

The cover of the journal 'Revista de Informação Legislativa' features a stack of papers as the background. The papers are fanned out, creating a sense of depth and movement. The lighting is dramatic, with strong highlights and deep shadows, emphasizing the texture of the paper. The title is printed in a large, bold, sans-serif font, slanted across the top. Below the title, the issue information is provided in a smaller font.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO MARÇO 1993 • ANO 30 • Nº 117

Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Professor
Catedrático de Direito Civil da UERJ

SUMÁRIO

*I — Introdução. II — A Posição da Jurisprudência.
III — A Posição da Doutrina.*

1. *Introdução*

Na realidade, desde os primórdios da República, tem sido discutida, nos Tribunais, a questão da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por terceiros, em virtude da inércia dos Poderes Públicos.

Ainda em 1898, RUI BARBOSA defendeu, em parecer, a responsabilidade do Estado em virtude da inércia da polícia local, que não impediu o empastelamento do jornal *O Comércio de São Paulo*, então dirigido por AFONSO ARINOS e pertencente a EDUARDO PAULO DA SILVA PRADO¹.

Afirmou, naquela ocasião, RUI BARBOSA que: “Princípio corrente foi sempre o de que *o poder em cujas mãos se ache a autoridade policial responde pelo dano cometido no seu território pelos ajuntamentos armados*”

1 “Obras Completas de Rui Barbosa”, ed. da Casa Rui Barbosa, vol. XXV, tomo IV/168, “Trabalhos Jurídicos”, e vol. XXVII, 1900, tomo II, 1211, “Trabalhos Jurídicos”, e, ainda, ARNOLDO WALD, “A Responsabilidade Civil e seus Antecedentes Doutrinários no Direito Brasileiro”, in *Revista do Serviço Público*, março, 1955, p. 540.

ou desarmados. Por isso, já a legislação do período revolucionário, na França, nos fins do século passado, estatuiu para as comunas essa obrigação, em vigor até hoje, além daquele país, em todos os outros onde a Polícia é municipal, inclusive a Inglaterra e os Estados Unidos. Em São Paulo, é o Estado que exerce a polícia. A esta, logo, incumbe a responsabilidade pela culpa ativa ou passiva dos seus agentes”².

2. A Posição da Jurisprudência

Posteriormente, PEDRO LESSA defendeu a teoria do risco integral como fundamento da responsabilidade civil do Estado³, enquanto vários acórdãos consagravam o dever da União Federal de indenizar os prejuízos ocorridos por ocasião dos bombardeios de Manaus e Salvador e nos distúrbios que danificaram empresas alemães, por ocasião da 1.ª Guerra Mundial, e do afundamento de navios brasileiros, que precederam a entrada do Brasil na 2.ª Guerra Mundial.

Alguns acórdãos anteriores à Constituição de 1946, citados por SEABRA FAGUNDES, na sua obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, já consagram a *responsabilidade objetiva do Estado por omissão do adequado policiamento*, salientando que: “Responde o Estado pelos danos causados à tipografia e oficinas de um órgão de imprensa, não importando averiguar, no caso, se o ato lesivo do patrimônio particular foi praticado por funcionários ou empregados públicos, no exercício de suas atribuições, porque, *na falta de medidas tendentes a prevenir a alteração da ordem, a violação da propriedade, a descobrir e punir os delinquentes, o Estado é obrigado, pela culpa “in vigilando”, a satisfazer o dano*”⁴.

No mesmo sentido, os acórdãos com as seguintes ementas:

“A ação é procedente, diante da prova existente nos autos, porque *foi por falta de providências por parte da autoridade policial de Santos que a propriedade do autor foi assaltada e saqueada pela multidão desarmada*”⁵.

A autoridade policial não tomou providências de natureza preventiva e o Código Civil, no art. 15, estatui que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos atos de seus representantes que causem dano a terceiros. No caso, a autoridade dispunha de força e devia impedir o dano. Não ficou

2 *Loc. cit.*

3 *Do Poder Judiciário*, Rio, 1915, pp. 166/167.

4 STF, 29-11-1916, *Revista de Direito*, 45/104.

5 TJSP, 27-11-1938, *Arquivo judiciário*, 41/507

provado que foram empregados todos os meios para evitar o ataque.”⁶

As decisões acima transcritas comprovam que a jurisprudência, já naquela época:

a) reconhecia o dever da polícia de prevenir movimentos de multidões, aos quais se equiparam os movimentos terroristas;

b) estabelecia, em tais casos, uma presunção de culpa da autoridade, que deveria provar que fizera os esforços preventivos necessários ou que ocorrera força maior.

Em 1943, o Min. PHILADELPHO AZEVEDO afirmou, no STF, em voto que se tornaria histórico, que “o problema da responsabilidade civil do Estado ainda não encontrou, entre nós, o terreno sedimentado, em que pudesse descansar, após tormentoso embate na doutrina e na jurisprudência”⁷.

O mencionado voto, no qual, embora vencido, PHILADELPHO AZEVEDO sustentava a necessidade de indenizar os prejuízos decorrentes de movimentos populares, ensejou a reversão da nossa jurisprudência na matéria, manifestando-se, naquela ocasião, pela última vez, o nosso mais alto Tribunal pela aplicação da teoria da culpa como fundamento exclusivo da responsabilidade do Estado.

De fato, alguns anos mais tarde, a Constituição de 1946 iria consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, enquanto o fim do regime ditatorial libertaria o Poder Judiciário da pressão do Executivo, dando novos contornos à questão e mantendo-se o princípio da responsabilidade objetiva na Constituição de 1967, na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (art. 107) e, ainda, com caráter mais amplo, na Constituição de 1988, cujo artigo 37, § 6.º a fez incidir, também, no caso de pessoas jurídicas de direito privado quando prestadoras de serviços públicos.

Efetivamente, já vigente a Constituição de 1946, o STF, pela sua 2.ª Turma, sendo relator o Min. OROSIMBO NONATO, determinou que fosse indenizado o Cotonifício Crespi pelos danos sofridos em virtude do bombardeio de São Paulo, na Revolução de 1924. O voto vencedor, acolhendo a tese anteriormente defendida por PHILADELPHO AZEVEDO, fez uma profissão de fé objetiva, salientando que:

“... insuficientes e inadequados se mostram os critérios civilísticos da culpa, já repulsados no livro famoso de AMARO CAVALCANTI e veementemente combatidos, neste Tribunal, por PEDRO LESSA.

6 “Arquivo Judiciário”, 42/54 — v. MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio, Forense, 1967, pp. 180, nota, e 181, nota.

7 Voto na A. Cível 7.264, de 12-4-1943, in RDA 1/565 e segs.

A responsabilidade do Estado deriva de outras fontes: da equidade, das razões de alta política jurídica da alusão de MAURICE HAURIOU, das idéias solidaristas, da distribuição, pelos membros do consórcio civil, dos ônus e dos cômodos.

E elas confluem, no caso, para o reconhecimento da procedência da ação, valendo realçar que a tendência da doutrina e da jurisprudência é para relegar, no caso, os critérios de Direito Civil sobre culpa e reconhecer a responsabilidade do Estado pelos atos de guerra.”⁸

Numerosas decisões posteriores dos Tribunais de Justiça do então Distrito Federal e de São Paulo e do TFR reafirmaram a tese já acolhida pelo STF, de acordo com a qual:

“A Constituição Federal de 1946, pondo termo às controvérsias sobre o fundamento da responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus representantes ou funcionários, consagrou, expressamente, a teoria objetiva do risco integral, assentando-a na causalidade do ato e não na culpabilidade do agente.”⁹

Em 1952, o STF confirma decisão de Minas Gerais que tem a seguinte ementa:

“Independente do pressuposto de culpa a responsabilidade civil do Estado, máxime no que toca aos danos causados pela execução de obras públicas.”¹⁰

Ampliando os fundamentos doutrinários dos seus acórdãos, o Excelso Pretório admite expressamente, em 1958, a responsabilidade do Estado por “falta anônima de serviço”, ou seja, por deficiente funcionamento da Administração, independentemente da prova de qualquer culpa dos seus agentes. Tratava-se, no caso, de depredações sofridas por vários cinemas em Araguari, em virtude de movimento popular, por ocasião do aumento de preço dos ingressos. O STF concedeu a indenização, considerando o desaparelhamento do serviço policial. No seu voto, o Min. MÁRIO GUIMARÃES ponderou que:

“O povo paga impostos para que a polícia garanta a propriedade e não é possível deixar de assegurar essa garantia por falta de aparelhamento.”¹¹

8 Recurso Extraordinário nº 17.352, in RDA 32/285.

9 *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, 2/64; RDA 32/282 e 33/84.

10 RF 147/105

11 RDA 55/266.

Por sua vez, o Min. RIBEIRO DA COSTA reconheceu o "direito à segurança" de todos os cidadãos, "direito que só poderia desaparecer em virtude de força maior". Esclareceu o eminente e culto magistrado que:

"só tenho admitido a isenção do Estado em indenizar nos casos em que fique provada a força maior; fora daí, concedo a indenização, porque o Estado é obrigado a garantir a propriedade privada."¹²

A mencionada decisão tinha sido, inicialmente, tomada pela 1.^a Turma e foi posteriormente confirmada pelo Plenário. A ementa da decisão da Turma fora a seguinte:

"Se, por negligência das autoridades ou mau aparelhamento do serviço policial, não tomou a polícia as providências necessárias para evitar que a multidão amotinada causasse danos à propriedade privada, responde o Estado pelos prejuízos que o Estado não scube ou não quis impedir."

Ao votar nos embargos, o Min. OROSIMBO NONATO, mantendo a decisão recorrida, estendeu os seus fundamentos teóricos para dizer que, no seu entender, a responsabilidade do Estado decorria do risco administrativo, justificando-se *a fortiori*, quando, evidenciada a falha da Administração, esta não conseguia fazer a prova de que inexistia culpa de sua parte. Salientou OROSIMBO NONATO que:

"... não ficou provada ausência de negligência ou que não ocorria o mau aparelhamento e seria mister que o Estado provasse essa ausência de culpa ou provasse não lhe ter sido possível debelar o movimento..."¹³

Comentando o mencionado acórdão, que revela o novo encaminhamento da nossa jurisprudência, o Professor CAIO TÁCITO nele viu, na ocasião, um "sintoma da dispersão opinativa" dos Ministros do STF na matéria¹⁴, mas, na realidade, se os fundamentos de fato divergem, já se pode apontar um consenso no critério prático a ser aplicado, ou seja, na solução a ser dada ao caso concreto. Efetivamente, para a maioria dos Ministros, desde que haja falha objetiva no funcionamento do sistema, existe responsabilidade do Estado, ressalvado o caso de prova da força maior pela Administração.

Assim sendo, o STF transplantou para o Direito Brasileiro a teoria da *faute de service*, elaborada, na França, pelo Conselho de Estado. A culpa do serviço se caracteriza pela ineficácia, pelo mau funcionamento ou pelo

12 *Loc. cit.*

13 *Revista*, cit. p. 270.

14 *Revista*, cit., p. 262.

funcionamento tardio da Administração, que ensejam a responsabilidade. Em tais casos, não há motivo para examinar a culpa do agente, bastando que se reconheça a deficiência no funcionamento do serviço público, caracterizando a chamada "culpa ou falta anônima".

Para CAIO TÁCITO, que comentou o mencionado acórdão, cabe lembrar que:

"a noção da culpa administrativa, fundada na falta impessoal de serviço ou, na frase de VEDEL, "dans tout manquement aux obligations du service", é a fórmula transaccional entre os deveres da boa administração e a estabilidade do patrimônio individual, fórmula, aliás, que se inspira no princípio da repartição dos encargos públicos e/ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas." ¹⁵

O que é muito mais importante no acórdão de que as eventuais divergências doutrinárias e os argumentos filosóficos dos Ministros do STF é o reconhecimento, pela maioria, da responsabilidade baseada na culpa de serviço e a transferência do ônus da prova, passando a incumbir à Administração a prova de ter ocorrido a força maior. Diante da complexidade da máquina estatal, o acórdão não mais exige do autor da ação, vítima do dano, que prove a culpa dos agentes ou do sistema. Basta provar a ineficiência do Estado, cabendo ao Estado a prova de ter ocorrido a força maior e não bastando que comprove a simples ausência de culpa, ou seja, a impecabilidade da conduta de cada um dos seus agentes, pois a falha seria do sistema, ou seja, da máquina estatal considerada globalmente.

A igualdade dos encargos como fundamento da responsabilidade civil do Estado foi expressamente aceita pelo Excelso Pretório, em acórdão de 30-4-63, do qual foi Relator o Min. RIBEIRO DA COSTA e que tem a seguinte ementa:

"A razão jurídica de ser o Estado obrigado a indenizar as ofensas feitas aos direitos individuais está no princípio da igualdade de ônus e encargos." ¹⁶

Em decisões posteriores, o STF considerou pacífica a responsabilidade do Estado em casos de movimento multitudinário, fundamentada na inércia do Poder Público ¹⁷ e na hipótese de danos decorrentes da falta de conservação de córrego, ensejando o seu transbordamento ¹⁸

¹⁵ Revista, cit., p. 273.

¹⁶ Recurso Extraordinário nº 52.311, in *Arquivo do Ministério da Justiça*, 88/141.

¹⁷ Embargos na Apelação Cível nº 6.447-SP, julgado pelo Plenário em 10-8-66, in *RTJ* 41/508 e ss.

¹⁸ Recurso Extraordinário nº 61.387, julgado pela 2ª Turma em 29-5-68, in *RTJ* 47/381.

Neste último julgamento, o Excelso Pretório entendeu que o problema da responsabilidade do Estado envolvia a interpretação do mandamento constitucional, admitindo expressamente que as pessoas jurídicas de direito público deveriam indenizar os danos com base no "risco administrativo", ou seja, na "culpa anônima da Administração", correspondente à *faute de service* do direito francês. Acrescentou que tal responsabilidade se impunha sempre que ocorresse inércia da Administração Pública na execução ou manutenção dos serviços públicos que visam à segurança da população e dos usuários. É de suma importância, neste sentido, o seguinte trecho do voto do eminente Ministro Relator:

*"A verdade é que o ponto sensível da controvérsia em torno dos problemas da responsabilidade são os casos de ação ou "falta de providências indispensáveis ao bom funcionamento do serviço". É o que se chamou de inércia da administração na execução de serviços públicos que visam à segurança da população e dos usuários."*¹⁹

"Nesses casos, a responsabilidade se aproxima da culpa, pela omissão em tomar as providências para a segurança do serviço."²⁰

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal, mantendo o princípio da responsabilidade objetiva, salientou que o mesmo só ficava afastado no caso de culpa exclusiva da vítima, tendo adotado a nossa jurisprudência a teoria do risco temperado e não do risco integral (que, em tese, poderia abranger a responsabilidade do Estado, mesmo no caso de culpa exclusiva da vítima), como se verifica pela decisão proferida no RE n.º 91.376, pela 1.ª Turma, em 28-6-79²¹.

Mais recentemente, examinando a responsabilidade do Estado e do empreiteiro, no caso de dano por este causado na realização de obra pública, o Supremo Tribunal Federal, em decisão da sua 2.ª Turma, no RE número 94.121-MG, do qual foi Relator o Ministro MOREIRA ALVES, decidiu que, no caso, ocorria uma responsabilidade solidária da pessoa jurídica de direito privado (por culpa) e da pessoa jurídica do direito público (objetiva). Esclarece a ementa do acórdão que:

"Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por dano decorrente de culpa do empreiteiro na realização de obra pública.

19 PIERRE MONTANE DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, 1950.

20 RTJ 47/381, *in fine*.

21 RTJ 91/371.

A alusão do artigo 107 da Constituição Federal a danos que os funcionários das pessoas jurídicas de direito público, nessa qualidade, causaram, não implica não possam elas ser responsabilizadas solidariamente com o empreiteiro, quando o prejuízo decorra de culpa deste, na realização da obra pública. É isso porque essa alusão diz respeito, não necessariamente, a que o ato que diretamente tenha causado prejuízo haja sido praticado por funcionário, atuando como tal, mas, sim, a que este se prenda. É o que basta para imputar-se o dano à pessoa jurídica de direito público.

Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido.”²²

No seu voto, o Ministro Relator teve o ensejo de salientar que:

“Alega a recorrente que não sendo a causadora do dano sua funcionária, mas, sim, uma empreiteira, e tendo o dano decorrido de culpa desta — como reconheceram as Instâncias ordinárias —, não poderia ela, recorrente, ser condenada como responsável solidária com base no art. 107 da Constituição Federal, que se restringe a danos causados por funcionário.

É esta questão controvertida e que tem sido examinada, muitas vezes, à luz da doutrina francesa sobre a responsabilidade decorrente das obras públicas. Na França, a respeito, vigoram os seguintes princípios, nesta síntese devida à pena de SAVATIER (*Traité de La Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, tomo I, 2.^a ed., n.º 440, p. 554, Paris, 1951):

“440. Sur qui pèse la responsabilité? Les travaux publics peuvent se faire, soit en régie, soit en concession, et utiliser dans les deux cas, des entrepreneurs.

La personne publique répond seule des dommages qui sont le résultat nécessaire et normal de l'ouvrage à établir (v. supra n.º 432). Ils se rattachent au plan des travaux à exécuter, plan approuvé par l'Administration, imposé au concessionnaire ou à l'entrepreneur, et qui ne saurait engager leur responsabilité.

Pour les dommages qui ne résultent point nécessairement du plan de l'Administration, c'est le concessionnaire qui, si les travaux sont concédés, en répond envers les tiers, sans

²² RTJ 105/225.

pouvoir, à l'égard de ceux-ci, se décharger sur les entrepreneurs qu'il utilise. L'Administration n'échappe d'ailleurs point elle-même, à toute responsabilité, du fait de la concession. Mais, sauf faute de sa part, elle n'est plus responsable que subsidiairement, et à charge, pour la victime, de prouver le concessionnaire insolvable. En outre, aux yeux des tribunaux judiciaires, s'il s'agit d'un accident, le concessionnaire est responsable devant eux de sa faute personnelle ou de la faute de ses préposés (v. infra n.º 697).

En cas de régie, c'est la personne publique faisant exécuter les travaux à son profit, qui en répond envers les tiers. Elle non plus, même par une clause spéciale du cahier des charges, ne peut substituer à sa responsabilité, d'une manière opposable aux tiers, celle d'un entrepreneur. Pas davantage, si elle appelle l'entrepreneur en garantie, elle ne peut se la faire substituer dans la condamnation envers les tiers". . .

Como se vê, a primeira parte do texto acima transcrito trata do dano decorrente da atuação de concessionário, por si ou por intermédio de empreiteiro. Em tais casos, há três partícipes distintos: a Administração Pública, o concessionário e o empreiteiro. E as soluções, no tocante à questão de sobre qual deles recai a responsabilidade pelos danos causados a terceiro, são no sentido de responsabilizar exclusivamente a Administração Pública, ou subsidiariamente, nos casos em que o responsável principal for o concessionário. Mas — note-se — o terceiro prejudicado não está obrigado a acionar o empreiteiro, em qualquer hipótese.

Já na segunda parte da transcrição, está a hipótese que ocorre no caso presente; a em que a obra pública é realizada, não por concessionários, mas pela própria Administração Pública, por intermédio de empreiteiro. Nesse caso — e não importa haja, ou não, a utilização de empreiteiros — responsável pelo dano, em face de terceiro, é sempre a Administração Pública. É certo, porém, que SAVATIER (Tomo I, p. 555), pouco adiante, ocupando-se do direito de regresso da Administração Pública ou do concessionário contra o empreiteiro (no caso de culpa deste, ou de cláusula de garantia constante no contrato de empreitada), salienta que, se este for o culpado pelo dano, "*La victime doit pouvoir le poursuivre directement devant le conseil: il sera plus sage, pour elle, de mettre, en même temps, en cause l'Administration*". O que implica dizer que o prejudicado pode voltar-se só contra a Administração (princípio geral), só contra o empreiteiro (no caso de ~~este~~ ser culpado pelo dano), ou contra ambos (ainda nessa segunda hipótese).

Essa solução do direito francês é acolhida, no Brasil, por HELY LOPES MEIRELLES em dois de seus trabalhos: "A Responsabilidade Civil Decorrente da Obra Pública", artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 62, pp. 16 e segs.; e *Direito de Construir*, pp. 350/351, São Paulo, 1961. Lê-se neste último:

"Responsabilidade do Construtor da Obra Pública.

Perante terceiros — A responsabilidade do construtor particular de obra pública, perante terceiros, restringe-se aos seus atos culposos na execução dos trabalhos, pois já vimos (a) que os danos resultantes do fato da construção cabem, unicamente, à entidade administrativa que ordenou a execução da obra. Por *fato da construção* devem-se entender aquelas situações e conseqüências que decorrem, necessária e inevitavelmente, da simples execução da obra, diversamente dos atos da construção que se tornam lesivos quando executados com imperícia, negligência ou imprudência, vale dizer, com culpa do construtor. Quanto às lesões decorrentes do fato da construção, ou, por outras palavras, do plano da obra ou de sua localização pela Administração, só o Poder Público é responsável, como dono da construção e autor da ordem de sua execução. Quanto aos danos provenientes de ato culposo do construtor, respondem este e o Poder Público, conjunta e solidariamente, como co-autores da lesão indenizável ao particular, estranho à relação contratual de que se originou a obra pública.

E assim é porque o construtor da obra pública — qualquer que seja a modalidade do contrato administrativo — não se equipara ao construtor de obra particular, na condução dos trabalhos. Na construção particular o Engenheiro e o Arquiteto, como profissionais ou empresas, dispõem da mais ampla liberdade concepcional, técnica e direcional da construção, ao passo que na obra pública ficam adstritos às mais diversas imposições da Administração, desde o plano do empreendimento até a sua escritura e especificação dos serviços e dos materiais a serem utilizados. O construtor de obra particular é o técnico soberano e exclusivo na idealização e execução da obra e por isso mesmo há de responder por todos os danos decorrentes da construção, diversamente do construtor de obra pública, que, atendendo ao edital de concorrência, ao caderno de encargos, e às exigências do interesse coletivo, tem a liberdade técnica condicionada aos

padrões da Administração e, por isso mesmo, não assume os riscos impostos pelo Poder Público.

Em face dessa realidade impõe-se distinguir os encargos indenizatórios que tocam ao Poder Público e os que recaem sobre o construtor da obra pública, atribuindo-se à Administração, com exclusividade, as responsabilidades resultantes do só fato da construção ou do plano de obras, e a ambos, solidariamente, as decorrentes dos atos culposos do construtor da execução do projeto. Essa solução se nos antolha a única consuetânea com a responsabilidade absoluta e objetiva da Fazenda Pública, erigida em mandamento constitucional (Const. Federal, art. 194), conciliada com a responsabilidade civil subjetiva do agente direto do dano, quando obra com culpa (Código Civil, art. 159).”

Essa, a orientação que me parece, no que toca à responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, condizente com o art. 107 da Emenda Constitucional n.º 1/69.

Esse dispositivo constitucional, ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos entes públicos, o fez para que os particulares não ficassem prejudicados com o risco administrativo. Para que essa responsabilidade se verifique, é necessário que o dano decorrente de atividade, até lícita, de pessoa jurídica de direito público. E como a pessoa jurídica de direito público atua por meio de seus funcionários, é mister que o dano resulte, direta ou indiretamente, de ato destes, no exercício de suas funções. O que implica dizer que não é indispensável que o prejuízo decorra, diretamente, de ato material de execução do funcionário. Por isso é que se explica a responsabilidade objetiva do Estado pelo fato do empreiteiro que a está executando, e que, portanto, materialmente foi quem, de modo direto, deu causa ao prejuízo. O mesmo sucede, em face do terceiro prejudicado, quando o dano decorre de culpa do empreiteiro. Não fora a obra cuja feitura foi determinada pelo Estado, e o prejuízo não se teria verificado. Nem teria sentido que, quando a obra fosse realizada pelo Estado por intermédio de funcionários seus, a responsabilidade dele existisse independentemente da culpa destes, ao contrário do que ocorreria se o Estado se valesse de empreiteiro para a feitura material da obra. A alusão feita pelo artigo 107 da Constituição Federal a funcionário, no exercício de suas funções, diz respeito, não necessariamente, a que o ato que diretamente tenha causado prejuízo haja sido praticado por funcionário público, atuando como tal, mas, sim, a que a este se prende. É o quanto basta para imputar-se o dano ao Estado. A culpa do

empreiteiro, em face do prejudicado, só interessa no plano civil, uma vez que a vítima do dano só poderá acionar, também, o empreiteiro, se este houver agido com culpa; responsabilidade resultante do artigo 159 do Código Civil. Não, porém, *no plano do direito público, em que a responsabilidade do Estado continua a resultar do art. 107 da Constituição Federal e, não, do art. 159 do Código Civil. O prejudicado pode acionar um ou outro, ou ambos conjuntamente, à semelhança do que decidiu o STF, ao julgar o RE 84.328 (Pleno, sessão de 13-4-77), quando encampou a tese da responsabilidade solidária ao dono da obra (mesmo sem culpa).*"²³

Conclui-se, pois, que a ausência de medidas para garantir o bom funcionamento dos serviços e impedir eventuais danos a particulares enseja uma responsabilidade, que é presumida até que a Administração possa fazer a prova de ter ocorrido, no caso, força maior. Sistematizando as teses dos acórdãos que acabamos de referir, concluímos que a jurisprudência do STF, ao adotar a teoria da culpa de serviço, firmou os seguintes princípios:

a) quando o Estado causa algum dano, por ação ou omissão, deve o mesmo ser reparado, independentemente da prova da culpa;

b) a relação de causalidade decorre do simples fato de ter ocorrido o dano ou sido ensejada ou facilitada a sua ocorrência em virtude de ação ou de inércia dos Poderes Públicos;

c) a pessoa jurídica de direito público só se exonera da responsabilidade comprovando a força maior, não bastando a prova de simples ausência de culpa dos seus funcionários, como entendia a jurisprudência anterior;

d) ao autor da ação cabe provar os fatos e não a culpa, que se presume pela simples razão de os fatos evidenciarem, no caso, o funcionamento deficiente ou a ausência de funcionamento adequado do serviço público.

Os princípios tanto se aplicam à falta de conservação de rios ou estradas como à falta de policiamento efetivo, ou até a falta de diligência dos órgãos fiscalizadores do mercado financeiro, pois, nestas situações, aparentemente díspares, há sempre uma *falta de funcionamento adequado do serviço público*, que não cumpriu as obrigações que a lei lhe atribui e para a execução das quais foi criado.

²³ RTJ 105/230 a 233.

A posição do STF tem sido acompanhada pelos demais tribunais do País. Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve o ensejo de manifestar-se nos acórdãos com as seguintes ementas:

"A responsabilidade da Administração pelos danos causados por obra pública independe de prova de culpa, bastando a existência do nexo causal." ²⁴

"A responsabilidade civil do Poder público, perante os particulares, por inundações ocorridas pelo mau funcionamento dos serviços públicos é integral e não parcial, ainda que outros fatores atribuíveis a terceiros, ou a caso fortuito, concorram para o evento danoso." ²⁵

"Danos resultantes de enchentes ocasionados por forte chuva. Deficiência na execução de obras e serviços pela Municipalidade demonstrada." ²⁶

"Danos resultantes de enchentes do rio Tietê. Art. 107 da CF. Falta de serviço de controle. Fato que provocou prejuízos às lavouras de proprietários rurais." ²⁷

"Danos causados em estabelecimento comercial, por deficiente escoamento de águas pluviais, durante forte chuva." ²⁸

"A Municipalidade responde por prejuízos a estabelecimento industrial decorrentes da má conservação de bueiros e galerias de águas pluviais e da omissão de obras indispensáveis de limpeza e regularização das margens e do leito de rio." ²⁹

"A Municipalidade responde por danos causados por enchentes a imóvel, se decorrentes de mau funcionamento do serviço a que se obrigou." ³⁰

"Danos causados em residência, por deficiente escoamento de águas pluviais, agravados por depósito de terra deixada pela Prefeitura, concorrendo para os entupimentos." ³¹

24 Apelação Cível nº 140.926, in *RDA*, 87/221.

25 Recurso de Revista nº 175.975, in *RDA*, 12/214.

26 2ª Câmara Cível do TJSP, 7-11-80, *RJTJSP*, 66/103.

27 5ª Câmara Cível do TJSP, 18-12-79, *RJTJSP*, 62/92.

28 6ª Câmara Cível do TJSP, 21-8-79, *RJTJSP*, 62/96.

29 2ª Câmara Cível do TJSP, 5-12-74, *RT*, 528/74.

30 5ª Câmara Cível do TJSP, 4-6-79, *RT*, 530/70.

31 3ª Câmara Cível do TJSP, 29-5-81, *RJTJSP*, 47/125.

“A Municipalidade responde por danos causados a residência por enchente resultante não de chuvas anormais e imprevisíveis, mas de deficiência do serviço público.”³²

“Enchente do rio Tamanduateí, na Capital, que causa dano a particulares. Responsabilidade da Prefeitura Municipal de São Paulo decorrente da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço.”³³

“Sendo a causa de sucessivos transbordamentos da corrente a diminuta profundidade de seu canal, aliada ao acúmulo de galhos e detritos carregado pelas águas, caracterizada está a falha do serviço administrativo devendo a Municipalidade arcar com os prejuízos causados pelas inundações.”³⁴

Por sua vez, o antigo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara tem admitido a responsabilidade objetiva do Estado por atos de pilhagem que a polícia não impediu³⁵.

E, também, a consagrou em caso de tiroteio entre a polícia e bandidos, no qual faleceu terceiro, conforme se verifica no acórdão da 5.^a Câmara do TJERJ, na AC n.º 2.711/86, de 30-9-86, no qual foi decidido que:

“Com base na teoria do risco administrativo o Estado é responsável pela morte de pessoa ocorrida em razão de tiroteio iniciado por policiais contra bandidos³⁶.”

Quanto ao mérito, a espécie é de ação contra o Estado, pretendendo a autora indenização pela morte da mãe, ocorrida em virtude de disparos de uma arma de fogo feitos em diligência policial de captura de marginais.

Invocando o art. 107 da Constituição Federal a Dra. Juíza julgou procedente o pedido.

Apela o Estado, insurgindo-se contra o reconhecimento de sua responsabilidade, sob a assertiva de que, havendo dúvida quanto à autoria dos disparos que atingiram a mãe da autora, a ação deveria ter sido julgada improcedente.

Sem razão, contudo, o apelo.

32 5.^a Câmara Cível do TJSP, 14-5-76, RT 511/116.

33 TJSP, RJTJSP, 17/173.

34 A. C. n.º 61.979-1, TJSP, in RT 605/58.

35 Apelação Cível n.º 40.928, in Revista de Jurisprudência do TJGB 14/175.

36 Ementa do EMENTÁRIO FORENSE.

A espécie aplica-se à teoria do risco administrativo segundo a qual a obrigação de reparar o dano decorre do ato lesivo e injusto causado à vítima em decorrência da diligência policial.

Como se sabe, *na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço*. Não se cogita de culpa da Administração ou de seus agentes. *Basta que se demonstre o fato danoso em virtude de ação do Poder Público*.

E isto foi feito.

Para se eximir da responsabilidade, o Estado deveria *comprovar culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior*.

Nesse sentido, porém, nada diligenciu o recorrente, não havendo, assim, por que exonerá-lo de responsabilidade”.

3. A posição da doutrina

A doutrina brasileira, além de consagrar a responsabilidade objetiva e o risco administrativo como fundamentos da responsabilidade civil, reconhece que, havendo mau funcionamento do serviço, o Estado é responsável pelos danos causados, salvo se fizer prova da existência, no caso, de força maior.

Já vimos que RUI BARBOSA defendera a responsabilidade do Estado pela depredação de jornal pela multidão. No mesmo sentido AMARO CAVALCANTI, na sua monografia sobre o assunto, esclareceu que:

“...a responsabilidade civil da Administração Pública ou do Estado, pelo contrário, parte das condições objetivas do dano... se podia dizer que a indenização, por parte da Administração Pública também se dá sem o concurso da voluntariedade e pela só condição de haver um dano verificado ... na responsabilidade civil específica da Administração Pública ou do Estado, o que prepondera é o caráter objetivo da mesma responsabilidade”³⁷.

A teoria objetiva, baseada no risco, foi admitida por FRANCISCO CAMPOS³⁸, SAN TIAGO DANTAS³⁹, SEABRA FAÇUNDES⁴⁰, MÁRIO

37 *Responsabilidade Civil do Estado*, nova ed., Rio, 1967, p. 345.

38 “Pareceres”, 1.ª série, p. 230.

39 *Problemas do Direito Positivo*, Rio, 1963, pp. 149 e seqs.

40 *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio, Forense, 1967, p. 188.

MASAGÃO⁴¹, AGUIAR DIAS⁴², HELY LOPES MEIRELLES⁴³, RUY CIRNE LIMA⁴⁴ e CAIO TÁCITO⁴⁵, constituindo, hoje, matéria mansa e pacífica, não apenas como simples aspiração num direito *in fieri*, de *de lege ferenda*, mas, sim, como norma concreta consolidada no Direito Positivo e com categoria de regra constitucional.

Houve, no tocante à responsabilidade civil, uma evolução no sentido de substituir, nas relações entre o indivíduo e a coletividade, a responsabilidade baseada na culpa pela reparação fundada no risco e no direito à segurança, evolução que foi estudada, entre nós, por ALVINO LIMA⁴⁶ e por WILSON MELO DA SILVA⁴⁷, ensejando, ainda, no exterior, os trabalhos de GEORGES RIPERT, RENÉ SAVATIER, B. STARCK, os irmãos MAZEAUD, RENÉ CHAPUS e outros.

No campo do Direito Público, estabeleceu-se que as relações entre as pessoas de direito público e os particulares se regeriam pela teoria do risco ou pela idéia ainda mais ampla de segurança, enquanto a responsabilidade do funcionário perante o Estado continuaria vinculada à idéia de culpa. Em defesa da noção de segurança das pessoas e dos bens, admitiu-se que qualquer violação de direito devia ser indenizada, só se excluindo a responsabilidade no caso da força maior e de culpa exclusiva da vítima ou do lesado.

Na realidade, a diferença fundamental entre a teoria do risco e a culpa presumida consiste no fato de que, no primeiro caso (risco), só se exclui a responsabilidade na hipótese de força maior, enquanto, no segundo (culpa presumida), reconhecem-se como causas de exoneração o caso fortuito e o fato de terceiro⁴⁸. Em relação ao Estado, tem entendido a nossa jurisprudência que ao réu cabe provar a ocorrência da força maior⁴⁹. De acordo com a melhor doutrina, podemos, pois, afirmar que o critério jurisprudencial adotado no Brasil é o do risco administrativo.

41 *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 303.

42 *Da Responsabilidade Civil*, 3ª ed., Rio, Forense, vol. II/584.

43 *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, p. 534.

44 *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre, ed. Sulina, 1964, p. 198.

45 *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 354 a 362.

46 *Da Culpa ao Risco*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1960.

47 *Responsabilidade sem Culpa*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1974.

48 LAUBADERE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 4ª ed., Paris, 1967, p. 632.

49 *RDA* 55/267.

Uma parte da doutrina continua exigindo a prova da culpa da Administração nos casos de depredações por multidões e enchentes. Em tais hipóteses, entendemos que a culpa é anônima, constituindo o que se denominou "falta de serviço", que não necessita ser provada, presumindo-se pelo simples fato do mau funcionamento do aparelho administrativo, como, aliás, decidiu a jurisprudência no acórdão-líder de 1958. A ocorrência do dano comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização. A doutrina francesa reconhece, a este respeito, que a falta de serviço não deixa de constituir uma falha da empresa ou do Estado, concluindo que *l'accident anonyme est présumé faute de l'entreprise*⁵⁰. No caso, a falha do serviço, o resultado danoso e a prova da causalidade são elementos suficientes para ensejar a responsabilidade pública. E vimos que este tem sido o entendimento jurisprudencial, que presume a culpa da Administração e só permite que ela se exonere da responsabilidade fazendo a prova da força maior⁵¹.

Aplica-se, no caso, o mandamento constitucional por se entender que houve culpa de serviço, pois a Administração não conseguiu, em tempo hábil, prevenir, evitar, controlar ou reprimir a enchente ou o movimento multitudinário. Daí surge, automaticamente e de pleno direito, a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público.

Embora a idéia da falta de serviço estivesse inicialmente relacionada com defeitos na construção ou manutenção de obras públicas, a jurisprudência aplicou o mesmo princípio às hipóteses de falta de policiamento para garantir a segurança de pessoas ou bens. Assim, o Conselho de Estado, na França, considerou que havia falta de serviço pelo fato de não ter a Administração tomado as providências necessárias para defesa do público no caso de um campeonato de tiro⁵².

Nada impede que a falta de serviço consista numa omissão, pois o Estado assume, em relação ao cidadão, um conjunto de deveres, entre os quais avulta o de manter adequado sistema policial para garantir a segurança das pessoas e dos bens. CAMBIER escreve, a este respeito que:

"Le particulier qui paie à prix d'impôts le fonctionnement des services publics a le droit d'attendre que ceux-ci, comme c'est leur raison d'être, lui assurent toute garantie normale"⁵³.

50 LUCIEN SPEZ, *Contributions du Doyen Hauriou au Droit Administratif Français*, Paris, 1966, p. 133.

51 RDA 55/267.

52 PAUL DUEZ e GUY DIEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, ed. Dalloz, 1962, p. 426.

53 *La Responsabilité de la Puissance Publique et de ses Agents*, Paris, 1947, p. 503.

Dentro da mesma orientação, GERARD CORNU lembra ser a obrigação de manter o adequado funcionamento dos serviços um imperativo básico da Administração Pública, acrescentando PAUL DUEZ que:

“reconnaitre une faut c'est dire que le service était obligé et qu'il doit réparer pécuniairement les conséquences de son inaction”.⁵⁴

Como bem salientado na jurisprudência, não procede o argumento *ad terrorem*, segundo o qual a responsabilidade do Estado não pode abranger todos os atos criminosos realizados no seu território. Trata-se, na maioria dos casos, na lição de PEDRO LESSA, de situações que podiam ter sido previstas e evitadas pela autoridade.

Finalmente, a responsabilidade do Estado tem amparo no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos, ao qual já se referia AMARO CAVALCANTI e que foi consagrado pelo Excelso Pretório. Para o mestre do Direito pátrio:

“assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é, hoje, fundamental no Direito Constitucional dos países civilizados”.

Este pensamento firmou-se na doutrina universal, ensejando a igualdade de todos os indivíduos diante dos encargos públicos⁵⁵. Na realidade, a verdadeira solução jurídica impõe sempre a reparação dos danos nas relações entre o indivíduo e a coletividade, fazendo recair sobre a comunidade os riscos decorrentes da vida social. Assim, a responsabilidade objetiva se impõe na legislação de acidentes do trabalho, dos transportes e nas relações entre as entidades de direito público e o indivíduo, conservando-se a culpa, tão-somente, como critério de composição de conflitos nas relações interindividuais como já sustentamos num dos nossos primeiros trabalhos há cerca de quarenta anos.⁵⁶

Se a aplicação de tal princípio acaba parecendo onerosa é porque, como salienta PEDRO LESSA, o aparelho administrativo não está devidamente organizado e o único remédio contra tal desorganização — acrescenta o eminente mestre do nosso Direito — “seria, precisamente, forçar o Estado, por aplicação severa da regra da responsabilidade, a escolher empregados mais esclarecidos e mais devotados ao interesse público”.⁵⁷

54 Apud MARTINHO GARCEZ NETO, “Prática da Responsabilidade Civil”, Rio, ed. Jurídica, 1970, p. 156.

55 LAUBADERE, *ob. cit.*, p. 630, nº 1.166.

56 ARNOLDO WALD, *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*, Rio, ed. Imprensa Nacional, 1953, p. 74.

57 *Do Poder Judiciário*, Rio, 1915, p. 166.