solution, très rigoureuse pour les particuliers, était acceptable, en pratique, dans la mesure où l’État libéral, limitant étroitement ses activités, avait relativement peu d’occasions de causer des dommages; la rigueur du principe se trouvait d’autre part atténuée: la loi du 28 pluviôse, an VIII, permettait la réparation des dommages causés par les travaux publics: l’irresponsabilité ne s’étendait, ni aux dommages imputables à la gestion du domaine privé, ni à ceux causés par les collectivités locales, non-souveraines”(4).

III — *Princípio da responsabilidade do Estado*

5. Na segunda metade do século XIX, ainda na inexistência de qualquer texto legal disciplinando a responsabilidade do Estado, o seu reconhecimento se deu, na França, através de julgado que se tornou famoso, prolatado pelo Tribunal de Conflitos, no histórico Caso Blanco.

Tal sucedeu em 1873 e, embora afirmasse o Tribunal que a responsabilidade do Estado “*não é nem geral nem absoluta*”, a partir de então o princípio da irresponsabilidade do Estado foi sendo mingüado pouco a pouco, principalmente com a evolução jurisprudencial daquela Corte e do Conselho de Estado francês.

(3) *Traité de Droit Administratif*, p. 418.

(4) *Droit Administratif*, p. 223.

O princípio da responsabilidade do Estado passou por duas fases: uma denominada civilista e outra publicista. A primeira fundada nas regras de direito civil, a segunda calcada em noções peculiares ao direito público. Naquela prevalece o individualismo, nesta predomina o direito social.

A primeira — civilista — busca o fundamento da responsabilidade do Estado na culpa pessoal, individual, dos funcionários. Assim, segundo tal concepção, só se admite a responsabilidade estatal quando resta caracterizada a culpa do seu agente. Não atuando o funcionário com culpa, não há lugar para a responsabilidade do Estado.

Na fase publicista, o fundamento da responsabilidade do Estado se bifurca, conforme relata PAUL DUEZ:

“1.º) A responsabilidade da administração se desenvolve, a título principal, no quadro jurídico da culpa para resultar em teoria autônoma, da ‘falta do serviço público’, cujos traços o Conselho de Estado cada dia mais acentua e precisa. 2.º) Secundariamente, uma concepção original da responsabilidade fundada no risco se projeta ousada e sucessivamente em diversas direções” (5).

Examinemos, pois, cada uma dessas teorias: “culpa individual do funcionário”, “falta do serviço público” e “risco administrativo”.

As duas primeiras caracterizam-se como responsabilidade subjetiva, uma fundada na culpa do agente, outra na “falta do serviço público”. Já a última, fundada no risco, por prescindir de qualquer elemento subjetivo, apresenta-se como responsabilidade objetiva.

IV — Teoria civilista: culpa do funcionário

6. Os primeiros passos da responsabilidade patrimonial do Estado foram sustentados pela teoria da culpa, engendrada, ainda em Roma, no seio do direito privado.

Sempre que alguém atuar culposamente e desta atuação resultar dano a alguém, deve repará-lo. Este o princípio da culpa ainda hoje entre nós enunciado no art. 159 do Código Civil.

O Estado age através de seus funcionários, praticando os atos necessários à consecução de seus objetivos. Por vezes, da ação dos agentes do Estado, atuando nesta qualidade, resulta prejuízo aos administrados. Quando tais prejuízos decorrem de culpa do funcionário, agindo em nome do Estado, é a este que incumbe a reparação do dano.

Em resumo, esta a teoria de culpa funcional, de cunho civilista, para fundamentar a responsabilidade do Estado.

(5) *Apud* AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade Civil*, vol. 2, p. 614.

O princípio, aliás, é bem enunciado no artigo 15, do nosso Código Civil:

“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.”

Está expressamente previsto o elemento subjetivo: o dano só será reparável pelo Estado, segundo o preceito, quando o funcionário proceder “de modo contrário ao direito ou faltar a dever prescrito por lei”, ou seja, quando culposamente.

Esta teoria, inobstante representar grande avanço na responsabilidade patrimonial do Estado, que anteriormente era circunscrita a situações específicas, não foi suficiente para determinar a reparação dos danos que o Estado causa aos participantes naqueles casos em que inexistente for a culpa individual do funcionário.

A incapacidade da teoria é assim evidenciada por AGUIAR DIAS:

“Longe está esta doutrina, porém, de constituir solução satisfatória. Como o mau funcionamento do serviço público nem sempre se identifica com a falta de determinado funcionário, a aplicação de tal doutrina resulta em negação de responsabilidade, sempre que não seja possível estabelecer a culpa do funcionário, muito embora se defronte com caso autêntico de defeito de serviço” (6).

Hoje praticamente superada, a teoria da culpa do agente desempenhou papel relevante, como anota AGUIAR DIAS, reportando-se a PAUL DUEZ:

“As idéias civilistas, ainda dominantes em várias legislações e defendidas principalmente pelo espírito conservador dos tribunais, têm em seu ativo o mérito inapreciável de ter aberto uma brecha no axioma da irresponsabilidade da administração pública e permitindo a substituição, pela responsabilidade do patrimônio administrativo, mais substancial, da responsabilidade pessoal do agente, as mais das vezes ilusória” (7).

V — A “culpa” do serviço público

7. Adiantando-se às leis, mais uma vez a jurisprudência encarregou-se da evolução no campo da responsabilidade do Estado, desenvolvendo

(6) *Op. cit.*, p. 621.

(7) *Op. cit.*, p. 621.

uma nova teoria que comportasse a sua responsabilização naqueles casos em que, mesmo agindo sem culpa, seus funcionários, da sua atuação resultasse prejuízo aos particulares.

A culpa pessoal do agente foi substituída pela “*falta do serviço público*”.

Esta teoria, elaborada na França, pelo Conselho de Estado, segundo PAUL DUEZ, apresenta os seguintes pontos fundamentais:

1.º) A responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária. Significa que o Estado não responde porque o dano foi praticado por alguém que é preposto, mas sim porque foi o próprio Estado o causador do dano. O agente atuando em nome do Estado faz com que a responsabilidade seja imputada a ele diretamente.

2.º) A falta do serviço público não depende da falta do agente. Basta o irregular funcionamento do serviço público e que o dano seja dele decorrente. A responsabilidade é autônoma em relação à culpa do agente.

3.º) A responsabilidade decorre da “falta” (“faute”) e não do fato do serviço, já que este é fundamento da teoria do risco.

4.º) Nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarreta a responsabilidade. As condições em que se verificou o caso concreto, como o lugar, as circunstâncias, e o próprio serviço influenciarão na determinação da responsabilidade.

Estas características são resumidas por AGUIAR DIAS (8).

8. A jurisprudência do Conselho de Estado, considerando irrelevante a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional do agente público para os efeitos da responsabilidade civil do Estado, passou a fundamentá-la na “*falta de serviço público*” — (“faute”) que, embora impropriamente, mas expressando uma realidade, foi entre nós denominada “*culpa do serviço*”.

Os fatos que caracterizam a falta do serviço são de três ordens: o mau funcionamento do serviço, o não funcionamento do serviço, o tardio funcionamento do serviço.

De sorte que, não tendo o serviço funcionado, ou funcionado mal ou tardiamente, se deste fato resultarem prejuízos aos terceiros, devem estes ser reparados diretamente pelo Estado, independentemente de culpa do agente.

Conforme ensina AGUIAR DIAS:

“Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação admi-

(8) *Op. cit.*, pp. 622 e 623.

nistrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa” (9).

Verificada no caso concreto a existência de uma das três hipóteses, deve o Estado, segundo esta teoria, reparar o dano causado ao particular.

Embora já de natureza publicista, a teoria da falta do serviço público não prescinde de um elemento subjetivo, mas substitui a culpa individual, pessoal, do agente pela falta do serviço, considerada como acima exposto.

Alguns autores, e principalmente a jurisprudência pátria, confundem, como veremos adiante, esta teoria com a teoria objetiva, fundada no risco administrativo. Na verdade, porém, trata-se da versão publicista da teoria subjetiva da responsabilidade patrimonial do Estado.

VI — Responsabilidade objetiva do Estado

9. A teoria objetiva atenta para o quadro resultante do próprio fato, como produto do risco criado, afastando qualquer análise acerca da conduta do agente ou indagação concernente a, como afirma CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “comportamento censurável juridicamente” (10).

Ao contrário da teoria subjetiva, fundada na culpa, a teoria objetiva baseia-se no risco administrativo, isolando da investigação dos danos causados o fator pessoal, doloso ou culposo, estabelecendo o pagamento pelos prejuízos causados, ainda que os atos realizados tenham sido praticados por agentes públicos no regular desempenho de suas funções.

A noção de risco encontra-se vinculada à idéia de serviço, engenho, caracterizando-se pela sua essência impessoal e objetiva; em outros termos, despreza a identificação do agente ou o funcionamento impróprio da aparelhagem administrativa, não se indagando de qualquer elemento subjetivo, na ótica da teoria objetiva, para a responsabilização do Estado, como assinala JOSÉ CRETELLA JUNIOR:

“É suficiente o nexo da causalidade entre o fato gerador e o dano, desprezando-se a imputabilidade que se arrima na culpa, no procedimento, nas circunstâncias que geram o dano. O princípio causativo supera o princípio de natureza moral para os efeitos da responsabilização, motivo por que alguns autores denominam esta teoria de teoria da causalidade objetiva” (11).

(9) *Op. cit.*, p. 623.

(10) *Op. cit.*, p. 258.

(11) *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, p. 86.

A responsabilidade do Estado, na ótica ora analisada, decorre do risco criado pelas funções por ele desempenhadas.

Se na teoria subjetiva, o fundamento da responsabilidade está no princípio de que todo aquele que, atuando culposamente, causar prejuízo a alguém deve repará-lo; na objetiva, o fundamento é o chamado princípio da igualdade de todos os particulares perante os ônus e encargos da administração pública.

Assim, se, mesmo atuando sem qualquer ilegalidade, o Estado vem a causar prejuízo a um particular especificamente, não deve este arcar sozinho com os ônus e os encargos decorrentes da atividade administrativa, que é desempenhada em benefício de todos. Por isso, impõe-se ao Estado o dever de indenizar, com o que, na consideração de que o patrimônio do Estado é formado pela contribuição de todos os cidadãos (pagando impostos, *verbi gratia*), repartidos equitativamente estarão tais ônus e encargos entre todos os administrados.

Representa esta teoria o ponto mais avançado do desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado, protegendo os particulares até naquelas hipóteses em que, atuando legalmente, venha o Estado a causar-lhes prejuízos.

VII — *Responsabilidade civil do Estado no Brasil*

10. No Brasil jamais imperou o princípio da irresponsabilidade do Estado, como demonstra, fazendo uma resenha da doutrina pátria, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ⁽¹²⁾.

Embora as Constituições de 1824 e 1891 contivessem, nos artigos 178 e 82, respectivamente, o preceito de que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e, por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”, jamais se entendeu que excluída estivesse a responsabilidade do Estado. Ao contrário de ser reconhecida somente a responsabilidade pessoal do funcionário, entendia-se haver a solidariedade do Estado no dever de reparar o dano.

11. O Código Civil, vigendo a partir de 1917, veio afastar qualquer dúvida sobre a matéria, trazendo no seu já citado artigo 15, o princípio de que “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 direito regressivo contra os causadores do dano”.

(12) *Op. cit.*, pp. 261 e 262.

Transparece nitidamente o caráter subjetivista do dispositivo que somente reconhece a responsabilidade do Estado ou pela culpa civil ou pela falta de serviço.

Não acompanhou o Código a doutrina que nessa época já se inclinava muito pela responsabilidade objetiva, consoante narrou o Ministro FILADELFO DE AZEVEDO, em voto condenando a União a reparar prejuízos causados por movimento de revolta militar (13).

12. As Constituições de 1934 e 1937, nos artigos 171 e 158, respectivamente, estabeleceram:

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

Mantida, pois, a responsabilidade subjetiva.

Neste período histórico merece destaque o Decreto n.º 24.216, de 1934, que excluía a responsabilidade do Estado quando o ato do agente, causador do dano, caracterizasse crime previsto na lei penal, salvo se fosse ele mantido no cargo. Tal decreto, todavia, que representou infeliz retrocesso na nossa legislação, teve curta duração, já que ficou derogado pelo supra-transcrito artigo 171, da Constituição de 1934, promulgada um mês depois do seu advento.

13. A substancial mudança legislativa veio com a Constituição de 1946, que dispunha no seu artigo 194:

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

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

O mesmo dispositivo foi mantido na Constituição de 1967 e na Emenda n.º 1, de 1969, apenas acrescentando esta última, no artigo 105, que cabe a ação regressiva contra o funcionário quando este agir com “culpa ou dolo”.

A jurisprudência, acompanhada pela doutrina, consagrou o entendimento de que a expressão “funcionário” não está utilizada no seu sentido estrito, mas sim compreendendo qualquer agente público, independentemente do título jurídico da investidura.

(13) Acórdão publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. I, p. 567.

De outra sorte, ficou igualmente assentada a necessidade de que o dano tenha sido causado por ato de agente público agindo nesta qualidade. Vale dizer, não é qualquer ato danoso de um agente público que enseja a responsabilidade do Estado, mister se faz que esta atuação tenha se concretizado em virtude de sua condição de funcionário.

14. Com a Constituição de 1946, surgiu uma controvérsia: vige entre nós a responsabilidade subjetiva ou objetiva do Estado?

As opiniões foram divergentes.

Baseado em lição de SEABRA FAGUNDES, que, escrevendo na vigência da Constituição de 1946, afirmou que “já não é de cogitar” sobre “*ser ilegal o ato por omissão de dever expressamente prescrito, ou por violação ativa de direito*” (14); para que ficasse caracterizada a responsabilidade do Estado, afirma com segurança CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que, “*desde a Constituição de 1946, não há nem pode haver discussão quanto à possibilidade da responsabilização objetiva do Estado, ante o teor irrefragável dos textos mencionados*” (o grifo é do original) (15).

É relevante notar que o grande administrativista de São Paulo se refere à “*possibilidade*” da responsabilização objetiva.

Efetivamente, não cabe a discussão quanto à existência ou não da responsabilidade objetiva, posto que o novo texto constitucional suprimiu a exigência do elemento subjetivo “*negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos*”. Ainda, ao reconhecer a ação regressiva nos casos de dolo ou culpa do funcionário, aceitou a Constituição a possibilidade de se responsabilizar o Estado mesmo quando ausentes tais elementos de natureza subjetiva.

A controvérsia, na verdade, ficou em torno das seguintes proposições: a partir de 1946 foi adotada a teoria objetiva em relação a determinados casos, ficando igualmente prevista a teoria subjetiva para aplicação em outros, ou a responsabilidade objetiva passou a ser a regra exclusiva, para a generalidade dos casos, não mais havendo lugar para a teoria subjetiva.

Dentre os que perfilham o primeiro entendimento, encontra-se CAIO TÁCITO, que, em memorável comentário a acórdão do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa: “*Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público*”, proferido em abril de 1958, assim concluiu:

“A noção de *culpa administrativa*, fundada na falta impessoal do serviço, ou, na frase de Vedel, ‘*dans tout manquement aux obligations du service*’, é a fórmula transaccional entre os deveres de boa administração e a estabilidade do patrimônio jurídico individual.

(14) *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 215.

(15) *Op. cit.*, p. 266.

A sua adoção como fundamento de direito comum da responsabilidade administrativa encontra ressonância, entre nós, na jurisprudência mais progressista, reservando-se o princípio do risco aos casos excepcionais consagrados em lei” (grifos no original) (16).

Acompanham o ilustre professor carioca, entre outros, ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, GONÇALVES DE OLIVEIRA e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, todos citados no trabalho acima transcrito, além de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (17) e OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (18).

No outro lado alinharam-se MIGUEL SEABRA FAGUNDES, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, HELY LOPES MEIRELLES e MÁRIO MAZAGÃO, sendo este último quem ofereceu, como constituinte em 1946, o texto do artigo 194, conforme notícia de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (19).

15. A pesquisa que efetuamos leva-nos a pensar como mais correto o entendimento de que vigoram entre nós ambas as teorias — subjetiva e objetiva — cada uma destinada a incidir sobre situações específicas e diversas.

Como bem escreveu OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, a teoria objetiva encontra aplicação nos casos de “ação positiva do Estado”, “ato comissivo, positivo de agente público”. Todavia, nos casos de “omissão negativa”, está a fundamentar a responsabilidade do Estado a teoria subjetiva na modalidade “falta do serviço”. “A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona, ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados” (20).

Observou em boa hora CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que a responsabilidade objetiva inclui também, além dos casos de comportamento comissivo, “quaisquer eventos lesivos que resultem do ‘fato das coisas’, isto é, em que o dano proceda de acidentes oriundos diretamente das próprias coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia. Fora daí a aplicação da teoria do risco administrativo será excepcional” (21).

VIII — A jurisprudência brasileira

16. Como já anotamos anteriormente, a jurisprudência pátria jamais aceitou o princípio da irresponsabilidade do Estado.

(16) Tendências Atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado, p. 262.

(17) *Op. cit.*, pp. 267 e 28.

(18) *Princípios de Direito Administrativo*, vol. II, p. 487.

(19) *Op. cit.*, p. 266.

(20) *Op. cit.*, vol. II, p. 605.

(21) *Op. cit.*, p. 268.

Não pretendemos aqui arrolar decisões proferidas pelos nossos tribunais. Este desiderato já foi com êxito alcançado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS (22), MIGUEL SEABRA FAGUNDES (23), CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (24) e, mais remotamente, pelo Ministro FILADELFO DE AZEVEDO (25).

Buscaremos, ao contrário, um comentário geral sobre a jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Verifica-se que, não raro, os tribunais invocam uma teoria como razão de decidir, quando na verdade estão a aplicar outra.

Não se trata de fenômeno exclusivo da jurisprudência atual. Com efeito, mesmo antes da Constituição de 1946, a confusão já existia.

Caso levado a julgamento do Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça*, de 2 de fevereiro de 1943, em que se pleiteava a reparação dos prejuízos causados por inutilização de mercadoria em decorrência de retardamento no desembarço alfandegário, demonstra que o Ministro VALDEMAR FALCÃO, embora afirmasse aplicar a teoria da culpa "administrativa", fazia exigências da individuação da culpa: queria saber se houve ou não culpa dos agentes públicos, além de exigir igualmente prova do nexos causal (26).

Vê-se, pois, como por bem observa JOSÉ DE AGUIAR DIAS, que na verdade o Ministro aplicava a teoria da culpa civil, embora invocasse a da culpa administrativa (27).

Vale ressaltar que neste caso o Ministro VALDEMAR FALCÃO foi vencido, pois, acompanhando voto do Ministro OROSIMBO NONATO, a Turma decidiu pela procedência da ação, como efetivamente se impunha pela aplicação da teoria da "falta do serviço".

17. Todavia, hoje, após o advento da Constituição de 1946, é que a confusão se estabeleceu mais.

Muitas vezes, afirmando que o art. 107 da Constituição atual institui entre nós, como regra, a responsabilidade objetiva, e mencionando-a como o fundamento de suas decisões, os tribunais pátrios aplicam, na verdade, a teoria da responsabilidade subjetiva, na sua variante "falta do serviço".

(22) *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 19.

(23) *Op. cit.*, pp. 205 e 206.

(24) *Op. cit.*, pp. 270 a 273.

(25) Acórdão citado.

(26) Apud AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade Civil*, vol. 2, pp. 623 e 624.

(27) *Op. cit.*, pp. 623 e 624.

A observação é feita por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (28).

Em decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível n.º 46.299-RJ, no dia 15 de março de 1983, ocorreu exatamente o que afirmamos.

Tratava-se de acidente automobilístico causado por presença de animais na rodovia "Presidente Dutra".

O Ministro OTTO ROCHA, relator que foi, à unanimidade, acompanhado, argumentou em seu voto:

"Mantivesse o réu sob permanente fiscalização, como de sua precípua obrigação, a rodovia, curando para que não passassem na faixa de domínio da rodovia e no próprio canteiro central animais como os que deram causa ao acidente; mantivesse o réu as condições de 'facilidade, de comodidade e de segurança' do trânsito na rodovia, de seu mais elementar dever; policiasse permanentemente a estrada, com a aparelhagem custosa de que dispõe; enfim, estivesse o réu atento ao seu dever e o desastre não teria ocorrido. Negligenciou e é culpado pelo ocorrido."

Ora, nota-se nitidamente que o fundamento da decisão é a responsabilidade subjetiva na modalidade "falta do serviço": o serviço funcionou mal.

Contudo, acrescenta logo adiante o ilustre ministro:

"A obrigação de indenizar, hoje constitucionalmente fundada no princípio da responsabilidade objetiva das pessoas de direito público, prescinde da indagação de culpa".

Não chegou ainda o dia em que as teorias da responsabilidade subjetiva na modalidade "falta do serviço" e a da objetiva, fundada no risco, serão aplicadas adequadamente.

IX — Conclusão

18. A análise que acabamos de efetuar permite a conclusão de que, no direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é fundada na teoria subjetiva da "falta de serviço". A teoria objetiva é aplicada subsidiariamente, naqueles casos não abrangidos pela primeira.

Não foi outra, aliás a conclusão a que chegou o Professor FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA, após cuidadosa análise da doutrina e da jurisprudência pátrias, em trabalho publicado na revista da Associação dos Magistrados do Paraná (29):

"No direito brasileiro ainda prevalece a teoria subjetiva da falta do serviço, como fundamento da responsabilidade civil do

(28) *Op. cit.*, p. 273.

(29) Vol. 20, p. 309.

Estado. A teoria objetiva, do risco administrativo, é de aplicação excepcional.”

19. Finalizamos o presente trabalho com a observação de que o ciclo evolutivo da responsabilidade civil do Estado parece ainda não estar completo, pelo menos entre nós. Como alguns autores já acenam, a tendência é a de fixação da responsabilidade objetiva para todas as hipóteses, dispensando-se sempre qualquer indagação quanto a elementos subjetivos.

Se este é ou não o melhor entendimento, problema que ainda hoje suscita o debate referido, é questão que, nesta oportunidade, não nos propomos a enfrentar, embora confessemos a nossa tendência para a posição já definida: na maioria dos casos — os mencionados — a responsabilização do Estado só é possível se provada a falta do serviço público; em outros — também referidos — tem cabimento a responsabilidade objetiva.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 7ª ed., 1983.

——— “Responsabilidade civil do Estado”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 11, p. 119.

AZEVEDO, Filadelfo. Acórdão publicado in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, p. 567.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, R.T., 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, Forense, 2ª ed., 1979.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro, Borsol, nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. São Paulo, Saraiva, 1980.

DUEZ, Paul e DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 1952.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. “Responsabilidade civil do Estado por fatos da administração pública”, in *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, vol. 20, p. 309, 1980.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 1960.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, R. F., 1957.

TÁCITO, Caio. “Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 55, p. 262.