

A NOÇÃO DE CULPA GRAVE ADMINISTRATIVA

JEAN-FRANÇOIS COUZINET
Doutor em Direito
Assistente na Universidade de Ciências
Sociais de Toulouse — França

SUMÁRIO

Introdução

- I. O campo de aplicação da noção.
 - A. O método jurisprudencial de delimitação.
 - B. As atividades públicas que se beneficiam do regime de responsabilidade por culpa grave.
- II. As características da noção.
 - A. Uma culpa anônima no funcionalismo do serviço.
 - B. Uma culpa qualificada.

Conclusão.

INTRODUÇÃO

1. O fato de serviço é o elemento determinante da vinculação da responsabilidade administrativa. Para que possa ser vinculada a responsabilidade civil de uma pessoa, é indispensável que o dano, cuja reparação é demandada, seja atribuído, a um fato do serviço público.

No plano da responsabilidade por culpa da Administração, o fato de serviço deve ter a característica de uma culpa: culpa administrativa.

A culpa administrativa encontra-se, portanto, no âmago da responsabilidade da Administração. Oposta ao fato que vincula somente sua responsabilidade frente aos tribunais de justiça, a falta administrativa vincula frente à justiça administrativa a responsabilidade do Poder Público (1). Segundo as regras da responsabilidade administrativa, a vítima de um dano atribuído à ação administrativa poderá obter a reparação da Administração se não ficar provado que a causa está numa culpa do serviço público (2).

2. Paradoxalmente, apesar de sua importância, a culpa administrativa é raramente definida de maneira positiva pelos grandes autores de Direito Administrativo, a tal ponto que um civilista, Gérard Cornu, notou em sua tese (3) que o silêncio em direito público era geral no que se referia à definição de culpa. Ele opunha esta recusa de definição de culpa administrativa à "febre dos civilistas" em procurar uma noção teórica de culpa (4).

É preciso reconhecer que a grande maioria dos deservimentos consagrados aos fundamentos de responsabilidade define culpa administrativa negativamente, em oposição à culpa pessoal de agentes públicos. Seria culpa administrativa todo o procedimento atribuído à Administração que não pudesse ser qualificado de culpa pessoal. O esforço da doutrina recai, portanto, sobre a definição de culpa pessoal. Esta doutrina implica indiretamente e de maneira negativa a definição de culpa administrativa.

Georges Vedel após destinar, no seu Manual de Direito Administrativo, três parágrafos à noção de culpa pessoal do agente público (definição e função) (6), define a culpa administrativa, que ele chamou culpa de serviço, como "a culpa atribuível a um ou vários agentes do serviço" (7).

Para Rivero, "a culpa de serviço é um enfraquecimento no funcionamento normal do serviço atribuível a um ou vários agentes da Administração, mas não imputável a eles pessoalmente" (8)

Outros eminentes autores procuram dar à culpa administrativa uma definição positiva, suficiente por si mesma sem que seja necessário recorrer à noção de culpa pessoal. Infelizmente esta definição é bastante imprecisa.

Para Charles Debbasch, "a culpa de serviço público"... "pode talvez estar ligada diretamente à atividade de um agente de serviço, ou ser o resultado de um funcionamento defeituoso do serviço na sua totalidade" (9). É uma definição exata, porém vaga, de culpa administrativa.

A tentativa de F. P. Bénoit é mais elaborada: "a culpa administrativa constitui-se, na verdade, de um mau funcionamento do serviço, o caráter correto ou defeituoso deste funcionamento é apreciado, pura e simplesmente, em relação ao que deve ser o funcionamento do serviço na aplicação das leis e regulamentos que o definem" (10).

Esta definição está próxima daquela, mais explícita, dada pelo decano Maurice Hauriou à culpa administrativa, em 1914: "Um serviço público organizado representa um corpo de tradições, de hábi-

Tradução, autorizada pelo autor e editora, de "La notion de faute lourde administrative", publicado na *Revue du droit public et de la science politique em France et a l'étranger*, mars-avril 1977, por César A. F. Mariano, Revisão de Eliana Donatelli de Moura.

tos e de disciplinas; há neste serviço público uma certa "diligentia" habitual, que provavelmente não é a *diligentia* máxima, mas que é uma *diligentia* média, a qual a boa administração se contenta em apreciar *in concreto*. As culpas de serviço serão as negligências, as omissões, os erros, as imperícias que o agente poderia ter evitado se estivesse apto à *diligentia* média do serviço, e que, ao mesmo tempo, não denotasse de sua parte um ato pessoal" (11).

Podemos ainda verificar que, para completar sua definição, o eminente decano utiliza, em última análise e *a contrario*, a noção de fato pessoal.

Se compararmos estas tentativas de definição às definições de culpa dos civilistas, em seus tratados, podemos somente concordar com a opinião de Cornu referida anteriormente. A fim de não tornarmos só um exemplo: Mazeaud e Tunc, no seu "Traité de la Responsabilité Civile, dedicam cinquenta páginas à definição de culpa (12). Analisam sucessivamente as definições que conduzem à negação da culpa e as definições não precisas, a fim de eliminá-las. Buscam, em seguida, uma definição exata de culpa. Este estudo ocupa quarenta páginas da obra. E somente após tal trabalho de definição é que os eminentes autores abordam as "aplicações da noção de culpa", as quais se estendem por duzentas páginas.

Somente o decano Paul Duez dedicou-se a tal busca das características específicas da culpa administrativa em sua obra que se intitula "La responsabilité de la puissance publique". O ilustre autor destacou, no cabeçalho do primeiro capítulo, as cinco características essenciais da culpa de serviço: autonomia em relação aos textos do Código Civil, caráter primário, anônimo, variado e geral (13). Podemos, contudo, observar que estas características aplicam-se mais à responsabilidade administrativa por culpa do que à culpa administrativa propriamente dita.

A freqüência da definição negativa da culpa administrativa explica-se pelo fato de que dentro do quadro da responsabilidade administrativa, a culpa pessoal é a exceção que, por vezes, conduz à exclusão da responsabilidade da pessoa pública e à incompetência da jurisdição administrativa.

O princípio é, na verdade, que o dano causado culposamente pelo agente público, agindo no campo do serviço público, "acarreta" sua responsabilidade (14).

É o reconhecimento do caráter de culpa pessoal destacado do serviço que afasta, excepcionalmente, a responsabilidade da Administração. Confirma-se, portanto, ser particularmente necessário definir, em primeiro lugar, a culpa pessoal a fim de determinar a abrangência da exceção ao direito comum. A culpa administrativa, desde logo, poderia ser facilmente enunciada como o procedimento culposo de um agente público em serviço não suscetível de ser qualificada de culpa pessoal.

3. Explicável e generalizada, a definição negativa da culpa administrativa tem o inconveniente de não fazer aparecer os elementos constitutivos da mesma. A culpa administrativa caracteriza-se, em princípio, por uma dualidade formal que pode apresentar-se sob uma das seguintes formas (15).

1º A "culpa do serviço" é uma culpa anônima que não pode ser imputada, com precisão e certeza, à pessoa física empregada neste serviço. Ela é analisada como um funcionamento defeituoso do organização do serviço. É uma culpa do serviço, tantas outras. A prova desta culpa é suficiente para responsabilizar a Administração.

Esta culpa, por sua natureza, seja ela anônima ou coletiva, é essencialmente diferente da noção de culpa individual cometida por uma pessoa física determinada. Tal diferença de natureza nem sempre se reconhece.

2º Existe, na verdade, um segundo tipo de culpa administrativa: "a culpa de serviço" de um agente público que age no exercício de suas funções. A culpa não é mais anônima, é personalizada: é o fato de uma pessoa física determinada, empregada no serviço. Não é uma culpa do serviço em sua totalidade: é uma culpa individual.

Esta culpa, entretanto, não responsabiliza pessoalmente o agente que a cometeu, mas a pessoa pública que emprega o agente culpado. Este, na verdade, cometeu tal ato culposo por querer cumprir sua missão no serviço. Ele não agiu com vistas a um proveito pessoal; cometeu um ato profissional culposo no exercício de suas funções. Em segundo lugar, o ato culposo cometido não é grave, mas leve.

Com certeza, todo o ato culposo deve ter seus danos reparados, mas deve o ato profissional culposo leve de um agente público sofrer a dura sanção da responsabilidade financeira de seu autor? Não estaríamos arriscando em tirar todo o espírito de iniciativa dos agentes do poder público?

Sob esta forma, a culpa administrativa quase nada difere, pela sua natureza, da culpa pessoal. Ao menos, de um tipo de culpa pessoal que consiste em um ato profissional culposo grave, porém não intencional. Ela é a obra de um agente público na busca de um fim do serviço público em que está empregado. Ao cometer tal ato culposo, este agente não teve nenhuma intenção de prejudicar, nenhuma intenção de tirar proveito pessoal. Se sua culpa é qualificada de pessoal é porque revela de sua

parte um desconhecimento grave das regras de sua função. É um ato profissional culposo grave. Mesmo sendo uma culpa grave que supere a gravidade média dos atos culposos que se pode esperar de um funcionário, é de fato uma culpa pessoal e impede que seja ali vista uma culpa administrativa.

A única diferença entre a culpa de serviço de um agente público e a culpa pessoal não-intencional é a diferença no grau da gravidade. A primeira é vista como leve e, portanto, escusável; a segunda é grave e, por conseguinte, será sancionada pela responsabilidade civil do agente frente aos juizes.

A dualidade formal da culpa administrativa não tem incidência sobre o regime jurídico da responsabilidade administrativa por culpa. Qualquer que seja a forma que ela tome, a culpa administrativa vincula a responsabilidade da Administração sem que seja preciso estabelecer que tal agente público designado por nomeação tenha cometido um ato culposo no exercício de suas funções. É suficiente para a vítima demonstrar que o serviço funcionou mal.

Porém tal dualidade é importante no que concerne à definição da noção própria de culpa administrativa. Dentro do quadro deste estudo, teremos a ocasião de verificar sua influência quando do exame das características da noção de culpa administrativa grave.

4. A culpa administrativa é uma culpa delitual de natureza objetiva que o juiz avalia de forma precisa:

1º Culpa quase delitual: de difícil definição, por si mesma, a culpa quase-delitual se opõe à culpa delitual. Esta pode assemelhar-se à culpa intencional, "comete-se uma culpa delitual... cada vez que agimos com intenção de causar um dano" (16). A culpa quase-delitual é, dessa forma, negativamente o ato culposo cometido sem intenção deliberada de causar dano. Se adotarmos esta definição, a culpa administrativa será classificada dentro da categoria das culpas quase-delitais. A culpa intencional de um agente público é, sem dúvida, sempre tida como uma culpa pessoal. Não poderíamos, de outra forma, atribuir uma intenção de prejudicar o serviço público em seu conjunto.

2º Culpa objetiva: em Direito Civil, a culpa é constituída de dois elementos cuja ligação é indispensável. Ela compreende, em primeira instância, um elemento objetivo: a culpa é a violação de uma obrigação preexistente ou, segundo uma outra terminologia, a violação de uma regra de direito. Contudo, este elemento não é suficiente para que o fato considerado seja qualificado de culpa. Este fato deve, além disso, apresentar um caráter subjetivo. Seu autor deve ter-se conscientizado de que ele se tornou culpado da violação de uma obrigação preexistente ou de uma norma de direito. É a isto que os civilistas denominam "imputabilidade" (17). Na falta de imputabilidade não há culpa civil. Portanto, para León Duguít, a culpa é a "violação consciente de regra de direito por livre arbítrio" (18).

A culpa administrativa reúne, necessariamente, estes dois elementos? Se definirmos a culpa administrativa pela retomada da definição mais freqüentemente dada de "todo funcionamento incorreto de serviço" (19), quase não notaremos o aspecto subjetivo, a imputabilidade no entendimento do Direito Civil. Há culpa administrativa desde que seja constatado que o serviço funcionava mal, não funcionava ou que funcionava com atraso.

Seguramente, há culpas administrativas nas quais se descobre o elemento "consciência da infração". Tratar-se-á de atos culposos de serviço os cometidos por agentes públicos determinados. Entretanto, mesmo nessa categoria de culpa administrativa o aspecto subjetivo não está presente. Sua presença, além do mais, é acidental; não é necessária, e não convém prová-la para estabelecer a existência de uma culpa administrativa.

A culpa administrativa é uma culpa puramente objetiva que não comporta nenhuma referência psicológica (19) (20).

3º Culpa avaliada concretamente: se conservarmos a definição mais freqüentemente usada e a mais simples: constitui uma culpa administrativa todo funcionamento "incorreto", "defeituoso" ou "anormal" do serviço público. Tal definição é insuficiente. Convém, ao menos, indicar em que consiste o funcionamento defeituoso do serviço. A partir de quando ou em relação a que há defeito no funcionamento do serviço? A tal questão não podemos dar duas respostas diferentes.

Podemos avaliar que há funcionamento defeituoso do serviço quando este funciona contrariamente às prescrições das leis e dos regulamentos que o regem. Esta é a concepção escolhida por F. P. Bénoit: "A culpa administrativa é constituída, na verdade, por um funcionamento defeituoso do serviço, o caráter correto ou defeituoso deste funcionamento que está sendo avaliado pura e simplesmente em relação ao que deve ser o funcionamento do serviço na aplicação das leis e regulamentos que o definem" (21). O autor dedica-se, aqui, a uma apreciação abstrata da culpa administrativa. Para desvendar esta última, seria preciso comparar o funcionamento real do serviço ao funcionamento ideal que resultaria da estrita aplicação da legislação e da regulamentação em vigor. Esta apreciação resulta em equiparar a culpa administrativa ao fato ilegal do serviço. Tal equiparação é abusiva, não corresponde ao estado da jurisprudência. A jurisprudência considera que toda ilegalidade não consti-

tui uma culpa administrativa, e supõe, ao contrário, que os procedimentos não ilegais podem ser constitutivos de uma culpa administrativa. O juiz, na verdade, detém-se em uma apreciação concreta da culpa.

Tal apreciação conduz a uma noção do funcionamento defeituoso do serviço, próximo àquela que descreveu o decano Hautiou: "as culpas de serviço são as negligências, as omissões, os erros, as imperícias que o agente teria evitado se estivesse apto à diligência normal do serviço" (22).

Esta diligência normal é determinada pelo juiz, *in concreto*, quer dizer, leva em conta a natureza do serviço e as circunstâncias particulares de tempo e de lugar nas quais se realizou o ato prejudicial.

Os elementos de dolo estabelecidos pela legislação e a regulamentação em vigor serão levados em conta pelo juiz, que reunirá os elementos do fato em si ao caso em voga.

5. A apreciação concreta da culpa administrativa conduziu o juiz a admitir que esta culpa poderia apresentar diferentes graus de gravidade. A simples culpa administrativa ou culpa administrativa leve não é suficiente, em muitos casos, para vincular a responsabilidade da Administração. Somente os serviços ou as atividades do serviço público não têm sua responsabilidade levada frente ao juiz administrativo em razão de uma culpa caracterizada, ou seja, que tenha atingido ou ultrapassado um certo grau de gravidade. Para essas atividades, cometer um ato administrativo culposo não é sinônimo de responsabilidade.

Durante o século XIX, este sistema de graduação das culpas administrativas atingiu uma grande complexidade. Assim, alguns autores dividiram as culpas administrativas em quatro categorias, classificadas por ordem crescente de gravidade: a culpa simples correspondente ao regime de responsabilidade do direito comum, a culpa grave, a culpa manifesta e de particular gravidade e a culpa equiparada ao dolo (23).

Uma tal precisão nos diferentes graus de gravidade que poderia vestir a culpa administrativa apresentaria verdadeiras dificuldades de aplicação. "Que grau de gravidade deve apresentar a culpa para vincular a responsabilidade"? A parte delicada do problema reside numa dificuldade de técnica jurídica, de ordem totalmente geral. "Dosagem da culpa": dois termos que se comprometem quando encontrados juntos: é introduzir a quantidade na qualidade pura da noção de culpa; a tentativa está destinada, senão ao fracasso, pelo menos à abstração que os objetivos não conseguem substituir à precisão dos números.

Apurar o "grau" da culpa será uma obra proveitosa se encontrarmos um modo de expressão numérica que, quando reduzida a nuances de qualificações, torna-se um empreendimento inútil.

Portanto, ao tentarmos sobrepor "culpa grave", "culpa leve" e "culpa muito leve", voltamos ao problema de sua definição e graduação, sem obter nenhuma precisão, nem facilidade de aplicação" (24).

É, sem dúvida, a conscientização dessas dificuldades e do agravamento da situação das vítimas conduzida por este sistema, que levou o Conselho de Estado a abandonar progressivamente esta escala de culpas para não reter mais que dois graus na gravidade das culpas administrativas: a culpa simples e a culpa grave (25).

Daí em diante, a responsabilidade da Administração estará vinculada, em princípio, à prova da culpa administrativa simples. Entretanto, quando o dano resulta de certas atividades públicas particulares que são fixadas pelo juiz, é solicitado às vítimas que evidenciem a culpa grave cometida no exercício destas atividades.

6. A culpa grave administrativa é uma exceção em matéria de responsabilidade da Administração. É, portanto, necessário delimitar, em primeiro lugar, o campo de aplicação desta noção. Procuraremos, a seguir, numa segunda parte, destacar as características fundamentais da noção de culpa administrativa grave.

1. O CAMPO DE APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE CULPA ADMINISTRATIVA GRAVE

7. A jurisprudência, da mesma forma como ocorreu no conjunto das regras que organizam o direito comum da responsabilidade administrativa, também desempenhou função essencial na delimitação do campo de aplicação da noção de culpa administrativa grave. Alguns textos legislativos, no entanto, exigiram que fossem produzidas provas da culpa administrativa grave, a fim de vincular a responsabilidade da Administração em relação a certas atividades públicas. Tais textos são raros.

Poderíamos citar o artigo 136 do Código de Processo Penal, nos termos do qual a culpa suscetível de acarretar a responsabilidade do Estado em razão de atentados à liberdade individual é uma culpa grave (26). Os casos que permitem o exercício de tomada de posição determinados pela Lei de 7 de fevereiro de 1933, constituem, de igual modo, culpas particularmente graves: "dolo, fraude, con-

cussão ou culpa grave profissional" (27). Igualmente, em matéria de responsabilidade do fato das atividades públicas de transporte, a Lei de 2 de março de 1957 (transportes aéreos) e a Lei de 18 de junho de 1966 (transportes marítimos) indicam que a responsabilidade do transportador é limitada em caso de dolo ou falta inescusável de sua parte (28).

A Lei de 5 de julho de 1972, relativa à reforma do processo civil, por fim, incluiu em seu artigo II: "O Estado tem o dever de reparar o prejuízo causado pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça. Esta responsabilidade somente é vinculada por falta grave ou por uma denegação da justiça" (28).

Com exceção destes textos, a delimitação do campo de aplicação da noção estudada é função do juiz administrativo. Para realizar esta tarefa, ele se utiliza de um método de delimitação particular, geralmente menosprezada, que precisará ser examinado sob um primeiro título (A). Este método dá autoridade ao juiz para definir as atividades públicas que se beneficiam do regime de responsabilidade por culpa grave (B).

A — O método jurisprudencial de delimitação

8. Podemos nos utilizar de três métodos distintos para conseguirmos uma delimitação do campo de aplicação da noção de culpa administrativa grave. Pode-se, em primeiro lugar, determinar *a priori* as situações nas quais será exigido do requerente a prova de uma culpa grave. Por este ângulo, a escolha deve ser feita entre uma delimitação por serviços, de natureza material. É igualmente possível utilizar um método empírico na aplicação daquela que o juiz levará em consideração em cada processo as circunstâncias particulares de tempo e lugar para conceder ou não o benefício do regime da culpa administrativa grave.

9. *Delimitação orgânica ou por "serviço"* — Ao escolher este método, o juiz decide que a responsabilidade de certos serviços públicos, no sentido orgânico de seu termo, só poderá ser aplicada se a vítima apresentar a prova de uma culpa grave por eles cometida.

Charles Debbsch e Marcel Waline parecem crer que o juiz administrativo francês age desta forma.

O primeiro destes dois excelentes autores refere em seu Manual de Direito Administrativo que "o juiz leva em conta as dificuldades inerentes ao funcionamento de certos serviços... O grau de gravidade exigido da culpa varia conforme os serviços" (29). Segue, ainda, a enumeração dos "principais serviços que, em razão das dificuldades de seu funcionamento, a jurisprudência exige uma culpa grave"... "o serviço de polícia"... "o serviço hospitalar"... "o serviço fiscal" e a "tutela administrativa" (30).

O mesmo tipo de apresentação se encontra na obra de Marcel Waline. Em seu "Précis de Droit Administratif", sob o título (nº 1061): "Serviços cujas culpas graves somente vinculam a responsabilidade", ele explica: "Quando certos serviços lhe parecem mais importantes e por isso mais difíceis de administrar, o Conselho de Estado considera que a responsabilidade do Estado é somente vinculada por culpas graves e por nenhuma outra mais". É mais além, "os serviços que somente podem vincular a responsabilidade do Estado por culpa grave são os seguintes (31):... "a polícia", ... "os hospitais" e "serviços da saúde pública", ... "os serviços fiscais", ... "os serviços de combate ao incêndio", ... "os serviços penitenciários", ... "o controle dos bancos" (32).

Tal apresentação não parece corresponder exatamente à posição jurisprudencial. Aceitamos, por prova, o fato de que os autores citados são forçados a precisar, em seus desenvolvimentos, que somente certas atividades dos serviços mencionados e não outras se beneficiam do regime da culpa administrativa grave.

Na realidade, o juiz usa outro método de delimitação.

10. *Delimitação material ou por "atividades"* — O outro método de delimitação consiste na fundamentação, para exigir a prova de uma culpa grave, não na noção orgânica de "serviço", mas na noção material de atividades. Dentre as diversas atividades de um serviço público, somente aqueles que apresentam um caráter especial de dificuldades se beneficiam do regime de culpa grave.

Este método apresenta um caráter flexível, o que não ocorre com o precedente. Ele permite que as atividades dirigidas por um mesmo serviço, de acordo com o grau de dificuldade que seu exercício apresenta, sejam submetidas a um regime diferente de responsabilidade.

Portanto, para os serviços de que se encarrega a polícia administrativa, o juiz exige a prova da culpa grave de serviço quando os danos foram causados por atividades ou operações materiais. A atividade normativa destes serviços (publicação de decisões individuais ou regulamentares) vincula a responsabilidade destes em todos os casos que uma culpa administrativa, mesmo leve, tenha sido cometida (33).

Embora contestado por certos autores, parece-nos que uma distinção do mesmo tipo é feita pelo juiz entre as diversas atividades de serviço encarregadas da prevenção e combate a incêndios (34).

No que concerne aos serviços hospitalares e de saúde, sabe-se que, também aí, é preciso distinguir, dentre as atividades em exercício, aquela em que o dano ocorreu. Tratando-se de uma atividade médica (35), só a existência de uma culpa grave implica a responsabilidade do serviço (36). Se o dano resulta de uma má organização do serviço hospitalar, a prova de culpa simples é suficiente para vincular a responsabilidade desse (37). A solução é idêntica para quando o dano resultar de cuidados administrados a um paciente.

Tal maleabilidade no emprego do método de delimitação fundamentado na noção material de atividades apresenta, do ponto de vista da vítima, uma importante vantagem. Ela permite uma redução máxima dos casos em que se exige dela a prova da culpa grave. Somente certas ações do serviço, aquelas que apresentam um caráter revelado de dificuldade, se beneficiarão desta responsabilidade atenuada.

Devemos, entretanto, reconhecer que se for esse o caso mais freqüente, na prática, encontra-se também — mais raramente — a situação inversa.

Certos tipos de atividades que podem fazer parte de diversos tipos de serviço, organicamente definidas e distintas, se beneficiam da técnica de vinculação de sua responsabilidade por culpa grave.

Citamos, aqui, o caso de atividades de controle exercidas pelo Estado sobre outras pessoas públicas ou privadas. Trata-se, essencialmente, da atividade de controle de tutela exercida sobre as pessoas públicas descentralizadas. Sua responsabilidade só é vinculada se for estabelecida uma culpa grave contra o serviço de tutela (38).

No entanto, entra igualmente nesta categoria o controle exercido pelo Estado sobre certas atividades dirigidas por pessoas privadas. É o caso, desde 1936, das atividades da comissão de controle de bancos (39).

Semelhante solução foi aceita, mais recentemente, em jurisprudência, no que concerne ao controle que o Estado exerce, ou é reputado exercer, sobre outras atividades privadas, particularmente a atividade profissional dos agentes de câmbio (40).

Nestes casos, a noção de atividade de controle é mais ampla do que aquela de serviços de tutela empregada, por exemplo, por Debbasch (41), ou do que aquela de "controle de bancos", utilizada por Waline (42).

11. *Método empírico. Circunstâncias de tempo e de lugar* — Ao contrário dos precedentes, Georges Vedel avalia que o juiz administrativo, para definir o domínio de aplicação da noção de culpa grave, utiliza-se de um método de natureza material. Baseia-se na atividade em questão e não no serviço que exerce: "o critério principal são as dificuldades que apresenta a atividade administrativa à qual é atribuído o dano" (43). Em consideração às explicações já dadas, esta análise da posição jurisprudencial é a única correta.

Mas o eminente autor não se limita só a esta constatação, busca, mais adiante, quais são os elementos que o juiz leva em conta para caracterizar o grau de gravidade da culpa administrativa. "A natureza própria da atividade, de uma parte, "as circunstâncias de tempo e lugar", de outra.

O juiz, segue Vedel, teria de recorrer concomitantemente às duas técnicas de delimitação. Algumas atividades do serviço público se beneficiaram, devido a sua própria natureza, do regime da responsabilidade por culpa grave. As outras atividades públicas, dependentes geralmente do regime da responsabilidade por culpa administrativa simples, poderiam se beneficiar da exigência de culpa grave quando as circunstâncias particulares de tempo e lugar tornarem a realização excepcionalmente difícil.

A opinião expressa por André de Laubadère aproxima-se desta interpretação. O eminente autor propõe-se, como Vedel, a uma análise "dualista" da jurisprudência. Leva em consideração que dois elementos intervêm na determinação jurisprudencial do grau de gravidade exigido da culpa administrativa. "Para vincular a responsabilidade da Administração, a culpa de serviço deve possuir uma certa gravidade, que é variável. Varia, em primeiro lugar, conforme as circunstâncias de tempo... ou lugar... Por outro lado, varia conforme os serviços. Para alguns serviços públicos, a responsabilidade pública só é vinculada pelas culpas graves (44).

As duas análises diferem em um ponto: André de Laubadère opta pelo método de delimitação orgânica ou por serviços. Já Vedel prefere o método material de delimitação fundamentado na noção de atividades. Os dois são unânimes no que diz respeito ao papel importante da noção de circunstâncias particulares de tempo e lugar. Esta apreciação não nos parece exata. Convém, na verdade, precisar a função exercida pelas circunstâncias de tempo ou de lugar.

Deve-se, de início, reconhecer que as circunstâncias nas quais desenrolou-se a ação administrativa lesiva são sempre levadas em conta pelo juiz. Tal noção revela-se um elemento de apreciação do

caráter culposo ou não do procedimento administrativo. Não há, desta forma, incidência sobre o grau de gravidade exigido da culpa. Salienta o que chamamos a apreciação *in concreto* da culpa administrativa escolhida pelo juiz (45). Marcel Waline a descreve nos seguintes termos: "O Conselho de Estado não julga a culpa segundo um critério preestabelecido, tal como a conduta de um bom pai de família; examina em cada caso se houve culpa, considerando todas as circunstâncias do fato" (46). Desta forma, as circunstâncias realmente particulares podem retirar todo o caráter culposo do procedimento que, normalmente, seria constitutivo de uma culpa administrativa (47).

Em outros casos, a constatação feita pelo juiz de que atos prejudiciais foram produzidos dentro de circunstâncias excepcionais de tempo e lugar age, não mais sobre o caráter culposo do ato, mas sobre o próprio princípio da responsabilidade administrativa. Reunimos aqui a teoria dos poderes da guerra, ou mais comumente, do ato de governo. Sem que haja investigação sobre o caráter culposo ou não do procedimento lesivo, não é possível vincular a responsabilidade por parte do Poder Público (48).

Finalmente, o que mais diretamente nos interessa nestes desenvolvimentos é um terceiro efeito a ser considerado pelo juiz das circunstâncias de tempo e de lugar. Em alguns casos, o juiz avaliou, como tratam Vedel e Laubadère, que a ação administrativa, dificultada por circunstâncias de tempo e de lugar, dever-se-ia beneficiar do regime de responsabilidade por culpa grave.

Para determinar o verdadeiro alcance desta consideração deve-se separar os processos citados pelos dois autores anteriormente referidos, nos quais o juiz leva em consideração as circunstâncias de tempo e de lugar, porquanto encontra-se em presença de atividades públicas que, por sua própria natureza, exigem que se prove a existência de uma culpa grave (49).

A referência feita às circunstâncias, na verdade, em nada contribui para que se atinja o grau exigido de gravidade da culpa; ela indica simplesmente que o juiz detém-se numa apreciação precisa da culpa administrativa (cf. supra). E, desta forma, o dano é atribuído à atividade de fiscalização dos serviços penitenciários visando a garantir a segurança dos detentos (50).

Dentre os processos referidos por Vedel e Laubadère, com auxílio de suas análises, restam duas decisões nas quais o Conselho de Estado concretamente baseou-se na noção de circunstâncias excepcionais de tempo e de lugar exigidos pela culpa grave: C.E., 9 de novembro de 1948, *Dame de Tassencourt* (Rec., 419) e 17 de janeiro de 1962, *Ministre des Armées c. Christianini* (Rec., 44). Parece-nos difícil inferir uma conclusão da importante função que esses autores atribuem à noção analisada. Quando muito, pode-se reter que, em certos casos muito especiais, o juiz considera as circunstâncias do fato para elevar o grau de gravidade exigido da culpa administrativa grave. Mas, de maneira geral, o método adotado pela jurisprudência leva somente em conta a natureza da atividade pública cujo exercício ocasionou o dano.

Convém, portanto, determinar quais são as atividades do serviço público cuja responsabilidade só entrará em questão quando for provado que se cometeu um ato culposo grave.

B — As atividades públicas que se beneficiam do regime de responsabilidade por culpa grave

12. Beneficiam-se deste regime privilegiado as atividades das pessoas públicas cujo exercício apresenta dificuldades particulares. Em razão de terem, mais do que as outras, a oportunidade de cometerem atos culposos, estas atividades vincularão a responsabilidade da Administração se elas foram o palco de uma culpa grave. Esta é a justificativa da aplicação deste regime.

É próprio do juiz administrativo determinar quais foram essas atividades. A escolha feita no cumprimento desta tarefa é às vezes criticável, pois não parece, em certos casos, respeitar a justificação enunciada. Hoje em dia, exige-se a prova da culpa administrativa grave para vincular a responsabilidade da Administração do fato: atividades médicas ou cirúrgicas, atividades de serviços penitenciários, atividades materiais de polícia administrativa, atividades de controle exercidas pelo Estado, atividades de serviços fiscais dos correios e telecomunicações.

13. *Atividades médicas ou cirúrgicas* — Já foi mencionado que dentro das atividades exercidas pelos serviços públicos hospitalares somente as atividades médicas ou cirúrgicas beneficiam-se do regime da responsabilidade por culpa grave administrativa. E, portanto, necessário distinguir essas atividades de outras funções de que se incumbem os serviços públicos de saúde.

Tratando de definir a ação médica ou a ação cirúrgica pode-se, em primeiro lugar, pensar em utilizar um critério orgânico simples. Qualificaríamos de ação médica a ação executada por um médico ou cirurgião. As outras ações realizadas dentro do quadro do serviço hospitalar, pelo pessoal de enfermagem e administração, constituiriam as ações paramédicas: ações de assistência ou de organização do serviço.

Tal procedimento incorre em crítica: um médico pode realizar atos de assistência, e pode igualmente ser encarregado de tarefas administrativas (dirigentes de hospitais, por exemplo). Nem todas as ações praticadas por um médico de hospital podem ser qualificadas de médicas. O Conselho de Estado, por esta razão, rejeitou expressamente esta definição orgânica em 26 de junho de 1959, *Rouzer* (51): "... para que se qualifique os cuidados prestados ao paciente, não é preciso que se investigue se foram administrados pelo pessoal médico ou se quem os executou foi o pessoal de enfermagem. Convém, pois, basear-se unicamente na natureza dos cuidados". O comissário do governo Fournier, nas suas conclusões nos autos, exprimiu claramente a orientação da jurisdição superior. É função médica todas as atividades que unicamente um médico pode realizar em função da regulamentação da categoria.

A lei reserva ao médico o estabelecimento de diagnóstico e a prescrição do tratamento. Ela confia ao Ministro da Saúde o cuidado de precisar quais são as outras funções da profissão que somente podem ser desempenhadas por médicos. O Decreto ministerial de 31 de dezembro de 1947 divide as funções da profissão médica em quatro categorias:

1º — Funções desempenhadas por um atendente, sob prescrição médica, porém sem a sua presença (injeções subcutâneas e intramusculares, massagens e curativos simples...).

2º — Funções desempenhadas por atendente, após um médico titular ter pessoalmente lhe confiado a realização desta função (injeções intravenosas, curativos complexos...).

3º — Funções que somente podem ser desempenhadas por um atendente, sob a responsabilidade e supervisão do médico titular (todas as atividades relacionadas à fisioterapia e à medicina eletrônica, tais como raio x, ionização, ultravioletas e anestesia).

4º — Funções específicas para médicos (tomada de pressão arterial, massagens ginecológicas e na próstata...).

Na aplicação desta regulamentação o Conselho de Estado considera como funções médicas as de 4º e 3ª categoria, quando as circunstâncias particulares exigem a intervenção do médico. Caso contrário, as funções de 2ª categoria serão qualificadas de tratamento. As funções de 1ª categoria são sempre consideradas como de tratamento (52).

Esta noção da função médica limita o campo de aplicação da responsabilidade por culpa grave. Contudo, este regime não é reservado exclusivamente às funções médicas desempenhadas em hospitais públicos *stricto sensu*.

O juiz o aplica, de igual forma, quando o dano ocorre, no quadro hospitalar, em "clínicas particulares": "a responsabilidade do serviço hospitalar só pode, em caso de dano sobrevindo a enfermidades tratadas em clínica particular, ser vinculada ao caso em que é estabelecido que tais danos têm por causa o mau funcionamento do serviço resultante seja da má instalação do local, seja do material defeituoso ou de uma falha cometida por um membro do quadro pessoal auxiliar do hospital posto à disposição do praticante, que atua em clínica particular; neste último caso, vinculada, a não ser que esteja baseada na culpa grave quando a ação médica, dando origem ao dano, foi executada pelo atendente sob a responsabilidade deste e sua supervisão direta" (C.E., 9 de julho de 1969, *époux Mathieu*, esta Revista, 1970, 462).

Durante muito tempo, os hospitais psiquiátricos beneficiaram-se do regime particular na vinculação de sua responsabilidade. Em meio a atividades desses estabelecimentos, o juiz não distinguia as funções médicas de tratamento ou de supervisão. Em todos os casos, a responsabilidade dos hospitais era somente posta em risco quando houvesse prova da existência de uma culpa caracterizada: "culpa manifesta e de particular gravidade", até 1961, e "culpa grave", desde esta data (C.E., 10 de novembro de 1961, *Eveillard*, Rec., 639).

A evolução dos métodos de tratamento das doenças mentais conduziram progressivamente ao abandono das técnicas tradicionais de supervisão e à aproximação da natureza das atividades exercidas no quadro dos outros estabelecimentos psiquiátricos às ações dirigidas em outros hospitais públicos. O regime da vinculação de sua responsabilidade seguiu tal evolução. Em 1966, O Conselho de Estado abandonou a exigência da prova de uma culpa grave no caso de dano resultante de uma culpa de vigilância cometida pelo pessoal não-médico do estabelecimento psiquiátrico (C.E., 5 de janeiro de 1966, *Hawezack*) (53).

A partir deste momento, a responsabilidade dos hospitais pode ser reconhecida como culpa administrativa simples exceto nos casos de danos resultantes de uma ação médica na qual seja exigido que se estabeleça a existência de uma culpa grave. A definição de função médica é, portanto, a mesma daquela que retém o juiz no quadro dos outros estabelecimentos hospitalares.

É preciso então destacar que, por serem exercidas principalmente no interior de hospitais, as atividades médicas (ou cirúrgicas) podem, equivalentemente, serem realizadas em outros setores públicos. Elas beneficiam-se, portanto, do mesmo regime privilegiado de responsabilidade por culpa admi-

nistrativa grave. São dessa mesma forma as atividades médicas realizadas no quadro do serviço público das forças armadas: dano causado ao interessado pela decisão tomada pela autoridade militar, por ordem dos médicos, de o incorporar ainda que estivesse afetado por uma infecção na vista e agravada pelo atraso na decisão de baixa do serviço, não poderia vincular a responsabilidade do Estado senão sob prova de uma culpa grave cometida pela Administração (54).

O exercício da atividade médica dos estabelecimentos penitenciários apresenta dificuldades específicas, que merecem ser mencionadas no título dedicado ao regime de responsabilidade desses estabelecimentos.

14. *Atividades dos serviços penitenciários* — Os casos recentes poderiam levar a duvidar da especificidade do regime de responsabilidade destas atividades em comparação com as médicas. Frequentemente, os danos nos recintos de prisões são ocasionados por detentos portadores de doenças mentais, quer seja por terem se portado mal em relação aos outros, ou por terem tentado suicídio, ou então por tê-lo praticado. A culpa do serviço penitenciário tanto pode consistir num defeito de vigilância dos guardas, como também numa culpa do pessoal médico da prisão que tenha falhado no exame mental dos detentos.

É, portanto, difícil determinar se a exigência da culpa grave, pelo juiz, resulta da natureza própria da atividade dos serviços penitenciários ou somente de dificuldades inerentes às atividades médicas, não importando onde elas são realizadas.

Um bom exemplo desta dificuldade é dado pelo processo julgado pelo Conselho de Estado de 5 de fevereiro de 1971, Ministro da Justiça contra viúva Picard (55): durante sua detenção, numa prisão central, Picard foi morto por outro detento, chamado Girard. Poder-se-ia acusar a administração penitenciária por três tipos de culpas. Internado por diversas vezes num hospital psiquiátrico, Girard foi enviado à prisão central de Rouen em 1961. Ao tomar esta decisão, o serviço penitenciário não cometeu um ato culposos suscetível de vincular sua responsabilidade? O juiz verifica que a decisão foi tomada conforme parecer do médico psiquiatra do hospital e que, além do mais, desde 1961 "o interessado não havia cometido nenhum ato de natureza a provocar seu internamento num estabelecimento psiquiátrico, pelo contrário, seu estado de saúde achava-se em melhora; portanto, a administração não cometeu nenhum ato culposos grave". O erro na análise do estado de saúde de Girard pode, aqui, comparar-se ao erro de diagnóstico, ação médica que exige, para que seja vinculada à responsabilidade do serviço, a prova de uma culpa grave (56).

Um segundo procedimento com caráter de culpa poderia ser atribuído à administração penitenciária: o homicídio de Girard beneficiava-se de um regime particular de detenção, dito "regime progressivo", caracterizado pelo isolamento de detento à noite e pelo exercício de atividades em comunidade durante o dia. Foi durante o dia que o acidente teve lugar. A Administração cometeu um ato culposos ao aplicar este tipo de detenção a um indivíduo perigoso? Conforme o juiz, desde que Girard foi reintegrado à prisão central, em 1961, seu comportamento "justificava que lhe fosse aplicada a detenção acima referida, que, portanto, a administração não cometeu nenhum ato culposos que vinculasse a responsabilidade do Estado". Aqui, ainda, o Conselho de Estado sujeita a aplicação de sua responsabilidade se houver prova de uma culpa grave. Trata-se, pois, de uma atividade que, por ter afinidade com a atividade médica no que se refere ao estabelecimento de diagnóstico e à prescrição de um tratamento, é característica da função dos serviços penitenciários. Cabe-lhes determinar o tipo de detenção dos condenados que lhe são confiados, sob a supervisão do juiz.

Um terceiro tipo de culpa foi invocada em auxílio de sua demanda pelo requerente: que Girard teve oportunidade, no atelier onde trabalhava, de obter e dissimular a lâmina com a qual feriu a vítima. Uma culpa de vigilância poderia, dessa forma, ser estabelecida. Tratar-se-ia, portanto, de uma culpa imputável a uma atividade própria do serviço penitenciário, sem nenhuma participação médica. O juiz exige, no entanto, a prova de uma culpa administrativa grave. Na ausência de tal culpa, ele considera que a responsabilidade do Estado não é vinculada.

As atividades dos serviços penitenciários necessitam, por sua própria natureza, aos olhos do juiz administrativo, beneficiar-se do regime de responsabilidade por culpa grave. Não há necessidade de que seja posta em causa uma culpa ocasional do serviço médico de prisões.

Destacamos, além do mais, que durante muito tempo o Conselho de Estado fez menção, em matéria de responsabilidade dos serviços penitenciários, à presença ou ausência de "uma culpa manifesta e de particular gravidade" (57). Foi substituída pela atual noção de "culpa grave" (58).

O regime de responsabilidade por culpa grave é aplicado quando os danos são causados aos detentos por eles mesmos, no interior da prisão, quer seja por outros presos (59) ou por pessoas vindas de fora pela burla da "vigilância" dos guardas (60).

Quando os danos cuja reparação é exigida são ocasionados a terceiros por presos foragidos no ambiente fora da prisão, o juiz subordina, de igual forma, a aplicação da responsabilidade do serviço

penitenciário é prática de um ato culposo caracterizado, manifesto ou grave, na vigilância dos detentos (61).

As soluções jurisprudenciais são diferentes quando estão em causa não as instituições penitenciárias, mas os estabelecimentos de educação supervisionados, onde são colocados os jovens delinquentes.

Em razão dos métodos liberais empregados neste tipo de estabelecimento, crê o juiz administrativo que as vítimas de atos cometidos por condenados ai detidos devem obter mais facilmente a reparação.

Conseqüentemente, quando os danos são causados a terceiros por delinquentes foragidos ou em "liberdade condicional", as vítimas não têm que provar a culpa dos serviços da instituição de educação supervisionada. Os métodos utilizados e que punham em risco a segurança de terceiros é que devem provar a existência do prejuízo e de um vínculo de causalidade entre o dano e o estabelecimento (62).

Quando o prejuízo é causado a um detento por pessoas vindas de fora, o juiz decide que há vinculação da responsabilidade do Estado pela prova do ato culposo simples cometido pelo serviço de vigilância da instituição (63). Ele parece estimar que a vigilância dos delinquentes detidos em prisões públicas de educação supervisionada não apresenta dificuldades particulares, que justifiquem o reconhecimento de um regime abrandado pela vinculação da responsabilidade administrativa.

15. *Atividades materiais da polícia administrativa* — Até 1905, a jurisprudência não admitia que se responsabilizasse as pessoas públicas pela atividade lesiva do serviço de polícia. Nesta época, o Conselho de Estado, numa deliberação do caso Tomaso Grecco (64), avaliou que o Poder Público poderia ver sua responsabilidade vinculada por suas ações no campo da polícia administrativa. Durante os vinte anos que se seguiram, não se encontrou referência, nas sentenças das jurisdições administrativas, da exigência de uma culpa grave. Esta só apareceu em 1925 (65).

Em conformidade com o método material de delimitação exposto acima (supra n.º 10), o juiz administrativo não estende o campo de aplicação da noção de culpa grave a todas as ações de responsabilidade dos serviços de polícia. São unicamente referidas as atividades especiais da polícia que apresentam, em sua execução, dificuldades especiais. Trata-se essencialmente de operações materiais da polícia. Como é função da polícia, ao intervir direta e materialmente, assegurar, se for preciso *manu militari*, o respeito à segurança, à tranquilidade, ou à salubridade pública, sua ação deve ser "abatida pela ameaça constante de complicações contenciosas" (conclusões Rivet, pré-citadas).

Estritamente nesta situação, os atos lesivos cometidos nessas intervenções somente vinculam a responsabilidade da Administração, se as vítimas provarem que foi cometido ato culposo grave. Não apresentam dificuldades particulares as atividades de regulamentação regidas pelas autoridades de polícia. A culpa simples é suficiente, pois, para a vinculação da responsabilidade administrativa (66). Limitada no que concerne às atividades de polícia administrativa, a necessidade de provar-se uma culpa administrativa é ampliada se considerarmos as variadas formas que pode tomar a polícia administrativa. A exigência de uma culpa grave não abrange unicamente as ações de manutenção da ordem, ou seja, a polícia na função de preservar a tranquilidade pública. Atinge as atividades de policiamento que visam a garantir a segurança pública, sejam as ações materiais regidas pelos serviços de combate ao incêndio (67) e (68) pelos serviços de prevenção de cheias em cursos d'água (69), pelos serviços de vigilância em praias e balneários (70), ou as operações efetuadas dentro do quadro de policiamentos especiais: policiamento de alienados (71) ou de prédios públicos ameaçados de ruína (72).

A salvaguarda da salubridade pública dá, igualmente, lugar às atividades materiais que podem somente vincular a responsabilidade de seus autores vinculando-os à prova de uma culpa grave (73) e (74).

Em todos esses campos, a jurisprudência distingue entre atividades materiais, exercidas na área dos serviços da polícia, e a atividade puramente jurídica, que consiste na edição de atos de caráter regulamentar ou individual. Somente no primeiro caso a culpa grave é exigida; no segundo, a culpa de serviço, mesmo leve, é suficiente para vincular a responsabilidade da Administração (75).

Quanto aos serviços de combate ao incêndio, Braibant, na conclusão do artigo "Compagnie d'Assurances la Paternelle et Ville de Wattvilles" (anteriormente citado), presume que o juiz administrativo não efetue esta distinção. Ele está certo, com efeito, que quando os atos danosos praticados culposamente são manifestados na luta empreendida pelos bombeiros contra um incêndio, o juiz exige a prova de uma culpa grave, sem distinguir basicamente a natureza dos erros cometidos. Quando se trata da má organização do serviço, má conservação do material ou de defeito no treinamento do pessoal, assim como desconhecimento das técnicas, ou ainda mesmo de má avaliação da amplitude do sinistro e má condução das operações de combate, o juiz aponte a presença de culpas graves de natureza a vincular a responsabilidade do serviço. Ora, unicamente atos culposos de segunda catego-

ria foram cometidos no momento da ação material de combate ao incêndio e, por si próprios, trouxeram conseqüências prejudiciais, às quais é exigida reparação. Portanto, não é possível fazer-se uma distinção entre aquelas anteriores intervenções e aquelas que ocorreram efetivamente no momento desta intervenção. O juiz constatará simplesmente que todos estes erros constituem as culpas graves que vinculam a responsabilidade do serviço.

Neste mesmo sentido, o juiz não exige a prova de uma culpa grave quando o serviço de combate a incêndios exerceu uma ação preventiva que consistia, por exemplo, na instalação ou no controle de equipamentos de segurança (76), ou ainda na verificação da conformidade de "bandes de pare-feu" (77) com a regulação em vigor. De tais atos, salientam-se as atividades preventivas destinadas a evitar a ocorrência de incêndios ou a promover sua rápida extinção. Distinguem-se das atividades materiais de combate a incêndios e não apresentam as mesmas dificuldades. Conseqüentemente, são submetidas pelo juiz a um regime diferente de responsabilidade. A culpa simples é suficiente neste caso para vincular a responsabilidade dos serviços competentes.

Uma vez que o dano resulte não de uma ação de serviços de policiamento, mas de uma omissão, de uma abstenção, poderíamos questionar sobre qual base será vinculada a responsabilidade da Administração. O juiz retoma aqui a distinção precedente: quando a carência consiste num defeito de regulamentação, a culpa simples da autoridade de polícia basta para a vinculação de sua responsabilidade (78). Quando a carência é analisada como um defeito de intervenção material, há vinculação da responsabilidade se a vítima prova que o ato culposo grave foi cometido pela Administração (79). A solução é a mesma quando censura-se os serviços de policiamento por não haverem respeitado a regulamentação vigente. A responsabilidade administrativa só é vinculada se o requerente provar que há culpa grave (80).

16. *Atividades de controle exercidas pelo Estado* — É sabido que atualmente, em jurisprudência, a responsabilidade de que se incumbem o Estado quanto às atividades de tutela administrativa só pode ser vinculada se for o ato culposo grave cometido pelos serviços responsáveis (81). Recentemente, tal regime foi estendido pelo juiz a diversas atividades estatais de controle a pessoas jurídicas (bancos) (82) ou físicas (agentes de câmbio) de direito privado (83).

Esta expansão se explica se examinarmos as razões que levaram a jurisdição administrativa a exigir para estes tipos de atividade a prova de uma culpa grave.

Certos autores vêem aí uma aplicação de idéia clássica e (já referida de atividade cujo exercício apresenta dificuldades particulares. Estas últimas proviriam da grande quantidade e diversidade de atos sobre as quais daria o controle. Trata-se de dificuldades reais porém de natureza fundamentalmente diferente daquelas que fizeram fiente aos serviços, tal como este de polícia administrativa por ocasião de operações materiais de manutenção da ordem ou de combate a incêndio. Parece preferível, pois, recorrer a um outro tipo de explicação.

Ao dano causado a um terceiro por ação de uma pessoa pública ou privada sob o controle do Estado não se aplica a responsabilidade direta. É a pessoa submetida ao seu controle que deve normalmente responder pelas conseqüências prejudiciais de seus atos. A responsabilidade eventual do Estado advém da falha na vigilância que este devia exercer sobre a atividade lesiva. Parece justo, então, que somente os atos culposos graves cometidos no exercício de sua atividade de fiscalização sejam de natureza a vincular a responsabilidade do que controla.

A isto podemos acrescentar que os organismos controlados conservam uma liberdade de ação. A implicação da responsabilidade é a tradução desta autonomia. Admitir em todos os casos de culpa do serviço de controle a responsabilidade do Estado seria, de certa forma, negar esta liberdade (84).

Esta explicação, que vale tanto para a atividade de tutela administrativa como para outras formas de fiscalização exercidas pelo Estado, conserva seu valor quando o dano é ocasionado não a terceiros nas relações fiscal-fiscalizado, mas a própria pessoa que é submetida ao controle?

Em matéria de tutela administrativa *stricto sensu*, o juiz avalia que, nesta situação, a pessoa pública descentralizada deve, para obter reparação, apresentar a prova de um ato culposo grave cometido pelo Estado (85). Dois tipos de prejuízo podem, então, ocorrer:

1º O prejuízo cuja reparação é demandada pela pessoa descentralizada consiste no fato de que ela própria teve que reparar as conseqüências lesivas de um de seus próprios atos (86). A intervenção da autoridade de tutela teria, segundo ela, evitado que se realizasse a ação prejudicial e, por conseguinte, a obrigação de indenizar a vítima. Esta ação não existiria se não apresentasse alguma analogia com uma ação de fiança.

A idéia de autonomia invocada anteriormente e a imparcialidade levariam a pensar que não convém à pessoa descentralizada invocar em seu favor, para fazer desaparecer ou atenuar sua própria responsabilidade, o "ato culposo de vigilância" cometido pela autoridade encarregada de seu controle.

A exigência de que tenha sido cometido um ato culposo administrativo grave responderia a esta consideração.

2º As pessoas sob a tutela do Estado podem alegar um outro tipo de prejuízo. O dano pode ter sido causado à pessoa fiscalizada diretamente pela ação do serviço de tutela. É o caso de uma autoridade de controle que, consultada por uma pessoa tutelada, lhe forneça informações errôneas (87).

O juiz exige também, neste caso, a evidência de uma culpa grave da autoridade de tutela. É, portanto, difícil explicar a posição da jurisdição administrativa. Nada neste caso justifica tal exigência. A culpa administrativa simples deveria permitir a vinculação da responsabilidade administrativa. Talvez, neste caso, seja preciso ter em vista o reflexo da vontade do juiz em não diversificar ao extremo os regimes de responsabilidade dentro de uma mesma categoria de atividade.

O Conselho de Estado, nesta ocasião, não teve a oportunidade de reparar as situações idênticas em matéria de controle estatal apoiadas nas atividades privadas. É legítimo o pensamento de que a solução não favorecesse as pessoas sob o controle do Estado. Se o juiz administrativo admite o princípio da responsabilidade do Estado na questão, somente reconhecerá que é vinculado se for provado que foi cometido ato culposo administrativo grave.

17. *Atividades dos serviços fiscais* — Desde que foi reconhecido, em jurisprudência, o princípio da responsabilidade da Administração quanto a danos pela atividade dos serviços fiscais (88), o juiz praticamente não tem condenado pessoas públicas a reparar os prejuízos resultantes deste fato (89). Ele exige de parte do requerente a prova de um ato culposo administrativo grave e avalia de maneira muito restritiva o grau de gravidade dos atos culposos eventualmente cometidos.

Não se pode, racionalmente, explicar a mansuetude do juiz na questão, apelando-se para o conceito de atividade especialmente difícil de desempenhar. Fogem, com efeito, ao regime normal de responsabilidade por culpas simples não somente as ações materiais que visam a assegurar a restituição do imposto (90) mas equivalentemente as atividades que consistem na fixação da base de cálculo do imposto (91). Ora, se o exercício das primeiras atividades citadas pode, em certas situações, apresentar problemas reais, o emprego das outras não pode ser considerado, apesar da complexidade das regras aplicáveis e das situações impostas, apresentando, para os serviços especializados, dificuldades que justificavam uma vinculação de responsabilidade limitada só aos casos de culpas graves. A Administração dispunha, além disso, de todo o tempo necessário para tomar suas decisões.

O Conselho de Estado emprega nesta matéria, para fixar o campo de aplicação da noção de culpa grave, um método que se fundamenta na noção de "serviço" no sentido orgânico do termo e não no técnico, que lhe é habitual, e que leva em conta a noção material de "atividade". (92).

Esta forma de proceder explica, sem dúvida, a menção liminar e de princípio sempre feita nas decisões relativas à responsabilidade do fisco: "A responsabilidade do Estado no que se refere à atividade dos serviços fiscais só é vinculada no caso de culpa grave".

Devemos, desde então, presumir que o juiz administrativo faz beneficiar-se de um regime privilegiado de responsabilidade os serviços fiscais, não em razão das modalidades de sua ação, mas em razão da missão que lhes designa: de assegurar a percepção das receitas do Estado, sem intenção de prejudicar em nada o reembolso dos impostos. No entanto, seja qual for a importância desta função, ela não justifica, de nenhuma maneira, a situação criada à vítima de procedimentos falhos dos serviços fiscais, a menos que se presuma culpado de fraude o litigante, o que importaria equipará-lo preliminarmente a um suspeito (94).

Compreende-se, então, o porquê da crítica da doutrina, desde longa data, à posição do juiz com relação à administração fiscal. Apesar destas críticas, o Conselho de Estado mantém sua posição.

18. *Atividades dos Serviços de Correios e Telecomunicações* — Tal serviço é, geralmente, considerado como beneficiário de um regime legislativo de irresponsabilidade (95). Na verdade, o artigo L. 7 do Código de Correios e Telecomunicações dispõe: "A administração do Correio não é obrigada a indenizar por perda de objetos de correspondência comum". O juiz administrativo, porém, atribui a tal disposição uma interpretação que dá margem à possibilidade de uma vinculação da responsabilidade do serviço. Avalia que a disposição precedente "tem como efeito a exoneração do Estado de qualquer responsabilidade em razão das condições irregulares ou defeituosas nas quais os encaminhamentos ou a distribuição dos objetos de correspondência comum podem se realizar" (96). Não se pode, portanto, vincular a responsabilidade da Administração no terreno da responsabilidade contratual. A responsabilidade quase-delitual dos serviços de Correios pode, entretanto, ser aplicada pela perda ou extravio de objetos de correspondência comum. O juiz, no entanto, exige que seja feita a prova de "uma culpa grave e de particular gravidade" (97).

É interessante verificar que é neste campo que, ainda em datas recentes, se encontrou esta expressão quase em desuso (98). Trata-se, na verdade, de julgamentos que provêm de Tribunais Administrativos. O Conselho de Estado exige nesta questão, desde 1965, unicamente a prova de uma "cul-

pa grave" (99), ocorrendo o mesmo nos Tribunais de primeiro grau, em seus julgamentos mais recentes (100). Atualmente, a responsabilidade dos serviços de Correios e Telecomunicações pode ser discutida diante do juiz administrativo em razão do "ato culposo grave" cometido durante o serviço. É preciso, contudo, reconhecer que o juiz é particularmente exigente em admitir a presença de uma culpa grave (101). Isto explica a manifestação tardia da expressão de culpa de uma particular gravidade. Esta posição aproxima-se daquela adotada pelo juiz em matéria de responsabilidade dos serviços fiscais. Pode-se dizer que, quando o juiz beneficia com o regime da responsabilidade por culpa grave não uma atividade pública, em razão das dificuldades que seu exercício apresenta, mas um serviço no seu conjunto pelas razões históricas, ele se mostra muito mais exigente quanto à prova da culpa grave. É esta atitude contraditória que a doutrina, com razão, denuncia energicamente (102).

II. AS CARACTERÍSTICAS DA NOÇÃO DE CULPA GRAVE ADMINISTRATIVA

19. Ao abordar este título, uma questão preliminar deve ser proposta: existe uma noção verdadeira e única de culpa grave administrativa?

Suspeita-se, na verdade, que a multiplicidade e a diversidade dos serviços que compõem o campo de aplicação de culpa grave não promovem uma completa unidade a esta. Poderíamos, desta forma, crer que a natureza das atividades exercidas estabelece o conteúdo da culpa. A culpa grave administrativa seria o reflexo culposo da atividade exercida. Não haveria uma "noção" de culpa grave que apresentasse traços específicos, além da diversidade das atividades dentro do quadro em que este tivesse sido cometido. Haveria mesmas culpas que, provenientes de um ou outro serviço no exercício de tal ou qual atividade, seriam classificadas de culpas graves ao vincular a responsabilidade do serviço pelo juiz administrativo, em razão de circunstâncias de fato. Examinar, nestas condições, as características da culpa administrativa grave seria voltar a descrever, sucessivamente, para cada atividade onde ela se manifesta, os comportamentos de caráter culposo assim qualificados em jurisprudência.

Vários são os autores que adotaram este ponto de vista e que, confundindo campo de aplicação com conteúdo da noção, estudam as diversas formas tomadas pela culpa de serviço.

Nós procederemos distintamente. Presumimos que exista, além da diversidade aparente das culpas administrativas ocasionadas pelos serviços públicos e denominadas graves pelo juiz, uma noção de culpa grave administrativa cujos traços característicos principais gostaríamos de destacar. Esses, comuns a várias manifestações desta noção, constituem sua estrutura e fazem sua especificidade em confronto, por sua vez, com a culpa pessoal dos agentes públicos e com a culpa administrativa simples.

A partir deste ponto de vista, duas características devem ser mencionadas. A culpa grave administrativa é, em primeiro lugar, uma culpa anônima(A). Ela é, para empregarmos uma terminologia tradicional, uma culpa do serviço e não uma culpa de serviço. É, em segundo lugar, uma culpa qualificada, ou melhor, uma culpa que as circunstâncias de fato, nas quais foi produzida, estabelecem que seja considerada como particularmente grave, até mesmo inescusável(B).

A. Uma culpa anônima no funcionamento do serviço.

20. *Culpa anônima* — Tivemos a ocasião de lembrar na introdução (Nº 4) a dualidade da culpa administrativa. Esta pode consistir seja numa "culpa de serviço" de um agente da Administração e, portanto, personalizada, seja numa "culpa do serviço público", sendo anônima. Assim considerada, a culpa grave administrativa pode somente ser na lógica uma culpa da segunda categoria: uma culpa anônima do serviço, no seu conjunto, que diga respeito a uma má organização ou a um funcionamento precário deste.

Se examinarmos o grau de gravidade que pode apresentar o ato prejudicial imputável a um agente público determinado que agiu no exercício de suas funções constataremos que pode consistir numa culpa leve ou numa culpa mais grave. O ato culposo leve (ou simples) do agente realizado no exercício das funções constitui uma culpa administrativa que vincula a responsabilidade da pessoa pública que o emprega. A culpa grave do agente adquire este caráter a partir da intenção que o compeliu a agir como o fez: intenção deliberada de prejudicar outrem ou a busca de proveito pessoal não concernente às funções que exerce. Ela se estrutura, portanto, como uma culpa pessoal que vincula a responsabilidade do agente frente aos tribunais de justiça. Não é uma culpa administrativa.

A gravidade do ato culposo cometido pelo agente não deriva mais da intenção que o conduziu, mas da análise objetiva do procedimento. O agente público cometeu um ato culposo que o juiz considera, em relação ao exercício normal das funções que lhe são confiadas, uma culpa profissional grave

inescusável. Tal gravidade faz do ato culposo cometido uma culpa pessoal da qual o agente é o único responsável (103).

Desta forma, a partir do momento em que a culpa é atribuída a um agente público determinado, não pode mais ser qualificada como simples, mas deve ser considerada como grave, haja vista que não constitui mais uma culpa administrativa, mas pessoal. Não se pode conceber uma culpa grave administrativa que resulte do procedimento de um agente público.

A culpa administrativa grave consiste unicamente numa deficiência do serviço, no seu conjunto, sem que seja materialmente possível imputá-la a um agente em particular.

Poder-se-ia considerar uma solução diferente, se admitíssemos a existência de mais de dois graus na gravidade dos atos culposos que são passíveis de ser cometidos pelos agentes públicos. Entre a culpa simples do agente e a culpa grave constitutiva de uma culpa pessoal se intercalaria a culpa grave, que seria mais grave que a primeira e, entretanto, menos grave que a segunda. Ela constituiria não um culpa pessoal, mas uma culpa administrativa grave.

Contudo esta solução defronta-se com uma séria dificuldade, já invocada (n.º 6): a quase-impossibilidade de se estabelecer, na prática, graduações entre a culpa. Se pudéssemos distinguir — embora muitas vezes com dificuldade — as culpas simples da culpa grave, não seria possível diferenciar a culpa grave da muito grave. Por esta razão, administrativa se opõe à culpa grave pessoal por ser anônima: ela consiste num comportamento anormal do serviço público.

21. *Culpa no funcionamento do serviço* — Frequentemente a culpa administrativa grave é descrita por autores com ajuda de uma apresentação binária que distingue a culpa na organização do serviço da culpa no funcionamento do mesmo. A princípio sedutora, a distinção, no entanto, não é apropriada a esta apresentação.

Auby utiliza, portanto, este método para expor o que seria a culpa grave dos serviços de combate a incêndios (104). Porém, tende a situar algumas culpas dentro de duas categorias, de maneira que a insuficiência de material ou de pessoal destes serviços pode ser analisada, de igual forma, como uma culpa na organização do serviço ou como uma culpa de seu funcionamento (105).

Esta distinção não é apropriada à apresentação da culpa administrativa, grave pois, de maneira distinta dada culpa administrativa simples, a culpa grave consiste sempre num funcionamento deficiente do serviço. A má organização do serviço público não constitui, em si própria, numa culpa grave, não se revestindo de tal qualificação a não ser quando tem como consequência um mau funcionamento do serviço.

Na prática, o mau funcionamento do serviço constitui culpa grave quando se traduz por atraso na intervenção do serviço, por uma carência total deste, ou então por um funcionamento anormal do mesmo. No entanto, o juiz não acolhe, dentro das mesmas medidas, que estas deficiências constituem as culpas graves. Se o funcionamento é tardio, o juiz o qualifica geralmente de culpa grave; a carência total não é, entretanto, constitutiva de uma culpa grave. Além disso, o juiz administrativo parece reticente em reconhecer que a intervenção ineficaz ou desastrosa de um serviço público constitui-se uma culpa administrativa grave e exige, desta forma, a presença de circunstâncias agravantes de fato ou de direito. É necessário, em seguida, que a intervenção, tida como tardia, tenha por objeto garantir a segurança das pessoas ou dos bens.

O funcionamento tardio é elemento constitutivo de uma culpa grave quando é o fato dos serviços de combate ao incêndio. Nesse caso, este atraso pode tanto concernir à chegada aos locais do sinistro dos primeiros elementos de socorro (106), como à busca de reforço, se foram insuficientes os serviços existentes (107). A chegada, ao local do incêndio, do carro dos bombeiros com a escada uma hora após o alarme de incêndio ter sido dado, constitui uma culpa grave (108). É, igualmente, qualificada de culpa grave o início da ação dos meios do combate ao fogo com atraso, mesmo que os bombeiros tenham chegado ao local no horário (109).

Ao contrário, a chegada em seguida ao local e a ação imediata dos meios de combate dos serviços competentes constituem elementos excluídos de qualquer culpa grave (110).

No quadro da responsabilidade incorrida pelos serviços penitenciários, o atraso destes em fazer um detido gravemente ferido ser examinado por um médico especialista constitui numa culpa grave (111). De outro modo, o atraso da administração penitenciária em transferir um detido de um centro de internamento administrativo para um presídio central não é visto como culpa grave (112). É verdade que, neste caso, a integridade física do detento não estava, *a priori*, em causa.

23. *A carência do serviço* — A completa ausência da intervenção de um serviço público não constitui em todos os casos, aos olhos do juiz, numa culpa grave administrativa. Para que haja culpa grave é necessário, primeiramente, que as leis e regulamentos determinem a obrigação da ação ao serviço em questão. Na ausência de qualquer obrigação desta ordem, a omissão não será julgada como falta.

De tal maneira que os serviços encarregados de supervisionar os cursos dos rios não são obrigados a prevenir as populações ribeirinhas contra a iminência de uma inundação. Neste caso, a inércia destes serviços não constitui uma culpa grave (113). Ocorre o mesmo com os serviços do Estado encarregados do controle de certas atividades privadas, especialmente as exercidas pelos agentes de câmbio (114).

Semelhante solução foi adotada pelo Conselho de Estado quando, levados a juízo em consequência da intervenção da autoridade de tutela, os autores da infração à regulamentação econômica foram absolvidos com fundamento na ilegalidade desta regulamentação. O Conselho de Estado havendo, em seguida, constatado a legalidade desta, o que significa que o Comissário não tentará uma nova demanda.

O juiz avalia nesta questão que "nenhuma disposição legislativa ou regulamentar determinava obrigação ao comissário ou ao prefeito de executar novas demandas penais". Esta inércia não constitui, em consequência, uma culpa grave (115).

Quando uma obrigação de agir é atribuída a uma autoridade pública, sua inércia nem sempre constitui uma culpa grave. Uma condição suplementar é exigida para que se equipare a responsabilidade por carência do serviço à responsabilidade por intervenção tardia.

A inércia administrativa constitui uma culpa grave quando acarreta um risco sério e previsível, atentando contra a segurança das pessoas ou dos bens. É assim qualificado de culpa grave o fato de a administração penitenciária não ter tomado nenhuma precaução contra o risco de suicídio de um detido pouco perigoso, que várias vezes tentou pôr fim à vida (116). O fato de um prefeito não ter tomado nenhuma medida de proteção contra fogo em relação a um bosque, desde o momento em que o fogo atingiu o bosque até sua destruição completa (três dias mais tarde), é constitutivo de uma culpa grave (117).

Já, ao contrário, a oposição da autoridade de polícia em aceitar o auxílio da força pública na execução de uma decisão judicial é sempre qualificada de culpa grave, uma vez que não pode ser invocada, em apoio desta decisão, nenhuma ameaça de perturbação da ordem pública (118).

Em outras circunstâncias, a abstenção da Administração somente constitui uma culpa grave se parecer que se trata de uma "carência sistemática": "... o exame das circunstâncias do processo não manifesta, no exercício dos poderes de polícia ou de tutela, a carência sistemática constitutiva de culpas de natureza a vincular a responsabilidade..." (119).

Para as atividades de polícia, constitui uma culpa grave de não haver sido tomadas nem tentadas as medidas necessárias para que seja respeitada a regulamentação, embora as demandas reiteradas do requerente (120). Pelo contrário, só o fato de as legislações municipais de polícia serem respeitadas não prova uma carência sistemática dos serviços de polícia da comunidade e não constitui, desta forma, uma culpa grave (121).

A carência sistemática pode ser definida como o fato de a Administração persistir na sua abstenção, apesar das solicitações de agir em que ela é o objeto. Em matéria de atividades de controle exercidas pelo Estado há carência sistemática e, portanto, culpa grave quando os serviços de controle, após destacarem graves irregularidades, negligenciaram em verificar se havia sido posto fim a estas irregularidades. Para a Comissão de Controle de Bancos, constitui uma culpa grave o seguinte fato: "... informado destas irregularidades, a Comissão que, embora já tenha sido anteriormente requerida a endereçar três avisos ao estabelecimento pela falta de pagamento, limitou-se a enviar-lhe, em 27 de julho de 1955, um "último aviso de vencimento" sem tomar nenhuma providência para garantir que este tivesse eficácia, nem prescrever nenhuma medida de controle complementar antes de 10 de agosto de 1956, data em que o estabelecimento cessou o pagamento (122). Ao contrário, não há culpa grave se a Comissão não exercer mais nenhum controle sobre um estabelecimento, após uma inspeção haver revelado a existência de irregularidades leves que não comprometam sua situação (123). Há culpa porque o controle não fora mais que mediocrementemente tranquilizador: uma vigilância deve se impor. Mas esta abstenção de falta não constitui uma culpa grave propensa a vincular a responsabilidade da Administração.

24. *O funcionamento anormal do serviço* — A culpa administrativa prejudicial consiste, pois, não no atraso ocasionado na intervenção do serviço ou na carência desse, mas no próprio funcionamento que se mostra anormal, ou seja, em desconformidade com as "leis trabalhistas". Ela é constituído não unicamente por normas inscritas em leis e regulamentos, mas também pelo conjunto das regras de conduta resultantes da prática do serviço, e consideradas pelo juiz como constituintes da "diligência média" (124) que devemos esperar de uma Administração moderna.

Na verdade, deparamos-nos aqui com uma particularidade, a dificuldade já evocada que se choça com a tentativa de definição de culpa administrativa grave. Resultante de uma ação anormalmente dirigida pelo serviço, em consideração ao correto funcionamento do mesmo, a culpa administrativa

grave tem variada sua estrutura, segundo os serviços em causa. Ela segue a natureza da atividade considerada e manifesta-se distintamente dependente do serviço em questão. Mas melhor que enumerar as diversas culpas graves de que podem se tornar culpados os múltiplos serviços públicos, nos parece mais instrutivo determinar a natureza da culpa grave característica de cada serviço.

Não visaremos, nesta pesquisa, às culpas graves que podem eventualmente cometer os serviços fiscais e o serviço dos Correios e Telecomunicações. A severidade particular do juiz administrativo em admitir a culpa grave destes serviços e a raridade com que — em decorrência — as sentenças vinculam sua responsabilidade neste fato, retira toda a utilidade desta análise no quadro de uma teoria geral da culpa grave (125). Os serviços públicos encarregados de atividades de controle, além da tutela administrativa propriamente dita, serão descartados deste estudo, pois os atos culposos graves cometidos nesta esfera resultam essencialmente da carência destes serviços (126).

No que concerne aos serviços encarregados da tutela administrativa das pessoas públicas descentralizadas, suas intervenções podem constituir culpas graves. Mas o juiz administrativo utiliza-se de um conceito restritivo. A responsabilidade dos serviços de tutela somente é vinculada se eles cometerem uma ilegalidade (127). A noção de culpa administrativa grave é assemelhada ao procedimento contrário às leis ou aos regulamentos. O funcionamento anormal do serviço que não pode ser analisado como uma ilegalidade não constituirá uma culpa grave (128). Esta concepção pode ser explicada pela própria natureza da atividade de tutela, que compreende, necessariamente, "uma margem considerável de competência discricionária" (129). Este caráter, reuando além das fronteiras da legalidade, reduz na mesma proporção a noção de culpa administrativa grave. É raro, por conseguinte, que uma culpa grave seja estabelecida contrariamente aos serviços de tutela. Intervindo materialmente para assegurar a manutenção da ordem pública, as forças de polícia podem tornar-se responsáveis por culpas graves, que são atos de violência gratuita comumente cometidos. Geralmente, ligada a este tipo de operações, a violência manifesta um funcionamento irregular do serviço quando não é exigida para a manutenção da ordem. Sendo esta desnecessária, constitui uma culpa grave do serviço que a utilizar.

De uma forma geral, pode ser verdade que a operação tenha visado à manutenção da ordem num local público (130), ou que tenha sido interventora, numa situação especial, da repressão de uma rebelião dentro de uma prisão, por exemplo (131).

Bem característica ainda, é a estrutura do ato culposo grave cometido pelos serviços de combate ao incêndio, pois, no quadro das atividades anteriormente referidas, a culpa grave resultaria de um procedimento único. As culpas administrativas graves atribuídas aos serviços de combate ao incêndio são constituídas por uma sucessão ou um acúmulo de erros ou imperícias. A qualificação de culpa grave estipulada pelo juiz é resultante, portanto, muito mais da multiplicidade das culpas do que da gravidade em si de cada erro cometido. Serão mencionadas, portanto, com frequência, em sentenças, a insuficiência do material, os erros da direção de pessoal e a ausência de enquadramento (132). Em outros casos, são trazidos à luz o erro de avaliação cometido pelo responsável pelas operações, a insuficiência de meios de combate e de alimentação d'água (133).

Todos estes atos culposos graves, efetuados no funcionamento do serviço, apresentam um traço comum: são culpas anônimas, que não poderíamos atribuir a nenhum agente público em particular. Este caráter geral das culpas administrativas graves não se encontra no ato culposo grave cometido no quadro dos serviços hospitalares e de saúde.

25. A — *Uma culpa personalizada*: a culpa dos serviços hospitalares. — Em princípio, a responsabilidade dos serviços públicos hospitalares e de saúde pode ser vinculada no terreno da culpa administrativa simples. Quando o ato lesivo é constituído por um ato de tratamento ou resulta da má organização do serviço público, a prova de uma culpa é suficiente para implicar a responsabilidade deste. O juiz administrativo somente exigirá a prova de uma culpa administrativa grave no caso em que um ato médico for a origem do dano.

Ora, a definição que dá a jurisprudência de atividade médica, que somente pode ser realizada por um médico ou sob sua supervisão direta e responsabilidade, implica que seja um ato determinado efetuado por um médico, individualmente ou sob sua supervisão (131). Se este ato é caracterizado como culpa, esta poderá ser materialmente atribuída a um funcionário do serviço. Não será, pois, uma culpa anônima. Tal afirmação é verificada se examinamos a natureza das culpas que o juiz qualifica de graves. Quanto à matéria, ela não é isenta de conseqüências.

25 B. *A natureza das culpas médicas graves* — Se seguirmos a ordem cronológica da intervenção de um médico em relação ao doente o primeiro ato médico em relação ao doente é o diagnóstico. Porém o médico pode dar origem a um ato lesivo ao recusar-se a atender ao doente, por não querer se deslocar quando chamado.

O juiz entende imediatamente que, quando o médico pertencente ao quadro médico hospitalar e se recusa a se movimentar, ele comete um ato culposo, que é imputado ao funcionamento do serviço em seu conjunto. Não se trata de um "fato médico" e, por conseguinte, o caráter simplesmente de falta deste ato implica a responsabilidade do estabelecimento (135).

Quando o médico examinou o doente, a primeira culpa profissional que pode ter cometido e o erro do diagnóstico. Esta culpa pode trazer sérias conseqüências ao doente, porque o tratamento é prescrito a partir do diagnóstico. É ela uma culpa grave?

Podemos afirmar que o juiz administrativo considera — e isto desde longa data — que o erro do diagnóstico não constitui em si mesmo uma culpa administrativa grave (136). Este princípio é amplamente confirmado pela jurisprudência recente.

Um médico examina um paciente que deu entrada no hospital com problemas mentais. Calcula, considerando o estado e o comportamento do paciente, que o risco de suicídio está afastado e não prescreve nenhuma vigilância particular. O paciente põe fim a sua vida algumas horas mais tarde. O erro de apreciação é flagrante, mesmo que ele tenha se constituído mais numa falha de prognóstico do que de diagnóstico. Não há, portanto, culpa grave de natureza a vincular a responsabilidade do hospital. Isto, mesmo se o paciente já houvesse tentado duas vezes contra a vida (137) ou se o médico fosse quem tratava o doente anteriormente (138).

Um outro exemplo é o ato culposo cometido por médico radiologista que não tenha encontrado nenhuma fratura da coluna vertebral, na radiografia, mesmo que o acidentado tenha sofrido várias fraturas deste tipo. Não há culpa grave (139).

O atraso em estabelecer o diagnóstico não se constitui culpa grave do médico, contanto que este atraso não possa ser analisado como uma recusa da assistência médica. O fato, por exemplo, de um médico, após ter recebido um doente em seu serviço, colocá-lo em observação durante várias horas antes de dar seu diagnóstico não é qualificado de culpa grave, se os exames forem feitos durante este espaço de tempo. Na verdade, aquilo que o juiz condena parece ser o diagnóstico prematuro e dado às pressas e não o erro no diagnóstico propriamente dito (141). O erro no diagnóstico é, às vezes, qualificado de culpa grave pelo juiz. Dentre todos os casos, este último salienta que o diagnóstico não foi precedido de exames necessários, exigidos pela medicina. Antes de chegar a um diagnóstico, o médico deve realizar os exames necessários a uma boa análise do estado do paciente. Se o médico os realizou conforme é demandado, o erro no diagnóstico cometido não constitui uma culpa grave (142). Pelo contrário, a não realização destes exames faz do erro de diagnóstico uma culpa administrativa grave que vincula a responsabilidade do estabelecimento. O juiz se apoia, portanto, nas obrigações que o Código de Deontologia Médica põe ao encargo dos praticantes. O desconhecimento destas obrigações é que conduz ao erro, e constitui-se numa culpa grave. É, portanto, difícil dizer se é o erro do diagnóstico ou o não respeito ao Código de Deontologia que constitui a culpa sancionada.

Considere-se que, em seguida a um acidente de trânsito, um paciente seja internado no serviço de emergência de um hospital. Tratado de ferimentos superficiais na face, pelo atendente de plantão, é mandado para casa como embriagado, "apesar das solicitações dos amigos acorridas junto a ele". Hospitalizado novamente, no dia seguinte este paciente morre subitamente de fratura no crânio. O Conselho de Estado ressalta a existência de uma culpa administrativa grave, porque o atendente de plantão, diante dos sintomas que o paciente apresentava, não adotou os métodos científicos mais apropriados, como impõe o artigo 29 do Código de Deontologia, se os sintomas não mostravam sinais de um traumatismo craniano... (143).

Um ato culposo médico pode ainda ser cometido na prescrição do tratamento, que, realizado logo após o diagnóstico, deve normalmente conduzir à cura.

A determinação do tratamento a ser aplicado constitui um ato médico, e somente o ato culposo cometido nesta ocasião possibilita a aplicação da responsabilidade do hospital. Não há culpa grave quando o tratamento médico escolhido corresponde a uma terapia clássica, geralmente adaptada à doença em tratamento (144). Neste caso, a culpa grave consiste principalmente na inércia do atendente que se omite de agir ou de prescrever um tratamento considerado pela ciência médica como indispensável no caso tratado. A título de ilustração, comete um ato culposo o residente que, em presença de uma senhora que tenha ingerido significativa quantidade de um produto tóxico, não proceda rapidamente a uma operação adequada para expulsar este produto e não a coloque sob vigilância médica (145).

É igualmente constitutivo de uma culpa grave o fato de um médico não advertir o seu paciente sobre os riscos na escolha de certo tratamento, quando estes riscos excedem ao que encobre toda a terapia (146).

A aplicação ou o emprego do tratamento médico pode, igualmente, ser fonte de culpas médicas graves. Convém lembrar que, nesta circunstância, a culpa grave só será então exigida pelo juiz se

estivermos em presença de um ato médico e não de um ato de tratamento. A distinção toma seu completo valor quando o dano resulta da aplicação do tratamento prescrito por um médico. Este comporta os atos médicos e de tratamento (147).

Constitui culpa grave o fato de um médico não seguir o tratamento prescrito pelo médico responsável pelo serviço, quando nenhuma urgência impunha esta modificação e quando este tratamento apresentava riscos mais graves que o tratamento anterior (148). A falha na vigilância médica é semelhantermente constitutiva de uma culpa grave quando esta vigilância era indispensável, considerando-se a natureza do mal tratado (149) ou aquela do tratamento utilizado (150).

Os mesmos princípios são aplicados pelo juiz quando o tratamento consiste numa intervenção cirúrgica. Não haverá culpa grave quando, antes da operação, o cirurgião tomou todas as precauções necessárias e realizou os exames indispensáveis para este tipo de intervenção (151). Ao contrário, a omissão de um ato previamente julgado indispensável pela medicina constitui culpa grave que vincula a responsabilidade do serviço hospitalar (152).

Quanto à maneira como é realizada a intervenção cirúrgica, o juiz avalia que não há culpa grave, mesmo que ela não seja bem sucedida, uma vez que tenha sido realizada "dentro dos padrões da arte de operar" (153).

Entretanto, constitui, na maioria dos casos, uma culpa administrativa grave o fato de um cirurgião esquecer dentro do corpo do paciente objetos diversos, tais como: compressas, agulhas, agulhas cirúrgicas... (154). Este tipo de esquecimento só seria escusável no caso de uma intervenção que apresentasse "dificuldades particulares" ou que fosse realizada em "circunstâncias excepcionais" (154).

25 C — *Conseqüências da natureza específica da culpa administrativa grave na área médica* — Apesar da sua diversidade, as culpas qualificadas pelo juiz, no quadro do serviço público hospitalar, de culpas administrativas graves apresentam uma característica comum e fundamental: são cometidas por um médico determinado ou sob sua supervisão. Não nos encontramos em presença de uma culpa materialmente anônima, imputável ao serviço no seu conjunto. A ação lesiva culposa poderia, nos casos analisados, ser imputada a um médico em particular e que é funcionário do quadro.

Um exame mais aprofundado põe em evidência um outro traço comum a toda essas culpas graves. Consistem geralmente em ações culposas técnicas do médico, que não respeitou as regras tradicionais e elementares de sua profissão. Ele cometeu um ato culposo profissional grosseiro: omissão de um ato ou de uma precaução fundamental e indispensável; desconhecimento inescusável de uma obrigação inscrita no Código de Deontologia Médica.

A culpa que o juiz administrativo qualificou de culpa grave e que vincula a responsabilidade do serviço hospitalar é bem semelhante à culpa pessoal, constituída pela culpa profissional grave. Por ela ser, ao mesmo tempo, uma culpa grave e personalizada, quase não se distingue da culpa pessoal do médico, cometida no exercício de suas funções. Pode-se mesmo conceber que, por sua natureza, a culpa administrativa grave na atividade médica nada mais é do que uma culpa pessoal e não administrativa.

Compreendemos então o porquê da raridade das faltas pessoais, que dão à vítima o direito de postular frente aos tribunais a responsabilidade do praticante (155). De fato, somente a culpa intencional do médico ou o ato culposo cometido fora do exercício das funções constituiriam uma culpa pessoal por sua estrutura. A culpa administrativa grave absorveu, na matéria, a culpa pessoal dos médicos e cirurgiões.

Desta forma, explica-se a tentativa empreendida pela Suprema Corte em procurar salvaguardar a culpa pessoal dos médicos de hospital e a competência dos tribunais em decidir que seria culpa pessoal toda infração do médico em seus deveres para com a medicina. A reação das jurisdições administrativas e do "Tribunal des Conflicts", que pôs fim, em 1957 (156), a esta jurisprudência, marcou o desaparecimento da culpa pessoal profissional dos médicos que exerciam serviços públicos hospitalares e a preminência em matéria de juizes da ordem administrativa grave somente pode guardar sua especificidade sem invadir a noção de culpa pessoal, sendo considerada com uma culpa anônima ocorrida no funcionamento do serviço público. É também uma culpa qualificada.

B. Uma culpa qualificada

26. A culpa grave distingue-se essencialmente da culpa simples pelo seu grau de gravidade. A culpa grave é uma culpa administrativa, que as circunstâncias de fato e de direito, nas quais sobreveio, induzem a considerar inescusável. Ela deve, em todas as hipóteses, seja qual for o serviço no quadro do qual foi produzida, vincular a responsabilidade da pessoa pública titular do serviço. Esta gravidade resulta do procedimento em falta propriamente dita, e, porque consiste num procedimento

particularmente repreensível, a culpa administrativa grave não pode ser presumida. Ela deve ser provada. Este princípio, entretanto, conhece exceções, principalmente em matéria de responsabilidade dos serviços públicos hospitalares no que se refere a atos médicos prejudiciais. Igual consideração é feita quanto a não se poder fundamentar, para qualificar de grave a culpa administrativa, na gravidade das conseqüências lesivas que resultaram de sua existência. Admitir uma ligação jurídica entre a importância do prejuízo e a gravidade da culpa conduziria a um sistema próximo da presunção da culpa.

Em certos casos, entretanto, presume-se que o juiz equipara o grau de gravidade do prejuízo com o grau de gravidade da culpa. As condições de vinculação da responsabilidade pública quanto aos serviços de combate ao incêndio podem ilustrar esta situação.

27. *Culpa grave e presunção de culpa* — É exclusivamente em matéria de responsabilidade dos serviços públicos hospitalares que o juiz, nos dias de hoje, tem muitas vezes recorrido ao procedimento da presunção da culpa. Ele a utiliza, em primeiro lugar, nas situações onde a culpa, que pode vincular a responsabilidade do serviço, é uma culpa simples. Ele se expressa, pois, de maneira: "... nestas circunstâncias, a infecção da qual a jovem Dejeus foi vítima... revela um funcionamento defeituoso do serviço de natureza a vincular a responsabilidade da administração" (157).

Nas sentenças, o emprego pelo juiz da técnica da presunção de culpa se manifesta pela aproximação, dentro de uma só frase, de dois elementos: o prejuízo e a culpa, o primeiro revelando a segunda. Aos olhos do juiz, em certas ocasiões, a natureza ou a gravidade do prejuízo sofrido manifesta a presença de um ato culposo cometido.

Empregada geralmente nas situações de exigência de uma culpa simples, é raro que a presunção seja utilizada quando o juiz impõe a prova de uma culpa grave. Uma sentença pode, entretanto, ser com esta interpretação: C.E., 12 de novembro de 1969, Fergani (esta revista, 1970, 461). Ele retoma a fórmula corrente em matéria de presunção: "... este acidente revela, dentro das circunstâncias do caso, uma culpa grave de natureza a vincular a responsabilidade da Administração".

O campo de aplicação da presunção da culpa fica muito restrito. Seu uso foi durante anos assunto "de responsabilidade do Estado no que se referia aos danos causados pelas vacinações obrigatórias" (158). A lei de 1º de julho de 1964, que instituiu na matéria uma responsabilidade sem culpa do Estado, uma vez que se realiza a vacinação num "centre agréé"², limitou a possibilidade da presunção. Ela foi utilizada, entretanto, quando a vacinação obrigatória teve lugar fora de um "center agréé", num estabelecimento que faz parte do serviço público de vacinação obrigatória" (159).

A lei n° 75-401, de 26 de maio de 1975, que modifica o artigo 1.10.1 do Código de Saúde Pública, torna, hoje em dia, sem efeito a jurisprudência sobre a presunção da culpa em matéria de vacinações obrigatórias. Este texto suprime a condição imposta até aqui da obrigação do Estado de reparar, independentemente de culpa, e de acordo com a condição de que a vacinação deveria ter sido feita num "centre agréé". De hoje em diante, todo o dano atribuído a uma vacinação obrigatória vincula a responsabilidade do Estado, sem culpa, seja qual for o local onde ela tenha sido efetuada (160).

Em segundo lugar, freqüentemente as sentenças citadas com aquelas que apelam para a presunção de culpa não se referem claramente a esta noção. São, portanto, as sentenças que cita Fournier em suas conclusões sobre o processo Rouzet (161). Nos casos que deram lugar a tais decisões, as culpas eram estabelecidas e não presumidas (162). Em outras decisões, a formulação utilizada pode levar-nos a pensar *a priori* que o juiz estabeleceu a existência de culpa. Quando o juiz indica que "as condições em que ocorreu a hospitalização revelam dentro do serviço público hospitalar uma culpa..." ele não presume a culpa, mas qualifica os procedimentos do serviço (163). Não é, pois, o prejuízo sofrido que evidencia a culpa, mas as condições da hospitalização que, mais que revelar, constituem a culpa.

Uma outra limitação reduz o campo de aplicação da presunção. Conforme Fournier (164), este procedimento só seria utilizado quando os socorros prestados fossem responsáveis por uma nova infecção, distinta da que motivou a procura do serviço hospitalar. Ocorre principalmente quando, socorrido por uma fratura na perna esquerda, o paciente exige reparação da lesão que lhe foi causada à fratura da fíbula esquerda em conseqüência de um enxerto realizado pelo serviço hospitalar (165).

Podemos acrescentar que o juiz recorreu, igualmente, à presunção de culpa, uma vez que existe uma desproporção evidente entre a gravidade do prejuízo sofrido e o caráter insignificante e rápido da intervenção que é a sua causa (166).

Ao finalizar o processo do Centro Hospitalar Sainte-Marthe d'Avignon (C.E., 25 de janeiro de 1974), a Senhora Questiaux propõe à jurisdição superior estender esta jurisprudência aos casos em que fosse difícil identificar o ato que realmente deu origem ao enfraquecimento do serviço. Em seu parecer, o Conselho de Estado recusou, com justa razão, proceder a tal procedimento (167).

Parece, ao contrário, ter decidido abandonar, nos casos em que é exigida a prova de uma culpa grave, o procedimento da presunção de culpa. É o significado que se deve dar, considerando uma re-

cente sentença, segundo a qual, "a importância dos prejuízos sofridos não revela, em si própria, a existência de uma culpa grave" (168).

Este argumento, em forma de princípio, parece corresponder à natureza própria da culpa administrativa grave. É uma culpa qualificada: ela consiste num funcionamento defeituoso do serviço público, que os fatos particulares tornam inadmissíveis. Ora, se podemos presumir que a ocorrência de um dano relevante só foi possível devido a um mau funcionamento do serviço, não é coerente a presunção de que esta culpa seja grave. Em outros termos, se a existência de dano presume a culpa administrativa, a gravidade do prejuízo não pode presumir a culpa administrativa grave.

28. *Culpa grave e gravidade do prejuízo* — De maneira geral, a culpa administrativa grave é avaliada por si própria. A gravidade ou, ao contrário, a ausência de gravidade do dano não tem incidência sobre o grau de gravidade da falta.

Ao termos certos autores, chegamos a crer que existe, pelo menos, uma exceção a este princípio. Para vincular a responsabilidade dos serviços de combate ao incêndio, o juiz, além da prova de uma culpa, exige haja comprovação de que esta culpa é a origem do agravamento do dano. A culpa administrativa grave desta categoria de serviço público seria desde então constituída de dois elementos: um, encarando o fato lesivo, o caráter de falta deste procedimento, o outro, resultante do dano, o caráter grave deste.

Esta atitude é adotada principalmente por Auby (169): "a culpa grave é aquela que agravou as conseqüências do sinistro em relação ao que elas teriam sido se o serviço público houvesse funcionado corretamente. Em outros termos, a culpa grave do serviço público de combate ao incêndio possui dois elementos, de um lado, ela supõe as situações constitutivas de uma culpa simples: má organização, mau funcionamento, etc., dos serviços públicos; por outro lado, a deficiência do serviço reveste-se de um caráter de gravidade em função das conseqüências que ocasiona, a culpa será considerada como grave" (170).

Nesta definição, o caráter de gravidade da culpa administrativa não advém das circunstâncias nas quais foi cometida, resulta da gravidade das conseqüências prejudiciais da culpa. Em si próprio, o ato do serviço é constitutivo de uma culpa simples; porém, porque ela agravou o prejuízo, esta culpa simples torna-se uma culpa grave. É, portanto, a gravidade do dano que, de acordo com esta análise, seria constitutiva da culpa administrativa grave.

Esclarecemos que nesta apresentação não recorremos à técnica da presunção de culpa. Se a culpa existe, ela deve ser estabelecida: aí deve haver ou má organização, ou mau funcionamento do serviço. A gravidade do prejuízo não "evidencia" a culpa grave, ela é um elemento constitutivo desta.

De fato, nota-se que, nas decisões que reconhecem a responsabilidade dos serviços de combate ao incêndio, o juiz salienta com freqüência que "os danos resultantes do sinistro foram agravados pelos atos culposos graves dos serviços de combate ao incêndio..." (171). Quando esta menção não figura expressamente na sentença, encontra-se ali implícita.

Quando o Conselho de Estado recusa aplicar a responsabilidade do serviço, o motivo que ele alega é o de que os atos culposos cometidos agravaram os danos sofridos pelo requerente. É o caso no qual, em virtude da violência e da rapidez do sinistro, a destruição total das edificações só poderia ter sido evitada pela intervenção imediata dos meios de combate ao incêndio superiores àqueles que a autoridade municipal poderia providenciar" (172).

Os atos culposos cometidos pelo serviço não constituem, pois, as culpas de natureza a vincular a responsabilidade deste, uma vez que não puderam, fosse qual fosse a sua importância, agravar o prejuízo.

Isto ocorre quando o atraso em alertar os serviços de combate ao fogo é tal que a destruição das construções possa ser evitada mesmo pela intervenção imediata de todos os meios disponíveis (173).

Esta interpretação da jurisprudência, que torna o agravamento do dano um elemento constitutivo, é criticável. Ela é, em primeiro lugar, contrária à natureza da noção da culpa administrativa grave, que deve ser avaliada isoladamente e não em função das conseqüências lesivas que ela traz. Ela parece, em seguida, ignorar um elemento fundamental da teoria da responsabilidade: a causalidade. Uma pessoa somente é responsável por um dano, é assim obrigada a repará-lo, se for estabelecido que existe entre o fato desta pessoa e o dano um elo de causalidade.

Ora, em matéria de combate ao incêndio, o fato prejudicial é o que se encontra na origem do incêndio. Conhecido, ou não, o autor deste ato é responsável unicamente pelo dano causado. O serviço de combate ao incêndio não é responsável pela superveniência do sinistro, pois não lhe deu origem. Os danos resultantes deste incêndio não lhe podem ser imputados.

Somente podem pesar sobre os serviços de combate os danos resultantes de seus atos, ou seja, uma nova ocorrência de incêndio por falta de vigilância, ou mesmo um alastramento anormal do sinistro (175). Os danos causados por estes atos, conseqüentemente, são imputáveis ao serviço de com-

bate, porque distinguem-se dos normalmente causados pelo incêndio. Neste sentido, o agravamento dos prejuízos é uma condição necessária à vinculação dos serviços de combate ao incêndio. Não porque seria um elemento constitutivo da culpa administrativa grave, mas porque manifesta a existência de um prejuízo imputável à atividade deste serviço.

Esta interpretação da jurisprudência nos parece a única correta. Baseia-se num elemento essencial da responsabilidade, que é a existência de uma relação de causalidade entre o dano e o fato da pessoa a quem a reparação é requerida. Além do mais, ela nos parece reforçada pelo modelo usado pelo juiz numa sentença recente. Ao invés de evidenciar que os danos resultantes do sinistro foram agravados pelo atraso dos serviços de combate ao incêndio, em intervir eficazmente, o juiz nota que "este atraso constituía a causa fundamental do alastramento tomado por este sinistro". Ele deduz que a responsabilidade da Administração está vinculada.

Esta análise diz respeito, enfim, à própria natureza da noção de culpa administrativa grave, cuja qualificação não depende da importância dos danos que ela produz.

29. *CONCLUSÃO* — De forma negativa, a exigência de uma culpa administrativa grave significa que todo o ato culposos cometido pela Administração não vincula sua responsabilidade. Certos procedimentos com caráter de falta são escusados pelo juiz; certas vítimas das culpas administrativas não são indenizadas pelo prejuízo que elas sofrem. Nos casos em que uma indenização é *a priori* possível, a situação da vítima é, todavia, insatisfatória. Ela deve estabelecer, por um lado, que o serviço público não funcionou de maneira normal, naquilo que causou o dano e, por outro lado, que esta deficiência é grave e inadmissível.

O requerente deve provar a existência desta culpa grave. O juiz, aqui, não pode usar os precedentes que facilitam a comprovação do ato culposos cometido, comprovação que pese sobre o demandante. A presunção de culpa, que resulta numa inversão da carga da prova, não é admitida. É, além do mais, inútil à vítima valorizar a importância do prejuízo sofrido, ela não é suficiente para provar a gravidade do ato danoso culposos.

Esta situação ocasionada à vítima, por certos atos administrativos de caráter culposos, é somente admissível se um interesse superior, o interesse geral, o ordene. A justificativa tradicional e já apresentada baseia-se na concepção de que certas atividades públicas apresentam dificuldades específicas no seu exercício. Para que não haja necessidade de paralisar, é necessário que todo o ato culposos eventualmente cometido não seja suscetível de vincular a responsabilidade da Administração.

Sendo, pois, admissível, esta justificação deve constituir o limite do campo de aplicação da noção de culpa grave. Só as atividades administrativas com alto grau de dificuldade podem se beneficiar desta atenuante responsabilidade. Ora, o juiz administrativo sustenta que se prove uma culpa grave em benefício de serviços, não de atividades, onde a idéia precedente a justifica com muita dificuldade. É o caso, em especial, das atividades danosas do serviço fiscal. A própria teoria da culpa administrativa grave impõe o desaparecimento desta aplicação imprópria da noção analisada. Nada, na verdade, senão a concepção prescrita de irresponsabilidade dos serviços de quase-supremacia, justifica a posição do juiz.

Uma segunda consideração deveria inspirar a jurisprudência na apreciação da situação das vítimas. A teoria da culpa administrativa grave não deve resultar na irresponsabilidade da Administração, pois ela não seria mais que o reflexo de uma época passada. O juiz não deve ter uma concepção demasiadamente restritiva de culpa grave. É seguramente o ponto mais delicado da noção. Diz respeito à sua própria definição e volta a determinar o critério da culpa grave. A partir de que grau de gravidade passa a culpa simples a ser culpa grave? Atualmente, já tentamos reunir alguns elementos que consultamos na jurisprudência para darmos a resposta. Para a posteridade, espera-se que o juiz leve em consideração não somente o interesse da Administração, afastado do interesse geral, que acarreta elevação do grau de gravidade da culpa, mas também da situação das vítimas, o que evitaria que a culpa grave se tornasse uma culpa manifesta e de particular gravidade. Devido ao desaparecimento desta última nas sentenças modernas, era preciso que somente em certos serviços a mudança de denominação não correspondesse a uma troca de exigência.

NOTAS DO AUTOR

- (1) São descartadas voluntariamente da discussão as hipóteses de acúmulo de responsabilidades, em que o fato pessoal do agente público pode, em certas condições, só ou conjuntamente com um fato de serviço, comprometer a pessoa pública que o emprega.
- (2) As situações em que a responsabilidade da Administração é vinculada sem que seja necessário a prova da existência de culpa, embora numerosas hoje em dia, continuam a ser consideradas exceção. Na falta de textos legislativos ou de práticas jurisprudenciais que admitam a responsabilidade administrativa sem falta, a responsabilidade das pessoas públicas reside numa responsabilidade por ato culposo.
- (3) Gérard Cornu, *Étude comparée de la responsabilité en droit privé et en droit public*, Thèse, Paris 1951.
- (4) Op. cit., p. 192 e s.
- (5) G. Vedel, *Droit administratif*, Thémis, 5ª ed., 1973, p. 351 a 360.
- (6) *Ibid.*, p. 365.
- (7) J. Rivoire, *Droit administratif*, Dalloz, 6ª ed., 1973, p. 265, nº 285.
- (8) Ch. Debbsch, *Droit administratif*, Cujas, 1968, p. 327.
- (9) F. P. Benoît, *Le Droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 709, nº 1.200.
- (10) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et droit public*, 8ª ed., 1974, p. 499.
- (11) *Traité de la Responsabilité Civile*, 1957, tomo I, p. 499 a 500.
- (12) P. Duez, *La Responsabilité de Puissance Publique*, Dalloz, 1938.
- (13) Para certos autores (R. Chapuis, *Responsabilité publique et responsabilité privé*, L.G.D.J., nº 69 e 51) a responsabilidade da pessoa pública que emprega o agente se analisaria como um caso de responsabilidade do mandante pelos seus encarregados, isto como é disposto no artigo 1384, alínea 5, do Código Civil.
- E, segundo nosso ponto de vista, desconhecer a originalidade da responsabilidade administrativa. Ela é fundamentalmente uma responsabilidade direta, não uma responsabilidade por (ato de terceiro). A responsabilidade da Administração é imediatamente vinculada pelo fato lesivo do agente, sem que o requerente o tenha comprometido.
- Em Direito Civil, a responsabilidade recai, em primeiro lugar, sobre o encarregado do serviço. É preciso que tenha agido culpavelmente (V. G. Cornu, op. cit., p. 461). Ao contrário, não é necessário que o infrator tenha agido culposamente: pesa sobre ele uma presunção irrecusável de culpa: "culpa in omittendo" (culpa de vigilância). Há dualidade de responsabilidades: a do infrator é secundária. É por esta razão que o infrator dispõe de uma ação contra o preposto.
- Em Direito Administrativo, a responsabilidade do agente não aparece. A pessoa jurídica é responsável diretamente; o agente faz parte do serviço. A pessoa pública não dispõe de nenhuma ação de regresso contra o agente que cometeu um ato culposos de serviço. (C.E., 28 de julho de 1951, Laruelle, D., 1951-1080, nota Nguyen Do, J.C.P., 1951, 6532, nota J.J.R., esta revista 1951-080) nota Waline: S., 1952, III, 25, nota Mathiot; S., 1953, III, 5, nota Meurissel.
- (14) Cf. A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tomo I, 6ª, 1973, nº 1230.
- (15) Mazeaud e Tunc, op. cit., nº 409.
- (16) Ver sobre o sentido deste termo: Mazeaud e Tunc, *ibid.*, nº 390.
- (17) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, 1912.
- (18) J. Moreau, *Jcl. adm.*, fasc. 700, nº 50. Certos autores denotam ausência de referência moral (J. Moreau, op. cit., nº 59). Porém a culpa moral tem uma noção distinta da culpa civil.
- (20) Esta concepção objetiva de culpa administrativa conduziu certos autores de Direito Civil a pensar que ela não era uma verdadeira culpa: não podiam conceber uma culpa sem consciência. Da mesma forma, para Gérard Cornu, "é ainda tempo de se mostrar que a culpa do serviço público" nada mais é do que um produto degradado e alterado da noção pura de culpa e de outras noções mais apropriadas ao direito público, que servem para melhor explicar a responsabilidade direta da coletividade pública" (op. cit., 168).
- (21) F. P. Benoît, op. cit., nº 1250.
- (22) Hauriou, op. cit., p. 499.
- (23) J. Lemasurier, nota abaixo de C.E., 21 de dezembro de 1962 Husson-Chiffre (D., 1963, J., 638). Outros autores, seguindo o Professor Appleton (D., 1929, III, 1), evidenciam somente a existência, em jurisprudência, de três categorias de culpas: simples, grave, e culpa manifesta e de uma particular gravidade. (F. P. Benoît e J. Moreau, *Jcl. Adm.*, 790, nº 52 a 54; G. Vedel, op. cit., p. 367). É verdade que a noção de culpa assimilável ao dolo somente se encontra nas sentenças antigas (citadas por Lemasurier).
- (24) G. Cornu, op. cit., p. 231.
- (25) Os últimos serviços, aos quais o juiz deixou de exigir uma culpa "de particular gravidade", foram os hospitais psiquiátricos, e 1961 (C.E. (10 de novembro de 1961); Eveillard, Rec. 639, os serviços fiscais, em 1962 (C.E. 21 de dezembro de 1962 Husson-Chiffre, pré-citado) e os serviços de Correios e Telecomunicações, em 1965 (para esses últimos, cf. infra, nº 18 e as sentenças tadas especialmente: C.E., 26 de março de 1965, Société "L'habitation" Rec., 210).
- (26) C. Bréchon-Mouléens, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, L.G.D.J., 1974, p. 119.
- (27) *Ibid.*, p. 120.
- (28) *Ibid.*, loc.
- (28 bis) AUBY, *La responsabilité de l'État en matière de justice judiciaire* (A.J.D.A., 1973, p. 4) (M. Lombard, *La responsabilité de l'État de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972* (esta revista).
- (29) Ch. Debbsch, *Droit Administratif*, Cujas 1968, p. 329-30.
- (30) *Ibid.*, loc.
- (31) Waline, *Précis de Droit Administratif*, L.J. Montchrestien, 1969, nº 1061.
- (32) *Ibid.*, nº 1062 a 1069.
- (33) Cf. infra, nº 15.
- (34) Cf. infra, id., loc.
- (35) Sobre definição (esta expressão, cf. infra, nº 12).
- (36) Ver, por exemplo: C.E., 30 de outubro de 1974, époux Tazé (Rec. 526, A.J.D.A., 1975, 258).
- (37) C.E., 1º de março de 1974, Mourat (Rec., 161, esta revista, 1974, 1857).
- (38) C.E., Sect., 28 de junho de 1963, Rapst (Rec. 411). Decisão confirmada pela seguinte: C.E., 13 de junho de 1964, de Aul (Rec., 389, esta revista, 1965, 84, nota Waline).
- (39) C.E., 20 de junho de 1973, Commune de Chateaufort-sur-Loire (Rec., 428; esta revista, 1973, 1974).
- (40) C.E. 14 de lev. de 1973, Association diocésaine d'Agén (Rec., 141, esta revista, 1973-1976) "... a responsabilidade dos serviços públicos encarregados do controle da atividade de agentes de câmbio não poderia ser vinculada com vistas aos clientes fidedignos dos agentes, a não ser no caso de ser estabelecido que estes serviços tenham cometido um ato culposos grave.

- (41) Op. cit., p. 331.
- (42) Op. cit., p. 561, nº 1069.
- (43) G. Vedel, op. cit., p. 367.
- (44) A. de Laubadère, op. cit., p. 367.
- (45) Cf. supra, nº 4.
- (46) M. Waline, op. cit., nº 1082.
- (47) C.E., 26 de dezembro de 1945, *Société Sapvin* (Rec., 271) (... interpretação... não constitui, da parte da administração das aduanas, com relação às circunstâncias de tempo e lugar, uma culpa visando a vincular a responsabilidade do Estado". C.E., Sect. 24 de março de 1950, *Béziers* (Rec. 19) "... considerando que as outras denúncias às quais o requerente dá ênfase e que são relativas a condições particularmente penosas nas quais se demandaria sua detenção na prisão de Fresnes não são de natureza, nas circunstâncias do processo e com vistas às dificuldades que encontraria a administração penitenciária no cumprimento de sua função, a conferir em seu proveito um direito a indenização". Ver também: C.E., 16 de junho de 1950, *sieur Vincenti* (Rec., 377) e C.E., Sect., 1º de julho de 1966, *Société Conserveuses de Saint-Nazaire* (Rec., 433).
- (48) Citamos como exemplo: C.E., 24 de novembro de 1950, *Barrot* (Rec., 574): "Considerando-se a prisão de Barrot e mesmo considerando-se verdadeiras as alegações do queixante quanto a esta prisão, de que teria sido acompanhada de serviços cometidos por funcionários da polícia. Estes fatos devem, com vistas às circunstâncias de tempo e lugar, ser tomados como se tivessem ligação a incidentes de guerra, que por conseguinte não podem vincular a responsabilidade do Estado".
- (49) C.E., 4 de janeiro de 1918, 2 casos, Sanais et Duchesne (D., 1920, 3, 1, Appleton).
- (50) Neste caso, o fato dos procedimentos lesivos terem se desenvolvido dentro de circunstâncias particulares de tempo e lugar não implica a exigência da prova de uma culpa grave resultante da própria natureza da atividade em causa. Além do mais, as dificuldades particulares encontradas pelo serviço penitenciário local não fazem desaparecer a culpa grave quando esta existe. Ver quanto a este tema: C.E., 30 de janeiro de 1948, *dames veuves Brenard et Cros* (Rec., 47): "Considerando-se, por um lado, que as circunstâncias extraordinárias nas quais se deu a liberação do território tiveram como consequência que Béziers colocasse o serviço penitenciário local diante de dificuldades particulares para o cumprimento de sua missão, estas mesmas circunstâncias... imporiam aos poderes públicos e especialmente à administração penitenciária que empregassem as medidas de urgência próprias a garantir a segurança dos acusados... considerando-se que resulta do precedente que, nas circunstâncias do processo..., o resultado dos atentados a que os Bernard, pai e filho, foram vítimas tem sua origem nas culpas manifestas, propícias à vincular a responsabilidade do Estado por sua gravidade".
- (51) Rec. 405; A.J.D.A., 1959, II, 273; concl. Fournier; A.J.D.A., 1960, II, 39, nota Coulet; D., 1960, J. 113, nota Robert.
- (52) Na decisão *Rouzer*, anteriormente citada, o juiz define como atos médicos os atos "que somente podem ser executados por médicos ou, então, que podem ser executados por auxiliares sob supervisão médica direta, de maneira a permitir o controle médico sobre a execução e sua intervenção a qualquer momento".
- (53) Rec., 6; D., 1966-317, nota F. Moderne.
- (54) C.E., 25 de outubro de 1967, Hermann (Rec., 394).
- (55) Rec., 102; A.J.D.A., 1971-160 e crônica p. 147. Ver igualmente: C.E., 10 de fevereiro de 1958; consorts Volmarange (Rec., sum, 751, 6 de julho de 1960, Ribot (Rec. sum, 1121 14 de novembro de 1973, Ministre de la Justice c. dame Zanzi (Rec., 645).
- (56) Cf. infra, nº 25, 2.
- (57) C.E., 9 de abril de 1948, *dame veuve Clais* (Rec., 1561, 30 de janeiro de 1948, *dames veuves Brenard et Cros* (pré-citado), 10 de novembro de 1953, *dame veuve Desjardins* (Rec., 5491, 23 de novembro de 1951, *dame veuve Gené* (Rec., 554).
- (58) C.E. 3 de outubro de 1958, *Rakotoarivony* (Rec., 470; J.C.P., 1958, II, 10945, nota Blavoet, T.A., Caen, 19 de dezembro de 1967, *dame veuve Picard* (Rec. 643), T.A., Marseille, 21 de novembro de 1969, *sieur Polveda* (Rec. 666), C.E., Sect. 5 de fevereiro de 1971, *Garde des Scaoux c. dame veuve Picard* (pré-citado), C.E., 14 de novembro de 1973, *Ministre de la Justice c. dame Zanzi* (pré-citado).
- (59) T.A., Caen, 19 de dezembro de 1967, *dame veuve Picard* (pré-citado) e C.E., 5 de fevereiro de 1971, mesmo processo (pré-citado), T.A. Marseille, 21 de novembro de 1969, *sieur Polveda* (pré-citado).
- (60) C.E., 9 de abril de 1948, *dame veuve Clais* (pré-citado) e outras sentenças na nota 57.
- (61) C.E., 3 de outubro de 1958, *Rakotoarivony* (pré-citado).
- (62) C.E., 3 de fevereiro de 1956, *Ministre de la Justice c. Thouzelier* (Rec., 49; D., 1956-596; nota Aubry), 9 de março de 1966, *Ministre de la Justice c. Trouillet* (Rec., 201 A.J.D.A., 1966, 520, nota de Laubadère).
- (63) C.E., 25 de janeiro de 1952, *Consorts Lassale-Barrère* (rec. 60), 15 de julho de 1958, *Dufour* (Rec., 458): "... a agressão de que foi vítima a jovem Dufour foi propiciada unicamente por uma má organização do serviço de guarda; as negligências, portanto, imputadas à administração do serviço, constituem as culpas de natureza a vincular a responsabilidade do Estado". O Conselho de Estado não qualificando a culpa, deduz-se que se trate de uma culpa simples. Além do mais, os atos culposos cometidos são, conforme o juiz, simples negligências. Enfim, a Jurisdição Superior não faz menção de atos particulares que transformam estas negligências em culpas administrativas graves.
- (64) 10 de fevereiro de 1905, *Tomaso Grecco* (Rec., esta revista, 1925-274, concl. Rivet; S., 1926; III, 37).
- (65) C.E., 13 de março de 1925, *Clef* (Rec., esta revista, 1925-274, concl. Rivet; S., 1926; III, 37).
- (66) C.E., 23 de maio de 1958, *Amoudraz* (Rec., 301); mais recentemente: C.E., 5 de março de 1971, *Le Fichant* (Rec., 185; A.J.D.A., 1971-680, nota J. Moreau).
- (67) Várias sentenças: dentro as mais recentes: C.E., 21 de fevereiro de 1964, *La Paternelle et ville de Watrelos* (Rec., 118; concl. Braibant); 7 de outubro de 1966, *Société Agricole d'Oyré* (Rec., 5321 12 de julho de 1969, *Commune de Saint-Duay Portrieux* (esta revista, 1970-459); 5 de dezembro de 1969, *Commune de Surville* (Rec., 5361; esta revista, 197-1248); 18 de janeiro de 1974, *sieur Millet* (Rec., 48, esta revista, 1974-1859).
- (68) V. J. M. Aubry, *La responsabilité des services de lutte contre l'incendie* (D., 1957, crônica XVII, pág. 37).
- (69) Os serviços competentes não cometem um ato culposos grave por não advertirem a particulares, eventualmente referidos, da iminência de uma inundação: C.E., 9 de fevereiro de 1972 *Société industrielle de tous articles plastiques* (Rec., 128) Com mesmo sentido: C.E., 23 de fevereiro de 1973, *Ministre de l'équipement et du logement c. Société entreprise Tomine* (Rec., 168).
- (70) C.E., 9 de fevereiro de 1966, *ville du Touquet* (Rec., 91; A.J.D.A., 1966, 438, nota J. Moreau). C.E., 6 de março de 1968, *Anet* (Rec., 166).
- (71) C.E., 13 de julho de 1968, *Ministre de l'Intérieur et Commune de Saulge c. époux Hugonneau* (Rec., 447, esta revista, 1969-544).
- (72) C.E., 3 de janeiro de 1958, *sieur Deschamps* (Rec., I, esta revista, 1958-568).
- (73) C.E., 5 de julho de 1967, *ville de Narbonne* (esta revista 1969-696).
- (74) C.E., 4 de outubro de 1968, *sieur et dame Pascal* (esta revista, 1969-545).

- (75) V. sobre a implicação desta distinção no que concerne aos serviços de combate a inundações: C.E., 31 de março de 1965, Consorts Peydassus c. commune de Loudenvielle (Rec., 213); o juiz nota a ausência de culpa simples na concepção do estudo de um plano de defesa contra inundações e a ausência de culpa grave na prescrição das medidas de urgência no decorrer da inundação.
- (76) C.E., 10 de julho de 1957, Ville de Reuil-Malmaison contra Tournier (Rec., 457); considerando que, levados em conta os atos culposos cometidos respectivamente por Mouillade, não procedeu às arrumações que eram necessárias à cidade de Reuil, que não lhe endereçou nenhuma intimação e negligenciou interditar o cinema, será feita uma avaliação das respectivas responsabilidades pelo fato de ter deixado a cargo da cidade de Reuil a metade dos prejuízos indenizáveis que resultaram do incêndio do cinema". Consultar sobre o mesmo assunto, C.E., 9 de março de 1973, Commune de la Souterraine (Rec., 204); delito em equipamentos de segurança.
- (77) C.E., 8 de maio de 1974, Société Agricole et Forestière du Coutin (Rec., 270); esta revista, 1974, 1860; o fato, para os serviços de combate ao incêndio em florestas, de haver se verificado, após controle seguido a regulamentação em vigor, que os "bandes de pare-leu" não estavam em condições, e o fato de permitir a subsistência de focos de fogo constituem-se "em culpas de natureza a vincular a responsabilidade do departamento".
- (78) C.E., 5 de março de 1971, Sieur Fichet (pré-citado); ao omitir-se em chamar a atenção para perigos específicos que apresenta um local público de banho, muito frequentado, a prefeitura comete "um ato culposo que vincula a responsabilidade da comuna".
- (79) C.E. 5 de julho de 1967, Ville de Narbonne (pré-citado); ao abster-se de tomar as medidas necessárias à limpeza e conservação de uma fossa de escoamento de água com obstrução em vários trechos, a prefeitura comete um ato culposo grave que vincula a responsabilidade da comuna. C.E. Sect., 6 de janeiro de 1971, Dame Louvet (A.J.D.A., 1971 687, nota F. Moderne).
- (80) C.E., 4 de outubro de 1968, sieur et dame Pascal (pré-citado); "... a falha dos serviços da cidade de Nice em fazer respeitar os regulamentos municipais relativos a ruídos e a saúde pública não tinha, nas circunstâncias da espécie, o caráter de uma culpa grave de natureza a vincular a responsabilidade da cidade". Ver também: C.E., Ass., 29 de outubro de 1972, Ville de Paris c. sieur Marabout (Rec., 664; A.J.D.A., 1972, 597 e crôn., p. 581).
- (81) C.E., 29 de março de 1946, Caisse départementale d'assurance sociale de Meurthe-et-Moselle (Rec., 100; esta revista, 1946-90 concl. Lefas e nota Jéze; S., 1947, 8, 73, nota Mathiot), 24 de dezembro de 1948, Commune de Champigny-sur-Marne (Rec., 1949, concl. Guionin); 8 de junho de 1949, ville de Paris (Rec., 273); 6 de março de 1953, ville de Paris (Rec., 119); 17 de janeiro de 1969, sieur Sagot (Rec., 28); 5 de novembro de 1969, Choquet (Rec., 463); C.E. Sect., 13 de março de 1970, Ducroca (Rec., 189); C.E., 5 de janeiro de 1972, Jean et Christian Billot (esta revista, 1972, 1672); 20 de junho de 1973, commune de Châteauneuf-sur-Loire (Rec., 428, esta revista, 1973, 1794).
- (82) C.E., Sect., 8 de junho de 1963, Rapst (Rec., 411); C.E., 24 de janeiro de 1964, Achard (Rec., 43); 13 de junho de 1964, D'André (Rec., 329, esta revista, 1965, 75, nota Wafine).
- (83) C.E., 14 de fevereiro de 1973, Association Diocésaine d'Agen (Rec., 141).
- (84) Mathiot, nota pré-citada.
- (85) C.E., 24 de dezembro de 1948, Commune de Champigny-sur-Marne et conclusions Guionin (pré-citados).
- (86) C.E., 8 de junho de 1949, Ville de Paris (pré-citado); 6 de março de 1953, ville de Paris (pré-citado).
- (87) C.E., 17 de janeiro de 1969, sieur Bagot (pré-citado); o juiz neste caso estima que não há culpa grave.
- (88) C.E., 21 de fevereiro de 1913, Compagnie Parisienne des Tramways (Rec., 248).
- (89) Em 1965, Jacques Moreau verificou que, durante quarenta anos, dentre as decisões publicadas, somente cinco sentenças vincularam a responsabilidade dos serviços fiscais. "Não poderíamos crer que, durante todo este lapso de tempo, os serviços financeiros só tenham cometido cinco erros dignos de ser indenizados, acrescentou o autor". (nota abaixo do C.E., Sect., 16 de outubro de 1964, de Loriot, A.J.D.A., 1965, 177). Desde esta data acrescentou-se somente uma sentença da C.E. que admitisse a existência de uma culpa grave: C.E., 29 de abril de 1966, Ministre des Finances contra Rossi (Rec., 296).
- (90) C.E., 29 de abril de 1966, Ministre des Finances c. Rossi.
- (91) C.E., Sect., 16 de outubro de 1964, de Loriot (pré-citado). C.E., 17 de novembro de 1969, Vilain (Rec., 508; esta revista, 1970, 459).
- (92) Cf. nossos desenvolvimentos, supra, n.º 9 e 10.
- (93) C.E., 17 de novembro de 1969, Vilain (pré-citado).
- (94) Sobre esta explicação, v. J. Moreau, nota pré-citada (A.J.D.A., 1965, 177).
- (95) V. principalmente: A. de Laubadère, Droit administratif, L.S.D.J., tomo I, 6.ª ed., 1973, n.º 1309; C. Debbsch, Droit administratif, Cujas, 1968, p. 347.
- (96) C.E., 8 de fevereiro de 1961, Compagnie Singer (Rec., 84).
- (97) C.E., 18 de abril de 1958, Ministre résident en Algérie c. Herzog (Rec., 217). C.E., 8 de fevereiro de 1961, Compagnie Singer.
- (98) T.A. Nice, 4 de dezembro de 1969, Société Cillréo et Bona (Rec. 770).
- (99) C.E., 26 de março de 1965, Société "L'habitation" (Rec., 210); 2 de junho de 1965, Société Union Économique d'Arnians (Rec., sum. 1053); 7 de março de 1968, Société auxiliaire d'équipement (esta revista, 1968, 1135).
- (100) T.A. Lille, 30 de julho de 1973, sieur Ravisse (Rec., 805).
- (101) Entre as sentenças citadas, uma só reconhecia a presença de uma culpa grave: tratava-se do caso de uma complicidade de fraude da qual era culpado um agente do serviço. A culpa grave era, portanto, constituída por um procedimento que se pode, limitadamente, qualificar de infração penal (C.E., 7 de fevereiro de 1968, Société auxiliaire d'équipement (pré-citado)).
- (102) A. de Laubadère, op. cit., n.º 1309; C. Debbsch, op. cit., p. 347.
- (103) Sob reserva de regras jurisprudenciais que regem o acúmulo das responsabilidades administrativa e pessoal, que aqui não são consideradas.
- (104) "La responsabilité des services publics de lutte contre l'incendie," artigo pré-citado, D., 1957, Crônica p. 97.
- (105) Op. cit., p. 99 e s.
- (106) C.E., 12 de fevereiro de 1947, Mirvielle (Rec., 601).
- (107) C.E., 21 de fevereiro de 1964, La Paternelle et Ville de Watrelot (pré-citado).
- (108) C.E., 27 de fevereiro de 1970, Ville de Lannion (esta revista, 1970, 1249).
- (109) C.E., 9 de março de 1973, Commune de la Souterraine (Rec., 204).
- (110) C.E., 11 de novembro de 1971, Dame veuve Godillone, Ville de Niort.
- (111) C.E., 10 de fevereiro de 1956, Consorts Volmerange (Rec., sum. 751). C.E., 6 de julho de 1960, Ribot (Rec., sum. 1124).
- (112) C.E., 18 de novembro de 1960, Dame Fargeaud d'Épied (Rec., 640).
- (113) C.E., 11 de janeiro de 1957, Dame veuve Étienne (Rec., 27; A.J.D.A., 1957, 1171, concl. Gazier). C.E., 9 de fevereiro de 1972, Société industrielle de tous articles plastiques (pré-citado) C.E., 23 de fevereiro de 1973, Ministre de l'Équipement et du Logement c. Société entreprise Tonine (pré-citado).

- (114) C.E., 14 de fevereiro de 1973, Association diocésaine d'Agen (pré-citado); o juiz considera que nenhuma disposição legislativa ou regulamentar sujeita a contabilidade dos agentes de câmbio ao controle do Estado até a entrada em vigor da ordenança de 19 de outubro de 1958, que a submeteu à supervisão da Comissão de Controle de Bancos.
- (115) C.E., Ass., 7 de maio de 1971, Ministre de l'Économie et Ville de Bordeaux c. Sastre (Rec., 334, concl. Gentot, esta revista, 1972, 491).
- (116) C.E., 14 de novembro de 1973, Ministre de la Justice c. Dame Sanzi (esta revista, 1974, 1861).
- (117) C.E., 14 de julho de 1953, Narce (Rec., 384).
- (118) C.E., 21 de maio de 1969, Stern (esta revista, 1969, 1000).
- (119) C.E., Ass., 7 de maio de 1971, Ministre de l'Économie et Ville de Bordeaux c. Sastre (pré-citado).
- (120) C.E., Ass., 20 de outubro de 1972, Ville de Paris c. sieur Marabout (pré-citado).
- (121) C.E., 4 de outubro de 1968, sieur et dame Pascal (pré-citado) C.E., 21 de julho de 1970, Ville du Croisic (Rec., 508).
- (122) C.E., 24 de janeiro de 1964, Archard (Rec., 43).
- (123) C.E., 13 de junho de 1964, D'André (Rec., 329, esta revista, 1965, 84, nota Wafine).
- (124) A expressão é de Maurice Hauriou, Précis de Droit Administratif et de Droit public, 8.ª ed., 1914, p. 499.
- (125) Cf. supra, n.º 17 e 18.
- (126) Cf. supra, n.º 23.
- (127) Ver a opinião de Maspétiol e Laroque, La tutelle administrative 1930.
- (128) C.E., 8 de junho de 1949, Ville de Paris (Rec., 273).
- (129) Mathiot, nota abaixo de C.E., 29 de março de 1949, Caisse d'Assurances Sociales de Meurthe-et-Moselle (S., 1947, 3, 73).
- (130) V. entre numerosas sentenças: C.E., 30 de abril de 1969, Ministre de l'intérieur c. Régidor (esta revista, 1969, 1000). Cf. Benoît et Moreau Jot. adm., fasc. 716, n.º 28 a 34 e as sentenças citadas.
- (131) C.E., Ass., 12 de fevereiro de 1971, sieur Rebatel (Rec., 123; A.J.D.A., 1971, 373); requerido pelo diretor de uma prisão para assegurar a execução de uma decisão do tribunal contra um detento, os militares se viram frente a uma rebelião dos co-detentos. Na ocasião da operação, um dos co-detentos, Rebatel, foi ferido a pauladas. Parece que estes golpes lhe foram dirigidos no momento em que, estando ocupado com outro detento cego pela ação de granadas lacrimogênicas, não impôs nenhuma resistência aos membros do serviço de disciplina". Há ato culposos cometido por este serviço.
- (132) C.E., 5 de dezembro de 1969, Commune de Surville (pré-citado, esta revista, 1970, 1248). C.E., 18 de janeiro de 1974, sieur Millet (pré-citado, esta revista, 1974, 1859) no caso, não se tratava de combate ao incêndio, mas de uma operação de salvamento dirigida pelos bombeiros. O juiz aplica neste caso as mesmas regras que aplicaria no caso de combate ao incêndio.
- (133) C.E., 21 de fevereiro de 1964, La Paternelle et Ville de Watrelot (pré-citado). C.E., 27 de fevereiro de 1970, Ville de Lannion (pré-citado).
- (134) Cf. supra, n.º 13.
- (135) C.E., 19 de dezembro de 1973, époux Le Fers (esta revista, 1974, 1855).
- (136) C.E., 6 de julho de 1934, Paillet (Rec., 789).
- (137) C.E., 7 de janeiro de 1970, Ville de Paris c. Dame veuve Sandot (A.J.D.A., 1970, 255).
- (138) C.E., 31 de março de 1971, Dame veuve Petit (Rec. 264; esta revista, 1972, 495).
- (139) C.E., 13 de outubro de 1971, Maubec (esta revista, 1972, 1571).
- (140) C.E., 17 de janeiro de 1964, Sieur Moreau (A.J.D.A., 1964, 577 nota J. Moreau).
- (141) T.A. Clermont-Ferrand, 2 de abril de 1957, Centre hospitalier de Clermont-Ferrand (A.J.D.A., 1957, II, 266).
- (142) C.E., 19 de maio de 1971, Centre Hospitalier Régional de Besançon (Rec., 372; esta revista, 1972, 494); o erro de diagnóstico não constitui uma culpa grave se esta foi estabelecida logo após exames completos feitos com muita seriedade".
- (143) C.E., 18 de novembro de 1966, sieur Cojat (Rec., 613). Ver igualmente C.E., 22 de novembro de 1967, Ciabrin (Rec., 439, esta revista, 1968, 695); o requerente, em seguida a um acidente de trânsito, sofre uma intervenção cirúrgica em que lhe suturam um profundo corte sem que fragmentos de vidro, que aí haviam se alojado, fossem descobertos e extraídos. Entretanto, a radiografia feita no dia seguinte mostrava, ao nível do maxilar superior, uma imagem opaca, interpretada como uma prótese dentária, de maneira que, durante os dois dias que se seguiram, o senhor Ciabrin foi examinado, pelo menos duas vezes por um especialista de otorrinolaringologia, "sem que este constatasse a existência do aparelho dentário suposto, ainda que estivesse capacitado para fazê-lo, se necessário, após ter interrogado o paciente, que estava lúcido. Os destroços do vidro foram extraídos por um outro médico após o paciente ter saído do hospital. A culpa grave resulta do erro de diagnóstico provocado pela ausência de exames acurados destinados a verificar as hipóteses sugeridas pela radiografia.
- (144) C.E., 9 de janeiro de 1970, Carteron (Rec., 171 e Époux Pagés (esta revista, 1970, 1250); "... que ao escolher o método ortopédico para tratar o membro fraturado e ao perseverar neste meio durante 64 dias, o cirurgião adotou uma terapêutica clássica e não cometeu nenhum ato culposo grave único de natureza a vincular a responsabilidade do hospital..." Ver também C.E., 30 de outubro de 1974, Compagnie d'Assurances "La Concorde" (A.J.D.A., 1975, 257).
- (145) C.E., 15 de março de 1974, Centre psychiatrique Sainte-Anne (Rec., 190; esta revista, 1974, 1852).
- (146) A contrário: C.E., 12 de junho de 1970, Dame Nercam (Rec., 406); "... a responsabilidade do hospital não profere ser vinculada, contrariamente ao que sustenta a senhora Nercam, que o interessado não foi avisado das consequências do tratamento, desde que resulta do relatório de avaliação que este tratamento normalmente não comporta perigo e que os resultados, como estes que foram constatados, neste caso, são excepcionais".
- (147) Cf. supra, n.º 13.
- (148) C.E., 30 de outubro de 1974, Époux Tazé (Rec., 526; A.J.D.A., 1975, 258).
- (149) C.E., 6 de fevereiro de 1974, Gomez (esta revista, 1974, 1853).
- (150) C.E., 1.º de março de 1974, Centre hospitalier d'Avignon (Rec., 162 esta revista, 1974, 1853) o médico empregou, para reduzir uma fratura, um método clássico. Não há falta na prescrição do tratamento. Porém, este meio é suscetível de provocar certos danos previsíveis. Uma vigilância médica rigorosa era, portanto, necessária. Ela não foi assegurada, houve, portanto, culpa grave.
- (151) C.E., 9 de janeiro de 1970, sieur Drie (esta revista, 1970, 1250) C.E., 23 de março de 1973, Caisse Primaire d'Assurance Maladie des Bouches-du-Rhône (esta revista, 1973, 1971).
- (152) C.E., 8 de dezembro de 1972, Assistance Publique de Paris c. Époux Zouari (esta revista, 1973, 1789) "o fato de o cirurgião não ter feito, logo após a cesariana, uma intubação destinada a evitar vômitos, constituiu, mesmo levando em conta as informações fornecidas à Senhora Zouari sobre seu estado de jejum", uma culpa grave.
- (153) C.E., 12 de dezembro de 1971, sieur Alips (esta revista, 1972, 1572).
- (154) C.E., 9 de janeiro de 1957, Assistance publique de Marseille (Rec., 22, A.J.D.A., 1957, II, 76, nota Coulet e 188, Crônica Fournier e Braibant). C.E., 13 de outubro de 1965, Impagiazio (rec., sum. 1053).

- (154 bis) C.E., 12 de janeiro de 1963, Administration Générale de l'Assistance Publique de Paris (Rec., 283): "... que na ausência, não constatada pela administração requerente, de qualquer dificuldade particular ou de qualquer circunstância excepcional suscetível de desculpa, tal esquecimento constituiu, de parte do praticante, uma culpa grave".
- (155) V.G. Liot-Veaux (nota R.A., 1957, 252): "... a culpa pessoal de um médico de hospital é uma verdadeira hipótese de aprendizagem. Somente podemos considerá-la nos casos de crimes contra a humanidade, vizinhos da antropofagia".
- (156) T.C., 25 de março de 1957, Chailoux et Isaad Slimane (Rec., 816 S. 1957, J. 196, concl. Chardeau).
- (157) C.E., Ass., 7 de março de 1958, Dejeus (esta revista, 1958, 1987, concl. Jouvin).
- (158) C.E., Ass., 7 de março de 1958, Dejeus (pré-citado). V.A. de Laubadère, op. cit., n.º 1329 e as sentenças citadas e R. Savatier, Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus irréparables (Mélanges Waline, 1974, t. 2, p. 751).
- (159) C.E.: 10 de novembro 1967, Auguste (rec., 423); vacinação realizada por creches de Nice; 3 de maio de 1974, Époux Derrebi (Rec., 266); vacinação no centro de reabilitação motriz de Fontainebleau.
- (159) Sobre este assunto verificar A. de Laubadère: crônica A.J.D.A., 1975, 303.
- (161) C.E., Sec. 26 de junho de 1959 (pré-citado)
- (162) C.E., 2 de novembro de 1955, Rustat (Rec., 801): para o juiz, as condições nas quais se realizou uma injeção constituem culpas. Não há verdadeiramente presunção de culpa. C.E., 9 de janeiro de 1957, Hospices civils de Blois (Rec., 23): "... que resulte da instrução e, principalmente, do relatório do médico especialista... que a paralisia que atingiu o braço direito de Coussault após uma intervenção cirúrgica... é imputável a um ato culposo cometido na organização e funcionamento do serviço. A culpa foi estabelecida por exame de peritos, não houve presunção.
- (164) Conclusões pré-citadas
- (165) C.E., 12 de novembro de 1960, Fergani (pré-citado)
- (166) C.E., 23 de fevereiro de 1962, Meier (Rec., 122): "...tratando-se de uma intervenção costumeira e de caráter benigno (injeção intra-venosa) os distúrbios acima mencionados (paralisia do braço) podem ser considerados relevantes mediante um ato culposo cometido na organização ou no funcionamento do serviço".
- (167) C.E., 25 de janeiro de 1974, Centre Hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon: "... não foi estabelecida e não procede da instrução que as precauções de isolamento tomadas pelo pessoal do hospital na ocasião dos curativos foram insuficientes" (Rec., 64; A.J.D.A., 1974; 220, crônica Franc e Boyon; D.S. 1975, 86, nota Duprat; J.C.P., II, 18012, nota Debene)
- (168) C.E., 23 de março de 1973, Caïsse primaire d'Assurance Maladie des Bouches-du-Rhône c. Dame Ponié (esta Revista, 1973, 1971).
- (169) J. M. Auby, La Responsabilité des services publics de lutte contre l'incendie (D., 1967, crôn. p. 97)
- (170) Auby, ibid., p. 99.
- (171) C.E., 21 de fevereiro de 1964, Compagnie d'Assurances La Paternelle et Ville de Watrelot (pré-citado).
- (172) C.E., 2 de março de 1962, Commune de Rouquefort-sur-Garonne et Compagnie d'Assurances, "l'Union et le Phénix Espagnol" (Rec., sum. 910).
- (173) C.E., 19 de março de 1965, sieur Fouer (Rec., 183)
- (174) C.E., 7 de outubro de 1966, Société Agricole d'Oyré (Rec., 532).
- (175) C.E., 9 de março de 1973, Commune de La Souterraine (Rec., 204).

N.T.¹ Bandes de pare-feu — espaço sem vegetação destinado a evitar a propagação de incêndios.
 N.T.² Centre Agrée — Entidade associada à Previdência Social.