

DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO, EM ESPECIAL FRENTE AO ARTIGO 107 DA CARTA POLÍTICA DE 1969

ALCINO PINTO FALCÃO

1. *Posição de relêvo do direito brasileiro* — Danos padecidos por particulares em razão da atividade estatal sempre os houve, mas o imperativo de Justiça da sua reparação pelo Erário só há menos de século é que veio a obter consagração jurisprudencial e a ser objeto de previsão legislativa, nos países ocidentais. Mas em modalidade e intensidade diferentes, como se verá a seguir, em confronto em que o nosso direito, se não se pode classificar como o mais perfeito, sem dúvida merece ser incluído entre os mais condizentes com os ditames da Justiça distributiva e com os postulados do Estado de Direito. Ao menos, em tôdas as vicissitudes constitucionais iterativas, que temos sofrido, o princípio, já entre nós consagrado, da responsabilidade da Fazenda Pública por danos causados a particulares pelos agentes das entidades de direito público tem conseguido sobreviver e até obter maior ênfase, passada a borrasca política.

Um confronto com o que ocorre na América do Norte e na Inglaterra servirá para mostrar, desde logo, a superioridade do nosso direito no ponto, eis que entre nós, desde a República, a jurisprudência começou a reconhecer a responsabilidade da Fazenda Pública e não apenas a individual dos servidores causadores do dano, como fazia a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, já na época avançada (o inciso XXIX do artigo 179 recitava: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”).

Este inciso é a fonte primária e anciã, em que viria a repousar, de início, a responsabilidade, não obstante visar, na ocasião, a criminal, como se vê da lição dos constitucionalistas imperiais (1). Na exegese do texto constitucional, o clássico PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente (2), mandava conferir os artigos do diploma penal e a lei de responsabilidade dos ministros e secretários de Estado, e regimentos das diversas autoridades, que estabeleceriam as respectivas penalidades. Esclarecia, ainda, ser “um princípio fun-

(1) Assim, HENRIQUES DE SOUZA, *Constituição Política do Império Anotada*, Recife, 1854, pág. 77, nota 1, se limitava a mandar ver o Código Criminal, artigos 124 a 168 e 170 a 172.

(2) *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, números 602/603 (pág. 428 da reimpressão oficial de 1958).

damental, que os empregados públicos são estabelecidos no interesse do serviço social, e não no seu interesse individual, para manter os direitos dos cidadãos, fazer-lhes justiça, promover os interesses e o bem-ser da associação". E avançando uma proposição ainda atual: "A responsabilidade dos agentes do poder constitui pois uma das condições e necessidades essenciais da ordem e liberdade pública, *uma das garantias indispensáveis dos governos constitucionais*" (o grifo é nosso)!

A Lei da Responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, de 15 de outubro de 1827, em seu artigo terceiro e parágrafo primeiro, coíbia o abuso de poder, daquele que... "usando mal da sua autoridade nos atos *não especificados* na lei, que tenham produzido prejuízo, ou dano provado ao Estado, ou a qualquer particular", com a sanção de remoção para fora da Côrte e seu termo, e... "além disso a reparação do dano à parte, havendo-a, ou à Fazenda Pública quando esta seja interessada, sem o que não voltará à Côrte".

Muito embora se possa ter como boa a lição de AMARO CAVALCANTI (3), o príncipe dos autores nossos, em tema de responsabilidade do Estado, de que... "uma coisa se pode, todavia, assegurar com inteira verdade: é que no Brasil nunca se ensinou ou prevalecem a *irresponsabilidade* do Estado pelos atos³ lesivos dos seus representantes" e de que... "a teoria, aceita no país, tem sido *sempre* a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio" — parece mais condizente com a realidade realçar que com a República e instituição da Justiça Federal é que o instituto passou a ter foros de cidade, armado o particular de ação judicial para haver o ressarcimento contra o Estado e isso com o particularismo de afastarmo-nos no ponto do modelo norte-americano (injusto e digno de crítica, como abaixo se ressaltará), não obstante a nossa primeira Constituição republicana (de 24 de fevereiro de 1891) naquele direito se haver inspirado em alta dose, a termos de RUI BARBOSA (4) prelecionar: "Nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dêle e a própria lei nos pôs nas mãos êsse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que... "os estatutos dos povos cultos, especialmente que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão subsidiários da jurisprudência e processo federal".

Nossa primeira Constituição da República, no ponto e em boa inspiração, não se informou no modelo anglo-americano (ver-se-á a seguir), pois ao tratar da competência dos recém-criados juizes federais, deu-lhes atribuição expressa (art. 60, letra c) para processar e julgar... "as causas provenientes de compensações, reivindicações, *indenização de prejuizos ou quaisquer outras*, propostas pelo govêrno da União contra particulares ou vice-versa".

(3) *Responsabilidade Civil do Estado*, tomo II, n.º 86 d, pág. 611 da reedição de 1956, sob os cuidados de José de Aguiar Dias. A magistral obra, ainda atual e de leitura obrigatória entre nós, é de 1904. Superior às estrangeiras!

(4) *Apud*, CÂNDIDO MOTA FILHO, *O conteúdo político das Constituições*, Rio, 1950, pág. 147.

Um *vice-versa* a deixar entender que à República não repugnava a responsabilidade do Estado por danos causados a particulares; e que êstes a podiam convocar a Juízo.

2. *Da inferioridade dos direitos anglo-americano e suíço* — Por mais antigo e informar o norte-americano, cabe examinar a posição do *direito inglês*. Na Inglaterra de longa data se reconhece a responsabilidade, criminal e civil, dos funcionários (nem de todos, porém) por danos causados a pessoas privadas. Mas, já quanto à solidária do Estado, a tradicional regra *the King can do no wrong* sempre foi empacho sério a que prosperasse, até 1948, lê-se nos autores ingleses (5), respondesse em Juízo por danos derivados de ação por ela expressamente autorizada, como ficou decidido, em 1842, no famoso caso do Visconde de Canterbury v. Procurador-Geral (“Attorney-General”). Certo, em determinados casos, por equidade (*as a matter of grace*), o Tesouro pagava indenizações, mas sim através de decisão administrativa e não judicial: como um dever moral e não como uma obrigação.

A partir de 1948, em razão do diploma *Crown Proceedings Act*, de 1947, com várias e importantes limitações, a Coroa passou a poder ser demandada em Juízo. Mas, os atos, por exemplo, de certas autoridades policiais não autorizam a propositura da ação, por não serem lá inteiramente pagos pela verba do Tesouro e a lei só prevê a responsabilidade quando o servidor o fôr (“Nor is the Crown Liable; for the police are not paid wholly out moneys provided by Parliament and are not, therefore, within the definition of servants of the Crown for the purpose of imposing vicarious liability in tort”). Essa lei aplica-se, outrossim, no Reino da Escócia, com algumas variantes, devidas a particularismos do respectivo regime jurídico.

Nos *Estados Unidos*, o panorama é ainda mais desagradável para o nosso jurista e complicado, em razão do federalismo lá existente em sua plenitude. Influenciado pela herança inglesa, também lá goza de favor o princípio (análogo) da imunidade do Estado (“nonresponsability of the sovereign”) por atos dos seus agentes, embora algumas leis federais desde 1919 venham abandonando a rigidez do princípio, adverte o douto M. SEABRBA FAGUNDES (6), que, com justeza observa que... “ainda assim, o princípio da responsabilidade civil do Estado está longe de alcançar o relêvo, que lhe é geralmente reconhecido”.

Na verdade, já desde o século passado (1887) era lícito pedir em Juízo (7) perdas e danos *contratuais* contra a União, mas só uma lei de 1946 é que permitiu ao particular bater às portas da *Court of Claims*, para postular indenização por atos culposos ou ilícitos do Governo Federal ou de seus funcionários e não pedir, através de uma resolução legislativa (“introduction of a private bill in Congress”), a respectiva reparação do dano sofrido. Mas

(5) Cf., WADE e PHILLIPS, *Constitutional Law*, 4.^a edição, págs. 312/313 e pág. 180.

(6) Cf., *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário* (3.^a ed., 1957), pág. 205.

(7) Ver, CARTER e ROHLFING, *The american government and its work*, 1952, pág. 259.

essa lei de 1946 está longe de ser satisfatória, por demais restritiva: assim, o montante do pedido há de ser *de menos* de mil dólares, não cabendo indenização, entre outras hipóteses, por perdas ou má descarga de malas do correio, por detenção indevida de mercadorias pelas autoridades aduaneiras, bem como em razão de operações da Tennessee Valley Authority, de forças militares, da Guarda da Costa ou do Panamá.

Mas no âmbito estadual é que maior é a diversidade de técnicas e mais notável se mostra a imperfeição, no tema, do direito norte-americano. Em notável, fundamentado e exaustivo trabalho da responsabilidade do famoso Departamento de Notas da "Harvard Law Review", sob o título "Administration of Claims Against the Sovereign" — "A Survey of State Techniques" (8), se podem extrair os principais traços dessa legislação estadual norte-americana.

Esclarece-se que, atualmente, vários Estados já reconheceram a iniquidade resultante da imunidade do governo frente à violação de contratos e pelos prejuízos que as atividades estaduais causam, por vêzes, a pessoas e à propriedade privada. Mas, ao menos em quatro Estados (Alabama, Arkansas, Illinois e Oeste Virgínia) disposições constitucionais expressas vedam que o Estado possa ser demandado em Juízo; outros (Idaho, Montana, Nevada e Utah) prevêm, nas Constituições, órgãos administrativos para apreciarem pedidos de indenização, sendo que o de Michigan, que também estaria nesse grupo, em 1948 em parte dêle se afastou, criando um Tribunal (*Court of Claims*), com jurisdição compreensiva para certo elenco de hipóteses. As Constituições dos demais Estados ou não se referem ao tema ou o relegam para a esfera do legislador ordinário. Mas, ponto importante a destacar é o de que, mesmo entre os Estados que têm dispositivos constitucionais ou legais iguais, não há uniformidade de interpretação nos respectivos tribunais, uns achando que é válida a autorização do legislador, permitindo o Estado ser réu em Juízo e outros concluindo pela negativa ("Even among states with similar constitutions the problems are different because of varying court interpretations").

Há Estados, ainda em número elevado, que estimam que o assunto é de ser decidido, caso por caso, por apreciação legislativa. O prejudicado pedirá reparação à Câmara Estadual e essa, se achar justo, por lei especial ou resolução, fixará a indenização ou dará licença para o lesado citar o Estado em Juízo. Em alguns, tal expediente tem sido considerado livre de vício de inconstitucionalidade, mas em outros os tribunais têm declarado que essa licença sucumbe face ao princípio constitucional de ser proibido editar leis particulares ou individuais ("special laws").

A doutrina tem criticado essa maneira de reparar, que sobrecarrega as Câmaras com pedidos individuais e que implica em que o prejudicado obtenha o patrocínio de um deputado da maioria, para servir de *sponsor*, isto é, para

(8) Cf., vol. 68, n.º 3 (1955), págs. 506/517. Em nota um (1) elencam uma série de autores — entre os quais MAGUIRE, BORCHARD e SHUMATE — que escreveram artigos fundamentais, criticando a irresponsabilidade: *For many years the non responsibility of the sovereign has been the subject of criticism by legal writers.*

apresentar o projeto à Câmara, acompanhar o seu andamento e fazer valer o seu prestígio, com a esperada aprovação, que às vezes fica de uma legislatura para outra.

E além disso, há outros inconvenientes *morais* (para os países latino-americanos seriam hipóteses de *corrupção* e senão o Mundo, pelo menos muita coisa viria abaixo!). Assim, em 1948, um relatório vindo a lume na "Minn. Law Review" (1948, 539/544) fez público o incômodo das despesas "extraordinárias", a que ficam sujeitos por vezes os pretendentes a obter indenização por via legislativa, referindo, como (*pitoresco* e não *escandaloso*, como seria entre nós!) uma hipótese em que o presidente de uma comissão legislativa pediu ao interessado (lesado) uma "pequena soma" de trezentos e vinte dólares, com finalidade de comprar chapéus para os membros da comissão, antes de por ela ser dado parecer favorável. No original, segundo os autores que vimos seguindo (ver, pág. 509, nota 21, do número da "H.L.R.", citado em a nota oito retro): "One example is related in which it was alleged that a committee chairman demanded of a claimant a slight charge of \$320, purportedly to buy hats for committee members, before the claim would be recommended."

Apesar desses inconvenientes, esse método (de atendimento dos prejudicados por via legislativa) continua a vigor em vários Estados da Federação. Em outros, porém — no elevado número de dezessete — existem Colégios Administrativos, de composição diversa em cada Estado — aos quais os prejudicados devem formular seus pedidos de composição de prejuízos. A doutrina aponta inconvenientes nessa técnica: não serem tais órgãos administrativos idôneos para formarem uma jurisprudência, pois seus membros (às vezes leigos) não gozam da estabilidade própria dos magistrados de carreira e varia muito, por isso mesmo, a composição de tais colegiados administrativos. E um inconvenientes: porta aberta para pressões políticas (*an additional opportunity for political pressures*).

Uma minoria de Estados, para obviar a esses vexames e afastar os prejudicados da arena política (*v.g.*, Nova Iorque, Califórnia, Vermont, Kentucky, Arizona, Visconsin, Massachusetts) admite a via judicial. Mas, em geral, com restrições: *a*) interpretam os tribunais restritivamente os textos legais, que lhes atribuem jurisdição contra o Estado ("the acts have been very restrictively construed by the courts"); *b*) as legislaturas conservam largos contrôles ("the legislature retains extensive controls"), pois se reservam votar ou não as verbas destinadas a solver as eventuais condenações, não havendo dispositivo constitucional que as obrigue a fazê-lo.

No que acima se compendiou ressalta a insuficiência manifesta e complexidade evidente do direito norte-americano, no ponto que interessa a êste artigo e só aplausos merece a jurisprudência brasileira, no início da vida republicana, em não seguir o conselho do legislador que organizou a nossa primeira Justiça Federal, a que acima nos referimos (9).

(9) Dificilmente um jurista alemão, francês ou brasileiro poderá deixar de tecer considerações desfavoráveis ao direito norte-americano, no ponto que vimos examinando. Assim, a Sra. BARBARA Y. KARITZKY, doutora por Heidelberg e que passou a viver em Cleveland — no artigo *Die Staatshaftung im amerikanischen*

Mas o *direito suíço*, também influenciou o nosso direito republicano, como acentuava em sessão do Supremo Tribunal Federal o ministro VIVEIROS DE CASTRO (10); no ponto, pôsto que algo superior ao norte-americano, apresenta-se, por igual, deficiente e, por isso, bem andou a nossa jurisprudência em nenhuma atenção dar ao mesmo, ao ter que enfrentar os problemas da responsabilidade patrimonial do Estado por atividades lesivas aos particulares, diretas ou derivadas de atos de seus agentes. Segundo o informe do professor de Bona, Dr. PETER SCHNEIDER, em sua contribuição *Beamtenverantwortlichkeit und Staatshaftung im schweizerischen Recht* (11), a situação do direito suíço há de ser, como na América do Norte, encarada não apenas sob o ângulo federal, mas, outrossim, sob o cantonal.

Traço favorável do direito suíço (nesse aspecto bem diverso do inglês) é que o conceito (para os fins de responsabilidade) de funcionários é amplo, por construção do "Verantwortlichkeitsgesetz", de 9 de dezembro de 1850 (lei de responsabilidade); além de funcionários no sentido restrito, também se estende a juizes e outros altos titulares, bem como a simples trabalhadores da administração federal e, por igual, das suas autarquias. O pessoal militar, que está sujeito a um *status* especial, tem sua responsabilidade regulada no respectivo estatuto.

Esta lei regula, principalmente, a responsabilidade do funcionário "para com a Federação". O particular lesado deve dirigir sua ação contra o funcionário, que, culposa ou ilegalmente, haja prejudicado; mas não o poderá fazer sem antes obter licença do Bundesrat, que fará um exame prévio da boa aparência da pretensão. Se a licença fôr negada pelo Conselho Federal aludido, o particular, como condição de procedibilidade, terá que prestar uma caução

Recht, em que se preocupou com o direito federal norte-americano e vindo a lume no "Archiv des öffentlichen Rechts", vol. 87 (1962), págs. 370/379, observa que o "Federal Tort Claims Act", que teria sido um progresso, pôsto que, expressamente, recusando indenização para avultado número de hipóteses — tem, além disso, sofrido uma interpretação restritiva pela jurisprudência federal, a ponto de ler-se num acórdão de 1956: "The U.S. is immune from suit except as it has consented to be sued. Statutes waiving immunity are construed not only strictly in favor of the Government but narrowly and literally".

Como curiosidade, anota que não tendo a citada lei de 1946 previsto, explicitamente, a ação regressiva, esta não tem sido admitida pela Suprema Córte.

De tudo que expusemos, parece serem por demais otimistas as palavras de HELY LOPES MEIRELES (*Direito Administrativo*, 2.^a ed., de 1966, pág. 528), quando ensina: "A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pela *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado, pelos atos de seus agentes".

Temos, pois, como mais condizente com a realidade a lição de SEABRA FAGUNDES ("O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", ed. de 1957, pág. 205), referindo-se a essa nova legislação anglo-americana: "Ainda assim, o princípio da responsabilidade civil do Estado está longe de alcançar o relêvo, que lhe é geralmente reconhecido".

(10) Ver, *Pandectas Brasileiras*, vol. I, 2.^a parte, pág. 9.

(11) Ver, *Die öffentliche Verwaltung*, 8.^o ano, fascículos 17/18 (1955), páginas 538/542. Todo esse número é dedicado ao problema da responsabilidade do Estado, com vários artigos de professôres da mais alta nomeada.

arbitrada pelo Tribunal, para proteger os funcionários de queixas infundadas (“Um den Beamten vor ungerechtfertigten Klagen zu schützen”) (12).

Pelo artigo 33 da Constituição, o único caso em que o particular pode diretamente demandar a Confederação, por ato de suas autoridades, é quando — em relação a alguns titulares de cargos ou funções importantes — se lhe vê recusada autorização para propor ação de perdas e danos contra os mesmos.

No que toca à responsabilidade por atos danosos das Forças Armadas e de seus membros, o assunto é regulado pela Lei de Organização Militar (MO), de 12 de abril de 1907. Prevalece o princípio de que o soldado (ao cumprir missões militares) apenas ao Comando deve contas. A responsabilidade pessoal só ocorrerá se praticar, dolosamente, danos em serviço ou se os praticar fora da missão, que lhe foi dada. Por isso, essa lei admite a responsabilidade da União, com eventual direito regressivo, pelos danos a terceiros, durante os serviços e exercícios. Uma responsabilidade objetiva, causal, de direito público (*eine öffentlich-rechtliche Kausalhaftung des Bundes*).

No que tange aos funcionários estaduais não há uniformidade de soluções, a maioria tendo leis próprias, salvo os dos Cantões de Uri, Neuenburg, Appenzell e Wallis, que não as fizeram e, por isso, supletivamente a êles se aplica a federal, a que vimos dando atenção.

Em oito Cantões (Zurique, Schwyz, Midwalden, Obwalden, os dois Appenzell, St. Gallen e Tessin) o prejudicado só tem ação contra o funcionário culpado, mas por culpa lata, sendo que no de Tessin se admite, bem como no de Freiburg, a responsabilidade *alternativa*. Nos Cantões de Uri, Zug, Solothurn e Wallis já encontra espaço o sistema da responsabilidade *subsidiária*, e acessória, do Cantão. Nos Cantões de Berna, Glarus, os dois meios-cantões de Basileia (Cidade e Campanha), Neuchâtel e Genebra, a responsabilidade é solidária; já em Lucerna, Schaffhausen, Graubünden e Aargau a responsabilidade é *exclusiva* do Cantão. No de Waadt, dá-se uma singularidade: a responsabilidade do Cantão é mais ampla, pois que o funcionário só poderá ser demandado por danos intencionais ou derivados de culpa grave e essa restrição a êle não se aplica.

(12) Essa lei de 1850 há muito vem sendo julgada digna de reforma pelos juristas helvéticos. Assim, trabalhos de HANS KAUFMANN e CARL OTT, reunidos sob o título *Die Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten* (Basileia, 1912), consubstanciando as críticas da época, já propunham a reforma da lei, que publicam em apêndice. O segundo desses doutores, escrevendo em francês (pág. 246) sublinhava: “Il est assez difficile de déterminer quelles sont parmi les 44 dispositions de la loi de 1850 celles qui se rapportent à la responsabilité civile. C'est un labyrinthe dont on ne peut sortir qu'en enforçant les parois. Certains articles en effet, semblent au premier abord ne s'appliquer qu'à la poursuite pénale et aux mesures disciplinaires; il faut inférer du contexte qu'elles régissent aussi l'action civile. D'autres, au contraire, auxquelles le législateur renvoi pour la réparation du dommage, ne sont pas susceptibles d'application”.

A lei de 1850 trata, também, de medidas disciplinares (art. 5.^o), que aqui não nos interessam e cuja crítica foi feita, na coletânea suso referida, por KAUFMANN (relatório em alemão), que também examina as penas. Sobre estas últimas, no âmbito estadual, a obra a consultar é a de ALFRED MUFF, *Die Strafverfolgung gegen die obersten administrativen und richterlichen Beamten der Kantone* (Aargau, 1948).

Como se vê, bons motivos têm os juristas helvéticos para impugnarem o sistema, se é que de sistema se pode falar, tendo-se em frente essa multiplicidade de soluções.

3. *Nossa jurisprudência também é superior à do direito português.* — O direito português não exerceu nenhuma influência sobre o desenvolvimento do nosso, em tema da responsabilidade de que vimos tratando.

Entre nós, papel de relêvo tem desempenhado a jurisprudência, na construção e evolução do direito administrativo (13), não obstante a opinião contrária do pranteado J. GUIMARÃES MENEGALE (14). Ao menos, no terreno da responsabilidade pecuniária do Estado, isso grita aos olhos, bastando ler os repertórios de jurisprudência.

Em Portugal, a jurisprudência nunca se permitiu exercer êsse papel. Com grande autoridade, MARCELO CAETANO (15), tratando exatamente do nosso problema, adverte que a jurisprudência lusa se mantém nos estritos limites da lei, sendo... “sabido que uma das características do nosso direito público, diversamente do que sucede em França, é o provir da lei e não da jurisprudência dos tribunais administrativos”.

Esclarece o ilustre professor e atual governante português que, a parte um ou outro texto de lei particular, o tema da responsabilidade do Estado e de seus agentes há de ser encarado face ao disposto nos artigos 2.399 e 2.400 do Código Civil (hoje abrogado) e artigos 366 e 367 do Código Administrativo de 1940 (relativo à responsabilidade dos concelhos, freguesias e províncias).

Observa — invocando precedentes e a lição de GUILHERME MOREIRA — que pela letra do Código Civil o Estado só responderia, como pessoa moral, nas suas relações de caráter civil, mas já não assim no que toca aos atos de gestão pública e aos de autoridade.

Como progresso, esclarece que o Decreto-lei n.º 19.126 deu nova redação ao artigo 2.399 do Código Civil (de 1867), estabelecendo a responsabilidade do Estado e das autarquias, solidariamente com os seus funcionários, pelos atos que êstes praticarem dentro da sua competência, mas com violação da lei. Mas, pela nova redação, a responsabilidade será apenas pessoal do funcionário (pág. 571) se o ato fôr praticado com incompetência, excesso de poder ou preterição de formalidades essenciais.

Ressalta, pois, ser bem mesquinha aos olhos de um jurista brasileiro tal proteção outorgada ao lesado e, mais ainda, porque parece que aquela pequena vantagem concedida pelo Decreto-lei n.º 19.126 não foi mantida no recente Código Civil Português, de 1967.

Êste, pela letra (e pela letra é que o direito administrativo português se afirma, como suso observado) — do artigo 501 só prevê a responsabilidade

(13) Cf., HELY LOPES MEIRELES, *Direito Administrativo Brasileiro*, edição de 1966, pág. 17; OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Rio, 1969, págs. 353/354.

(14) Cf., *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, edição de 1950, vol. I, pág. 32.

(15) Cf., *Manual de Direito Administrativo*, 2.ª edição, pág. 576.

pelo exercício de atividades de gestão privada (“O Estado e demais pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, respondem civilmente por êsses danos nos têrmos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários”).

Parece claro que nenhuma correspondência existe, no tema da responsabilidade de que vimos tratando, entre o direito brasileiro e o português. Seguimos caminhos diferentes; temos em que o nosso, porém, é o que melhor conduz ao ideal de Justiça e segurança dos direitos individuais. Pode ser mais oneroso para o Erário, mas isso é outra coisa; nada tem que ver com os imperativos da Justiça distributiva, a que o Estado deve homenagem.

4. *O direito francês; sua jurisprudência notável.* — Quando o nosso AMARO CAVALCANTI (op. cit., tomo II, n.º 67 c, pág. 482), faz mais de meio século, se referiu em têrmos desfavoráveis à jurisprudência francesa ao propósito do assunto que nos interessa, deve ter sido levado mais pelo seu desejo de ver entre nós prosperar um modelo perfeito e abrangedor de plena responsabilidade do Estado — o que não passava entre nós de aspiração — do que, pròpriamente, negar o papel de destaque daquela jurisprudência.

Dizia o nosso especialista, no passo citado: “Para encerrar o capítulo precisamos, todavia, declarar — que a tendência da jurisprudência francesa é, manifestamente, a de amparar os direitos individuais contra as lesões, cometidas pelos representantes ou funcionários do Estado. Mas de um lado, a preocupação tradicional dominante de que os atos administrativos *só podem ser apreciados pela autoridade administrativa*, o que leva a fazer distinções e subdistinções nos atos ou funções públicas, para evitar a interferência do poder judiciário, — e de outro lado, a falta de disposições legais de caráter geral, especialmente reguladoras da matéria, tem dado ocasião a tantas incertezas, senão incongruências ou contradições nas normas seguidas e nas decisões dessa jurisprudência, que jamais poderíamos apontá-la como modelo de boa razão e critério na questão que nos ocupa”.

Fôssem êsses defeitos óbvios, e continuassem êles ainda a persistir, e nem assim se poderia recusar a essa jurisprudência (e qual outra havia, na ocasião ao menos, para com ela ser confrontada?) a grande e pioneira influência exercida entre nós e nos outros países, no seu louvável esforço de, senão enterrar, pelo menos abalar os alicerces do obsoleto e injusto dogma da irresponsabilidade do Estado. Com o Ministro JOSÉ DE AGUIAR DIAS (16), há que reconhecer-se que essa jurisprudência francesa, do Conselho de Estado, é que veio a inaugurar, dando impulso e sistematização, a *fase do direito público*, no que concerne à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público.

Sem dúvida, pelo princípio da separação rígida entre as autoridades administrativas e judiciárias, tão caro aos juristas da grande Revolução — essa jurisprudência não é a judiciária, como devera ser; mas, por isso mesmo,

(16) Cf., *Da responsabilidade civil*, 2.ª edição, vol. II, n.º 201, pág. 172. Êsse tratado é, como se sabe, a obra de maior autoridade entre nós.

maior o seu mérito, construindo o próprio Conselho de Estado uma jurisprudência independente e evolutiva. Isso talvez como *hodierna* versão do pensamento do *barão de la Brède e de Montesquieu* (CHARLES-LOUIS DE SECONDAT), quando afirmava (17): “La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d’esprit qui provient de l’opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu’on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu’un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen”. Como se substituísse “cidadão” por Estado, no tema de reparação de danos...

Partindo do nada, essa jurisprudência chegou à doutrina da “falta do serviço”, para nela fazer repousar a responsabilidade do Estado e suas agências. Se não é satisfatória essa solução — por mais justo e técnico ser reconhecer a responsabilidade causal, objetiva — na prática a diferença é pequena, uma vez a jurisprudência cada dia aumenta o elenco dos casos de responsabilidade, a ponto de o professor J. DE SOTO, da Faculdade de Strasburgo, anotar (18): “La liste des fautes commises par les administrations publiques s’allonge constamment”.

E algumas daquelas distinções e subdistinções, que mereceram as palavras de animadversão suso transcritas — e dentre elas a que distinguia entre *atos de império e de gestão*, hoje sem sequazes entre os nossos juristas — foram pouco a pouco sendo, também, abandonadas pelos juristas franceses. Quanto a êsse famoso esquema, JEAN-MARIE AUBY, ilustre catedrático de Bordéus (19), garante que hoje quase não é mais empregado em França, na discussão do problema da responsabilidade do Estado, conseqüente a danos por atos de império e aos por atos de gestão, pois na verdade inexistente diferença fundamental entre as normas jurídicas, que para ambos valem (“in Wirklichkeit besteht auch kein grundsätzlicher Unterschied Zwischen den rechtlichen Bestimmungen, die für diese beiden Fälle gelten”). Mas observa que há uma certa necessidade científica para a conservação da distinção: a intervenção por ato de império justifica um litígio sobre a sua legalidade que se funda na distinção entre intervenção de acordo com o direito ou “contra-legem” e que objetivará a suspensão do ato ou a declaração da sua nulidade. Já para os danos derivados de atos de gestão não há necessidade de se litigar sobre essa questão prévia.

Mas com o que acima se disse, em defesa da jurisprudência francesa, não pretendemos ocultar que está longe de merecer encômios incondicionados, pois, *no geral dos casos* em que reconhece ao particular o direito de ser indenizado, por atos de império, põe como condição ou fundamento jurídico a ocorrência de erro ou falta da Administração e não a aplicação do princípio da responsabilidade causal ou objetiva. E mais ainda: para a responsabilização são apenas significativas as faltas crassas ou indesculpáveis (AUBY, em sua excelente exposição de síntese, o diz: “Für die Haftung sind nur die

(17) Cf., *De l’esprit des lois*, edição a cargo de Gonzague Truc (Paris, 1949), vol. I, pág. 164 (Livro XI, capítulo sexto).

(18) Cf., “Revue du droit public”, vol. 70, pág. 811.

(19) Artigo sob o título *Die Ersatzleistung für Schäden durch hoheitliche Eingriffe im öffentlichen Recht*, no repertório (pág. 536 a 538) a que nos referimos na nota 11 retro.

größten Fehler gegen die Vorschriften massgebend").), como tais considerádas as em que a autoridade administrativa demonstra desconhecimento dos princípios jurídicos pertinentes, atua com vício de incompetência ou quando a finalidade do ato é ilegítima. Se violados apenas os princípios relativos à forma ou processuais, caberá uma subdistinção, pela jurisprudência francesa: só haverá espaço para a responsabilidade quando ficar inconcusso que, sem o vício, a decisão administrativa não poderia ser tomada. No caso de êrro de fato ou de motivação, há de ser êle inexcusável ou grave.

Acima falamos num "geral dos casos", porque o que se procurou reduzir a sistema vigora no que diz respeito aos casos de vício de ilegalidade. Mas naqueles poucos, em que o ato de império corresponde a uma intervenção legítima e, não obstante, como exceção, a jurisprudência manda indenizar o prejuízo — há particularismos, pois êle é reparado em homenagem ao princípio fundamental da igualdade frente aos encargos e sacrifícios impostos pelo poder público. Aqui, também, a jurisprudência fala em falta do serviço, mas para limitar (com o propósito de não sobrecarregar financeiramente o Erário!) e não mais, segundo a nova doutrina francesa, como fundamento jurídico do dever de reparar, mas sim como condição para restringir a aplicação do aludido princípio da igualdade ("Nach der neueren Rechtslehre ist der Fehler der Verwaltung zwar nicht der Rechtsgrund, wohl aber eine Bedingung, die den Zweck hat, die Anwendung des Grundsatzes der Gleichheit einzuschränken") (20).

Em alguns casos angustiosos, em que a Justiça impõe o dever de reparar, mas em que não se poderia nem de longe falar em falta do serviço, por exceção se tem mandado indenizar. Assim, quando a intervenção por ato legítimo de império, para atingir um fim de interesse comum, umas pessoas, em atenção a outras, venha a prejudicar. Mas se o prejuízo não foi causado com essa qualificação, mas sim ocasionado por circunstâncias exógenas, descaberá qualquer pedido de indenização; será a hipótese da lei de fixação de preços, desde que se presume que ela, única e somente, no interesse geral intervém, sem a finalidade de atingir um determinado fabricante.

Uma das dificuldades que depara a jurisprudência francesa é não poder apreciar da constitucionalidade das leis, como é por todos sabido. E essa situa-

(20) Os professôres franceses, representando a doutrina, têm feito reservas a êsse modo de restringir reparações, para não onerar o Tesouro. Dignas de transcrição as palavras de MARCEL WALINE (*Revue du droit public*, vol. 73, página 191): "Le Conseil aurait-il craint que les demandes d'indemnité ne se multiplient, et en a-t-il redouté les répercussions sur les finances publiques? Il est difficile de supposer que de telles considérations aient pu influencer un juge. Un juge, ayant constaté l'existence d'un préjudice, et l'imputabilité de ce préjudice à la faute du défendeur, ne peut que condamner ce dernier, sans avoir égard aux répercussions possibles de cette condamnation sur le patrimoine du coupable, et, si le coupable est l'État, sur les finances de l'État. Le Conseil d'État n'est pas le gardien du Trésor public, il est l'arbitre entre l'État coupable et les victimes innocentes". Mas convém marcar que, na espécie da crítica, não estava em jôgo a responsabilidade baseado no princípio da igualdade, mas sim uma hipótese, em que foi negada indenização por ato arbitrário, contrário à lei (internação administrativa).

ção perdurará, ao que tudo indica, pelas implicações ideológicas (21), em que a questão é colocada pelos partidos políticos em França. Sempre, desde o século passado, os partidos da direita ou, pelo menos conservadores, é que lá têm defendido, com constância e ardor, o contróle constitucional das leis pelo juiz, com precisão observa a laureada da Faculdade de Direito de Paris, no ótimo tratado, que citamos em nota. E essa conotação político-partidária tem sido obstáculo à admissão, pelos constituintes, do contróle do tipo norte-americano, da nossa tradição republicana, por ser considerado o juiz, normalmente um *conservador*, inclusive pelas influências do ambiente em que vive e trabalha: “En outre, l’influence des auxiliaires de la Justice, avocats, avoués, en contact étroit et permanent avec les magistrats, déteint fortement sur la mentalité de ceux-ci, qui finalement adoptent les mêmes points de vue et font preuve du même esprit conservateur. Il n’est guère douteux que les juristes forment l’un des éléments les plus conservateurs de notre population. N’est-ce pas déjà renoncer à changer l’ordre social que de résoudre les cas d’espèce, par une simple interprétation littérale de la loi écrite?” Por isso, a Constituição da 4.^a República, do após segunda Guerra Mundial, limitou-se a um passo tímido, criando um “Comité Constitutionnel”, que em nada se assemelha com o nosso modelo. E a posterior (de DE GAULLE), de 1958, no artigo 61 instituiu um órgão híbrido, político-jurídico, o “Conseil Constitutionnel”, mas que não veio trazer o contróle judiciário das leis, do nosso tipo, pois é preventivo e admitido no interesse dos Podêres (manter entre eles a separação de funções estabelecida na Constituição) e não no interesse do respeito aos direitos e liberdades individuais, assegurados na Constituição (22).

Mas tudo isso que se expôs não exclui que o juiz francês ordinário seja chamado, em certas hipóteses, a tutelar o direito do particular lesado: assim acontece quando o Conselho de Estado conclui que não houve ato administrativo propriamente dito, mas sim simples “via de fato”. A distinção por vezes é sutil e controvertida, ocasionando conflitos de jurisdição, com perda de tempo, adiando a reparação para dias incertos, com denegação de Justiça. Mas isso se deve imputar, não aos fundamentos propriamente ditos da responsabilidade do Estado, mas sim à existência de uma dualidade de jurisdição, da tradição francesa.

No que toca a insultos à propriedade, a competência normal é do juiz ordinário, por ser via de fato, informa de recente PHILIPPE BRETON (23). Não cabendo na finalidade e nos limites deste artigo fazer um elenco de precedentes jurisprudenciais, como exemplo esclarecedor limitar-

(21) Ver, JEANNE LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le controle juridictionnel du législateur*, Paris, 1954, págs. 11/14/15 e 35.

(22) Cf., M. DUVERGER, *La Ve. République*, Paris, 1959, pág. 152. Uma distinção entre os dois sistemas, nos vários aspectos, depara-se em ANDRÉ HAURIU, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, edição de 1968, págs. 835/836, que chega à mesma conclusão; aliás, opinião tranqüila entre os juristas franceses atuais (ver, JEAN CHATELAIN, *La nouvelle constitution*, 2.^a edição, pág. 180).

(23) Cf., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Paris, 1964, pág. 55. É o livro fundamental sobre esse aspecto particular, com exaustiva informação sobre casos e uma perfeita apreciação crítica.

nos-emos a lembrar os casos tidos como de *desapropriação indireta*, segundo a exposição dêsse autor, em que — face ao conhecido *princípio da intangibilidade da obra pública*, o juiz não pode mandar destruir aquela feita irregularmente em solo particular não desapropriado, mas sim apenas conceder indenização ao proprietário (págs. 69/71).

5. *O direito alemão atual; seus méritos e controvérsias.* — No tema que interessa a êste artigo, entre nós o ministro AMARO CAVALCANTI (op. cit., n.ºs 72/77) foi quem maior atenção deu ao direito alemão da época, fazendo uma síntese erudita, em que se deixa perceber o entusiasmo e a reverência do autor. Escrevendo nos primeiros anos do século, claro que se ateuve aos expositores do século passado, mas já sublinhando o papel preponderante da doutrina e da jurisprudência alemã, tão importantes como a francesa, construindo a proteção do particular prejudicado, suprindo a deficiência de textos positivos e abalando progressivamente o dogma rigoroso da irresponsabilidade do Estado, a ponto de afirmar já naquela época: “Não é, todavia, com êste rigor, isto é, sob a égide da irresponsabilidade, que os fatos se passam no domínio da jurisprudência, mesmo quando praticados pelo *Estado Poder Público*, como em seguida teremos ensejo de verificar” (n.º 72, *in fine*).

Não é nosso propósito, em face da precisão com que o nosso especialista versou o tema, repetir aqui o que êle informou a respeito do assunto dêste artigo, até o início do século. À sua lição nos reportamos e remetemos o leitor; apenas, com AMARO CAVALCANTI, lembraremos que o Código Civil Alemão (BGB), de 1900, no parágrafo 839 admitiu a responsabilidade dos funcionários, mas, se não incluiu, expressamente, a do Estado — não foi porque na época se considerasse como intangível o dogma da sua irresponsabilidade, mas sim por motivos técnicos (ver, n.º 74, pág. 514), isto é, por “haver triunfado o princípio de que a responsabilidade do Estado-poder público não devia ser incluída entre as regras do direito privado”. O teor do aludido § 839 do BGB convém ser transcrito, pois ainda hoje vigente, como se verá, no curso dêste artigo: “O funcionário que, intencionalmente ou por negligência, viole o dever profissional que lhe impende frente a terceiro, deve a êste reparar o dano causado. Se apenas fôr culpado de negligência, só poderá ser demandado se o lesado não puder obter reparação por outro modo. — Se na decisão de um processo (“*Rechtssache*”) um funcionário viola seu dever oficial, só será responsável pelo dano causado se à infração do dever de ofício fôr cominada uma pena, a ser imposta em ação penal pública (“*wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist*”). Esta disposição não se aplica ao caso de recusa ou demora ilegal de cumprir o ofício. A obrigação de reparar o dano não tem lugar quando, intencional ou negligentemente, o lesado omitiu afastar o dano por uma via legal”.

Acrescentemos que aquilo que, pelos motivos técnicos, não foi reconhecido no BGB, finda a Primeira Guerra Mundial, foi incluído na primeira constituição republicana (de Weimar), em seu artigo 131, como se vê da lição de OTTO MEISSNER (24), que passamos a traduzir para o vernáculo:

(24) Cf., *Die Reichsverfassung*, 1919, págs. 192/193.

“As violações de ofício do funcionário podem, outrossim, produzir consequências jurídico-privadas, tal o dever de compor o dano. Cada funcionário responde pela legalidade de suas ações; daí deflui a obrigação de indenização a danos ilegítimos causados a terceiros. Fundamento jurídico e alcance destas consequências da violação do dever se apuram segundo o direito privado, isto é, os §§ 839 e 841 do BGB; mas por êstes não basta qualquer violação do dever para ensejar reparação, eis que esta passa a ser devida apenas quando o funcionário, em relação a terceiro, viola um dever funcional, intencional ou culposamente. Por ação dessa natureza, pela norma civil, é o funcionário diretamente responsável frente ao terceiro prejudicado; a Lei de Introdução ao BGB deixou ao direito estadual tomar ou não o lugar do funcionário; êste desenvolvimento foi levado a térmo pela nova Constituição em seu artigo 131, pelo qual, já agora, de modo unitário, para todo o País (*für das Reich*), se transfere para o Estado ou demais entidades de direito público, a cujo serviço esteja o funcionário, com direito regressivo contra êste, mas ao qual não se deve excluir a via judiciária”.

Êsse artigo 131 da Constituição de Weimar, com a assunção do poder pelo nazismo, sofreu a mesma triste sorte que coube a ela: ficou no papel, sem valor prático, embora não expressamente revogado, como não o foi ela. Como se sabe e esclarecem os doutôres (25), através de uma ação semelhante à inglêsa da *Pride's Purge*, do longínquo tempo de Cromwell (sessão de 6 de dezembro de 1648), aos 21 de março de 1933 (data nefasta para o Mundo), por votação parlamentar, em circunstâncias de verdadeiro terror oficial, foram transmitidos a Hitler podêres *absolutos* — o que, na verdade, a Constituição de Weimar não proibia, eis que informada de idéias de Rousseau (com menosprêzo das de Montesquieu), que a experiência tem demonstrado, apesar de racionalmente democráticas, conduzirem, via de regra, à ditadura. Com os podêres absolutos, não havia necessidade de, formalmente, revogar a Constituição; apenas esta deixou de valer como tal, tendo suspensa a vigência dos seus principais mandamentos e os demais tão só vigendo, como se fôssem lei ordinária.

Êsse regime despótico não podia conceder, mesmo por definição, qualquer homenagem aos princípios do Estado de Direito e, declaradamente, contestava a bondade e existência dos direitos individuais clássicos. Por isso, nesse período negro, falar em responsabilidade do Estado não fazia bom eco. Se havia, seria algo como a sombra de uma sombra; e, daí, deixar para o historiador material abundante para marcá-lo como uma página negra da civilização, mas, também, para o jurista uma época de patologia do direito e da Justiça. E êsse material patológico, por sua vez, sendo de interêsse para o jurista, sob vários aspectos, após subjugado o nazismo, pela fôrça das armas das potências democráticas: a) o problema da reparação dos particulares, le-

(25) Cf., CARL J. FRIEDRICH (professor of Government, Harvard University), *Der Verfassungsstaat der Neuzeit* (tradução do Dr. Alfons Mutter), págs. 169/171. Por isso, a respeito do aludido art. 131, poder afirmar-se com HANS J. WOLFF (*Verwaltungsrecht*, 2.^a ed., vol. I, § 63, pág. 315) que o mesmo vigeu até 1949 (“der bis 1949 fortgalt”), isto é, até a nova Lei Fundamental de Bona, cujo artigo 34 tomou o seu lugar.

sados em seus direitos individuais, durante o nazismo; b) a *coexistência de duas ordens normativas*, isto é, a *militar* (tropas aliadas de ocupação) e a *nova constitucional* (Lei Fundamental, de Bona, de 1949), que, durante alguns anos (26), se apresentaram como fontes — simultâneas e autônomas — de direito público interno, não obstante ser isso uma singularidade, contrariar princípios elementares e a regra da experiência da vida (“dois Califas não podem encontrar-se: um dêles há de sucumbir”). Daí, com precisão, o egrégio THEODOR MAUNZ (27) criticar a opinião de alguns, que achavam que o direito editado pelos Comandos aliados, nas respectivas zonas de ocupação, o teria sido na qualidade de fideicomissários (“Treuhänder”) de um pretense Estado alemão (os referidos Comandos não teriam proclamado o direito no próprio nome, mas em nome alemão), uma explicação engenhosa para sair da dificuldade, mas inaceitável, porque a ser assim ficariam sujeitos à nova Constituição (Lei Fundamental, de Bona, de 1949), vinculação esta não reconhecida. Assim, essa singular dualidade de fontes, naquele período, se explica e subsistiu apenas em razão de aplicação de regras do direito das gentes (situação de território ocupado por potências vencedoras da guerra) e remata, ao propósito, o ilustre catedrático de Munique: “Direito de ocupação e direito alemão interno movem-se em dois planos diferentes e são ambos grandezas, que entre si não se podem medir” (*Besatzungsrecht und innerdeutsches Recht bewegen sich auf zwei verschiedenen Ebenen und sind zwei nicht aneinander messbare Grössen*).

Esse período conturbado, todavia, apresenta interesse especial, no tema que diz respeito ao nosso artigo. As potências democráticas, que ocuparam a Alemanha *como vencedoras* incondicionais da guerra (na Itália e França entraram e permaneceram como *libertadoras* e, por isso, deixaram ao poder interno o privilégio de editar regras de direito), de logo depararam a necessidade de prestigiar os direitos individuais, postergados e violentamente feridos, durante o regime nazista (sanções políticas, atentados à liberdade individual, confiscos administrativos, etc.). Assim, a par de Editos tendentes à desnazificação, outra legislação, de natureza urgente, foi editada pelos Comandos Militares, procurando irritar as medidas de discriminação do nazismo, no tangente às liberdades civis e individuais, das vítimas do ódio político e racial daquele regime (claro que para os sobreviventes, porque para os mortos o mais que se poderia fazer era a censura da opinião mundial e levar os responsáveis ao Tribunal de Nuremberg). Mas havia, ainda, o problema dos danos ao direito de propriedade, que muitos perderam, naquele regime, por motivos políticos e, também, sem ser pela via judicial competente; isso, de logo, foi objeto dos Comandos Aliados, que, através do instituto da *Rückerstattung* (restituição), procuraram, de certo modo, amparar os prejudicados, através de procedimento sumário. O Comando americano baixou a lei n.º 59, de 10-11-1947, o inglês a lei n.º 59, de 12-5-1949, o

(26) Essa situação anormal perdurou até maio de 1955, quando as tropas de ocupação passaram à situação de amigos (OTAN) e foi dissolvida a Alta Comissão Aliada (cf., MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, 2.ª ed., *Einleitung*, V, 6).

(27) Cf., *Staatsrecht*, 3.ª ed., pág. 309.

francês o decreto n.º 120, de 10-11-1947. Pela lei americana (28), os atuais possuidores de bens móveis ou imóveis, que tivessem sido objeto das aludidas medidas arbitrárias, os tiveram que devolver aos legítimos donos; se adquirentes sucessivos, de boa fé, com direito de evicção quanto a seus antecessores. Além de outras sanções, mas que, talvez pelo particularismo do direito norte-americano (a que já nos referimos), de forma alguma se revestem da responsabilidade do Estado, nos termos que vimos examinando. Esta, porém, veio a ser consagrada no artigo 34 da Lei Fundamental de Bona, de 1949, como a seguir se mostrará.

O artigo 34 suso mencionado recita: “Viole alguém, no exercício de uma função pública a si confiada, o dever de ofício em relação a terceiro, a responsabilidade cabe, por princípio, ao Estado ou órgão, a cujo serviço se encontre. Nos casos de dolo ou negligência crassa fica a ação regressiva reservada; a via judiciária regular não deve ser excluída, quer para a ação de indenização, quer para a regressiva” (“Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadenersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden”).

Esse texto trouxe inovação em relação ao artigo 131 acima mencionado, pois não mais fala em “exercício de poder público” (“Ausübung öffentlicher Gewalt”), mas sim — o que é mais abrangedor — em “exercício de uma função pública” (“Ausübung eines öffentlichen Amtes”) e, por outro lado, assegurou o recurso ao juiz ordinário, excluindo o administrativo e o arbitral e, mesmo, o próprio conflito de jurisdição (29).

Mas esse novo artigo, que procurou ser mais claro do que seu antecessor abriu espaço para uma *vetata quaestio*, na doutrina tedesca. Contendo êle a locução adverbial *grundsätzlich* (por princípio) há os que, como HANS J. WOLFF (*op. cit.*, pág. 316), sustentam que continuam em vigor certas leis anteriores, que excluíam a responsabilidade do Estado e só, algumas, admitiam a do próprio funcionário (*v.g.*, lei que fazia depender de reciprocidade a responsabilidade estatal frente a alienígena prejudicado, a relativa aos diplomatas, a pertinente aos serventuários que apenas recebem custas, as limitativas de responsabilidade do serviço do correio, cheques postais, telecomunicações, etc.); mas há doutrina de igual prestígio, que merece a nossa simpatia, como a professada pelos respeitáveis autores do “Bonner Kommentar” (*loc. cit.*), em sentido contrário, dando outro significado à locução, a excluir limitações pela lei ordinária, *tanto mais que*, segundo a opinião comum, o art. 34 não é programático, mas sim direito cogente imediato (“dass er unmittelbar geltendes Recht darstellt”) e válido para a Federação e demais Unidades.

(28) Cf., EWALD KÖST, *Juristisches Wörterbuch*, 3.^a ed., págs. 454/456.

(29) Cf., FRIEDRICH GIESE, *Grundgesetz Kommentar*, 4.^a ed., págs. 67/69; *Bonner Kommentar*, de H. J. ABRAHAM e outros, ao art. 34.

Na doutrina alemã, há um século ao menos, sempre houve juristas que propugnaram por uma direta e primária responsabilidade do Estado, já que este exige obediência (“dar der Staat Gehorsam erheische”) e, pois, deve indenizar o cidadão, como correspectivo (ZACHARIAE, na “Nona Jornada de Juristas Alemães”, em 1871) ou, indo mais avante, o prof. GÖTZ, de Lipsia, na mesma ocasião, preconizando a adoção da teoria do risco.

Mas, na prática legislativa e jurisprudencial, o máximo a que se chegou — adverte o Professor ULRICH SCHEUNER (30) — fazendo companhia aos franceses, austríacos e italianos — foi considerar, como pressuposto do dever de reparar, a culpa da Administração. Mas, nesse ponto, com uma restrição em relação à jurisprudência francesa: esta, se houver concorrente do particular lesado, dá a indenização, repartindo, porém, o prejuízo, segundo os princípios civilísticos. Numa hipótese dessas, como a do transeunte curioso que fica, como espectador, assistindo imprudentemente a polícia atirar numa multidão de amotinados e sai ferido, ou naquela em que o prejudicado, negligentemente, deixa de tomar providências para mitigar o dano, o Estado não responde (“im deutschen Recht schliesst sie eine gleichzeitige Organhaftung aus”). É que, face à redação do artigo 34, a jurisprudência leva em conta os dizeres dos §§ 839 e 823 do BGB, a ponto de o Prof. HANS J. WOLFF (vol. cit., pág. 320) sustentar que... “o artigo 34 da Lei Fundamental é, materialmente, preenchido pelo § 839 do Código Civil Alemão e apenas mudou de destinatário a legitimidade passiva” (“Artikel 34 GG wird also durch § 839 BGB materiell ausgefüllt und verschiebt lediglich die Passivlegitimation.”).

Se nesse aspecto a situação do prejudicado é menos favorável no direito alemão do que pelo francês, aquêle faz uso mais antigo de uma reparação em espécie aparentada e a que não se aplica o artigo 34 GG, como linhas abaixo se verá.

Referimo-nos à concessão de indenização por certos sacrifícios impostos a particulares e que, em dadas circunstâncias, autorizam o prejudicado a ajuizar pedido de compensação do sacrifício sofrido (o chamado *Aufopferungsanspruch*); êste remédio cobrirá casos de intervenções estatais legítimas, tidas, porém, como conflitantes com o princípio da igualdade frente aos deveres ou encargos públicos, que uma lei prussiana do século passado já mandava compor (31).

(30) Seu artigo *Probleme der staatlichen Staatshaftung nach deutschem Recht*, no repertório citado na nota 11 retro (pág. 549).

(31) Essa lei, segundo o Dr. F. KREFT, juiz federal de Karlsruhe, em seu artigo *Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen*, no repertório citado na nota 11 retro (pág. 517) previa: “O Estado deve indenizar aqueles cujos direitos e vantagens (*Vorteile*) foi forçado, pelo bem comum, a sacrificar”. O direito francês faz também aplicação desse princípio da igualdade perante os encargos públicos (como vimos, através da lição de AUBY) para justificar o dever de indenizar, como exceção à regra aplicada aos comuns. Essa fundamentação é recebida pela jurisprudência francesa e considerada boa pela quase totalidade dos publicistas franceses; no entanto, o douto RENÉ CHAPUS, com apoio em Charles Eisenmann — em seu tratado *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1954, págs. 342/346, propugna pela aplicação da teoria do risco, considerando violenta a extensão dada ao prin-

Apreciando êsse instituto do *Aufopferungsanspruch*, tão caro aos juristas tedescos, o professor ULRICH SCHEUNER (32), esclarece que com o artigo 131 da Constituição de Weimar houve quem (Stödter e Furler) pusesse em dúvida a subsistência desse velho instituto, mas o mor da doutrina e da jurisprudência, então como hoje afirma continuar a vigor, como *direito costumeiro* ("als gewohnheitsrechtliche Regel gilt"). Por não ser caso de indenização por desapropriação, nem de perdas e danos pelo artigo 34 GG, a indenização não será plena, mas tão só equitativa ("die hier einen angemessenen Wertausgleich gewährt").

Como no direito francês, de alto valor e interêsse as contribuições da jurisprudência; neste artigo, porém, não nos propomos a elencar a casuística dos diferentes direitos, mas apenas dar-lhes os traços principais, no tema que nos interessa. E isso pensamos ter conseguido, em modesta síntese, fazer quanto ao atual alemão, concluindo com a observação de que o artigo 34 GG traz a vantagem de elevar a garantia constitucional o princípio da responsabilidade do Estado, mas, por outro lado, dados os seus dizeres, será um obstáculo a que, na Alemanha, venha a florescer o princípio da responsabilidade causal, objetiva ou aquela teoria defendida perante a "Nona Jornada de Juristas Alemães", de 1871, a que fizemos anterior referência.

6. *Ligeira apreciação dos direitos austríaco e italiano.* — Não obstante ser notável a contribuição dos austríacos para o conhecimento e progresso dos vários ramos do direito, só muito recentemente é que vieram a promulgar legislação, enterrando o velho dogma da irresponsabilidade do Estado (33). Seu Código Civil, um dos mais antigos (1811), nada previa, quer mesmo quanto à responsabilidade pessoal dos funcionários; aliás, um decreto real de 14 de março de 1806 determinava a proibição de serem demandados, por suas ações oficiais, os funcionários perante a jurisdição civil. Essa situação foi, em parte, mitigada por certas leis particulares, mas só a Constituição republicana de 1920, inspirada na de Weimar, é que, no artigo 23, veio a admitir o princípio da responsabilidade do Estado, mas sem alcance prático: interpretou-se não ser auto-aplicável o artigo, mas tão só programático, dependendo de legislação ordinária. Êsse artigo, finda a Segunda Guerra Mundial, teve sua redação modificada pela Novela de 1949 e, finalmente, veio a legislação almejada: o *Amtshaftungsgesetz* (AHG), de 18 de dezembro de 1948, prevendo a responsabilidade do Estado. Uma lei administrativa de 1952 ("Verwaltergesetz 1952"), em seu § 13, prevê, também, a responsabilidade

cípio referido, que, na origem, apenas pretendeu abolir os privilégios feudais, no que tocava aos encargos fiscais.

(32) Na coletânea *Verfassungsschutz des Eigentums*, Tübingen, páginas 104/108.

(33) Sôbre o que afirmamos aqui, quanto ao direito austríaco, conferir: Prof. LUDWIG ADAMOVICH, presidente do Tribunal Constitucional, *Verwaltungsrecht*, 5.^a ed., vol. I, págs. 285/290; Dr. HANS KAPPER, ministro da Justiça e vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, *Das Allgemeine bürgerlich Gesetzbuch*, edição de 1963, onde (págs. 1.781/1.790) transcreve a nova lei de 18 de dezembro de 1948 (AMG), regulando a responsabilidade do Estado e indica as soluções jurisprudenciais.

pessoal dos administradores, pelos danos que, culposamente, com violação do dever, ocasionarem ("Die öffentlichen Verwalter haften für jeden aus schuldhafter Pflichtverletzung entstandenen Schaden.").

Pelo § 1.º do AHG suso referido, o Estado Federal ou os Estados da Federação e demais entidades públicas respondem pelos danos dos seus funcionários ("ihre Organe handelnden Personen") causados a patrimônios ou à pessoa, na execução das leis através de um procedimento ilegítimo, mas sempre com culpa causados ("wem immer schuldhaft zugefügt haben"). Vê-se do texto claro do parágrafo que o legislador austríaco recente se filiou ao critério arcaico da culpa do funcionário, como pressuposto para ensejar a demanda do lesado contra o Estado; e, restringindo ainda mais contra o particular, prevê que o funcionário não responda frente ao lesado ("dem Geschädigten haftet das Organ nicht"). A indenização será sempre em dinheiro.

Como ponto favorável do parágrafo, ressalte-se ter êle deixado expresso que o funcionário, para os fins da lei, será qualquer pessoa física, quando atuar na execução das leis — Justiça inclusive (mas a jurisprudência já decidiu que um perito judicial não o será tal) —, que tenha sido investido em caráter permanente ou não ou mesmo para o caso concreto, mesmo que tenha sido contratado pela lei trabalhista ou civil. Também interessante o § 2.º, quando diz não ser necessário ao prejudicado indicar *qual* o funcionário causador do dano para propor a ação; basta fazer a prova de que o dano foi causado por *um* funcionário. Mas não haverá espaço para a ação se o lesado, por meio jurídico, pudera ter impedido, através do Tribunal Administrativo, a ocorrência do seu prejuízo. E, antes de propor a ação — da competência da Justiça ordinária (§ 9.º) — o prejudicado deve ter pedido reparação pela via administrativa e só se não lograr bom êxito, no todo ou em parte, é que poderá recorrer a Juízo, marcando o § 8.º três meses para a Administração responder à sua reclamação, que há de ser escrita. Se o prejudicado for estrangeiro, só gozará da proteção dessa lei no caso de reciprocidade internacional (§ 7.º).

O parágrafo 3.º prevê a ação regressiva, devendo pelo § 10.º o funcionário ser notificado pelo réu da ação proposta, podendo êle intervir no processo *ad adjuvandum* ("als Nebenintervenienten beitreten").

Êstes os pontos principais da nova legislação austríaca, que, com ela, se afastou do dogma da irresponsabilidade do Estado, embora dentro de certos limites, como vimos.

De maior interêsse para nós a posição *italiana*, no tema do nosso artigo, sabida que é a grande autoridade que entre nós sempre mereceram seus eminentes mestres de direito administrativo, ontem como ainda hoje. Pôsto não seja exato que a respeito os italianos hajam procurado imitar os mesmos princípios adotados pela jurisprudência francesa, como alguns autores afirmam — e essa Justiça se deve fazer aos italianos, como já advertia o nosso AMARO CAVALCANTI (*op. cit.*, vol. II, n.º 78, pág. 533) — o certo é que a jurisprudência italiana tem chegado a conclusões paralelas à francesa.

A distinção entre atos de império e de gestão tem-lhe sido bastante cara, ainda encontrando defensores do porte de um RENATO ALESSI, autor que, contemporaneamente, melhor tem versado o tema do nosso artigo, em ita-

liano (34). Em obra mais recente, publicada já no regime da nova Constituição republicana (35), defende a distinção, apenas criticando a consequência de parcial irresponsabilidade da Administração, que de tal distinção se pretende extrair: “la siffatta distinzione... ha la sua ragion d'essere, como sappiamo, appunto in vista della diversa regolamentazione giuridica; il torto della dottrina qui criticata fu di aver applicato la distinzione in esame a limitare il campo della responsabilità dell'amministrazione in base alla pretesa incompatibilità tra sovranità e responsabilità, tra l'esercizio del potere di impero o possibilità di essere soggetto ad una manifestazione del potere stesso e ad una declaratoria giudiziaria di responsabilità emanata a favore di uno dei soggetti al potere suddetto”. Assim como o professor AUBY (como mostramos ao versar o direito francês) também há na Itália, quem, com idéntica autoridade, defenda a distinção tão do desagrado dos juristas brasileiros.

Outro ponto em que o direito italiano — mesmo após a atual Constituição — se mostrou semelhante ao francês, foi no basear a responsabilidade do Estado no conceito de culpa da Administração. Isso por obra da jurisprudência, que, por isso mesmo, não admitia a chamada responsabilidade indireta (“la giurisprudenza é tuto ramolto restia ad ammetterne la possibilità nel caso degli enti pubblici”, observa ALESSI, op. cit., pág. 47). Mas, em doutrina, sempre houve grandes nomes, defendendo a responsabilidade objetiva e sem os limites aludidos (36), como o próprio ALESSI.

Com a Constituição da República, de 1948, o instituto que nos interessa sofreu um progresso, por haver sido incluído no texto constitucional, mas que, por sua vez, criou novos problemas de interpretação.

De fato, o art. 28 — classificado como “uno dei più profondamente rivoluzionarii di tutta la Costituzione” (37) — passou a preceituar: “Os funcionários e os dependentes do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados com violação dos direitos. Em tais casos a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos entes públicos”. Ao par desse artigo, há o não menos importante 113, que recita: “Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária e administrativa. — Tal tutela jurisdicional

(34) Autor de obra já clássica, de leitura obrigatória, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, dois volumes (Milão, 1939/1941).

(35) Cf., *Diritto amministrativo* (Milão, 1950), vol. II, págs. 67/68. Quando no texto nos referirmos a esse professor de Parma, sem outra indicação, estaremos considerando este volume.

(36) Assim: SANTI ROMANO, em famoso artigo de polêmica de 1903 e republicado em *Scritti Minori* (Milão, 1950), vol. II, págs. 157/169; ORLANDO, em artigo de 1893 (*apud* GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 4.^a ed., vol. I, pág. 306, nota 3). Todavia outros professores defendiam a bondade dessa jurisprudência, pela qual o Estado não responderia pelos atos de seus prepostos (responsabilidade indireta), como, p. ex., FRANCESCO D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3.^a ed. (1943), vol. II, n.º 481, pág. 242, e LUIGI RAGGI, *Diritto amministrativo* (lições), vol. II (Gênova, 1947), pág. 195 (contra a responsabilidade objetiva) e pág. 202 (exigindo o exame da culpa, mesmo no caso de responsabilidade direta).

(37) Cf., GASTONE BASCHIERI e outros, *La Costituzione Italiana* (1949), pág. 168.

não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou para determinada categoria de atos. — A lei determina quais órgãos de jurisdição podem anular os atos da administração pública, nos casos e com os efeitos previstos na própria lei”.

De imediato se nota que êsses artigos abriram novos horizontes para o problema, de que vimos tratando. Mas, por sua vez, deram espaço a repartições na doutrina; assim, quanto a êsse último artigo, há os que sustentam (38) que os próprios atos políticos do Governo ficam sujeitos ao contrôlo da jurisdição administrativa e os que, como BASCHIERI (*op. cit.*, pág. 377), com fulcro em AMORTH, dizem que não.

Outra divergência, com maior repercussão na prática, é relativa ao artigo 28. Fundando-se na sua má arrumação, os citados BASCHIERI e companheiros de comentário, acham que (*op. cit.*, pág. 170) a responsabilidade do Estado é, apenas, *subsidiária*; responsável *primário* será o funcionário. Já o mencionado RENATO ALESSI (vol. cit., nota 1 à pág. 46), invocando os trabalhos preparatórios, o artigo 113 e o sistema, sustenta que não será assim que se deverá interpretar o artigo 28.

Duas coisas são certas: com a República o direito italiano evoluiu, no sentido de uma maior responsabilidade do Estado; mas, como observa CINO VITTA (39), encerrando o seu precioso tratado, na prática continua a haver muitas incertezas (“le incertezze in pratica sono state molte”).

7. *A superioridade do direito brasileiro.* — Quando CARLOS MAXIMILIANO (40), comentando o artigo 194 da Constituição de 1946 (que tratava da responsabilidade, que vimos versando) dizia ser a nossa lei “adiantadíssima neste particular” — disse algo que de logo se apura exato e justo, confrontando o direito pátrio, no pertinente, com os dos países ditos cultos e que acabamos de expor, nos números anteriores. Pode-se, até, dizer que o princípio da responsabilidade do Estado é um filho querido da nossa República, passando a integrar uma daquelas decisões fundamentais e, por isso mesmo, sobranceiras às vicissitudes e borrascas da nossa labilidade constitucional.

A primeira Constituição republicana não era infensa a adoção dessa responsabilidade entre nós, como já inicialmente pensamos ter demonstrado e, por isso, a jurisprudência, pouco a pouco, a foi construindo. A segunda Constituição republicana (1934), democrática e oriunda de uma Constituinte, a reconheceu em termos expressos (artigo 171 e seus parágrafos), prevendo a responsabilidade solidária dos funcionários públicos e da Fazenda, mas exigindo que na ação proposta contra o Fisco o funcionário fôsse citado como litisconsorte e (§ 2.º) “executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá a execução contra o funcionário público” (41). Essa exigência de citar-

(38) Cf., G. BALLADORE PALLIERE, *Diritto costituzionale*, 1949, n.º 134, página 324.

(39) Cf., *Diritto amministrativo*, 3.ª ed. (1950), vol. II, pág. 741.

(40) Cf., *Comentários à Constituição*, 4.ª ed. (1948), vol. III, pág. 255.

(41) *Data venia* ininteligível a lição de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*A Const. Federal Comentada*, ed. de 1949, vol. IV, pág. 192), contrária à letra do § 2.º e admitindo um absurdo *bis in idem*: “quanto a êste último ponto, convém lembrar

se o funcionário como litisconsorte desnaturou, em parte, o instituto da solidariedade, pelo qual, pelo direito comum, o credor não precisa de demandar todos os devedores; ficou expresso, justamente por ser um desvio, que, por critério de oportunidade, o constituinte resolveu editar (mais técnico seria fazer como o legislador austríaco recente: obrigar a Administração a convocar o funcionário, *ad adjuvandum tantum*).

Sem ser uma solução ideal ou, ao menos de técnica perfeita, força é reconhecer que, na época, já foi uma solução de progresso; o artigo da Constituição de Weimar, como vimos, era de menor alcance e outro modelo não havia para inspirar o nosso constituinte. A solução impôs-se à própria Ditadura, eis que — excluindo a obrigatoriedade do litisconsórcio e omitindo referência à ação regressiva — a Carta de 1937, em seu artigo 158, recitava: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

Ambas, porém, com a referência a prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos, dificultando a jurisprudência no reconhecer a responsabilidade causal, objetiva, do Estado, como propagado pela mais respeitável doutrina, entre nós.

O grande passo à frente veio a ser dado pelos Constituintes de 1946, eis que a Constituição de 1946, no artigo 194 preceituou: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E o respectivo parágrafo único: “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Antes de nos determos no passo avante contido no *caput* do artigo, seja-nos lícito demorarmo-nos sobre a ação regressiva, que mereceu palavras de reserva do insigne PONTES DE MIRANDA (41-A), para quem, por ela, os interesses do Estado passaram “à segunda plana — não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, *ou contra outra pessoa jurídica de direito público interno*” (grifos nossos). Assim é, sem dúvida, porque o corpo do artigo, como veremos, teve em mira justamente alargar a responsabilidade do Estado, considerando-a primária e afastando os inconvenientes dos textos constitucionais anteriores.

Quanto à referência por nós sublinhada, é difícil de deparar precedente entre nós. Embora não esteja na finalidade deste artigo catalogar julgados, de uma pesquisa só nos sobrou um — interessantíssimo, pela singularidade da espécie e da fundamentação, a merecer a atenção da crítica especializada.

que a idéia de solidariedade, na prática, não excluía de todo a ação regressiva, pela dificuldade de liquidar-se na própria ação (mas *liquidar-se* não significa apurar na execução?), a responsabilidade atribuída ao Estado e ao seu funcionário”.

Na verdade, pela letra do *caput* do artigo, a responsabilidade *primária* seria do funcionário e, não existisse a referente à solidariedade, a Fazenda só poderia ser demandada, subsidiariamente.

(41-A) Cf., *Comentários à Constituição*, ed. de 1947, vol. IV, pág. 169.

Trata-se de acórdão relatado pelo ilustre desembargador EDUARDO JARA (42), da 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, que passamos a focalizar. Vê-se do Relatório que contra o Estado da Guanabara foi proposta uma ação de perdas e danos, por “atos de pilhagem pela multidão, no mercado de São Sebastião, no dia 5 de julho de 1962”. Vê-se ainda do fiel Relatório: “O Governo Federal (fls 120-124), através de seus servidores à época, organizaram e provocaram os acontecimentos criminosos, quando se celebrou o chamado Comando Geral dos Trabalhadores”

O Estado da Guanabara pediu a citação da União Federal, mas, quer o juiz, quer o acórdão, não o atenderam, condenando-o a indenizar, por ser seu dever constitucional garantir a propriedade, cabendo-lhe organizar sua Polícia, para a qual todos concorrem, através de tributo para sua manutenção. No que tange à citação da União, lê-se no acórdão: “Não há porque compêlir o particular a citar a União como responsável, em razão da área de atrito, outrora, entre o Governo da União e o do Estado. A êste é facultado o direito regressivo, se fôr o caso, e demonstrar a ocorrência da força maior que impossibilitou a contenção do saque”.

Esse acórdão, ao que nos consta, o único que prevê uma ação regressiva contra outra entidade de direito público interno, não obstante o parágrafo único constitucional só referir tal ação “contra os funcionários causadores do dano”. Aliás, o tema da ação regressiva, no que toca ao âmbito federal, só diz respeito aos funcionários, como está no parágrafo e diz a lei ordinária (lei n.º 4.619, de 28-4-1965).

Outro ponto, em que o questionado parágrafo deixou espaço para divergência de opiniões, é o de ser lícito ao lesado demandar, simultaneamente, o Estado e o funcionário causador do dano. A nosso ver acertado o acórdão paulista (43), tanto mais que o princípio é o da escolha de ações pela vítima (44). Mas, em sentido contrário, vencido o eminente ministro HAHNE-MANN GUIMARÃES (45), decidiu o Supremo Tribunal Federal, em caso catarinense, isto é, pela negativa.

Quanto ao *caput* do artigo não pode o intérprete obscurecer que êle se afastou dos limites, que os textos anteriores, de certa forma, permitiam defender. Os constituintes receberam a influência de luminosos votos no Supremo Tribunal Federal, proferidos pelos ministros OROSIMBO NONATO e FILDDELFO AZEVEDO, ainda no regime da Carta de 1937 e que, com cópia de argumentos, se afastavam do critério civilístico da culpa (46). Aliás, contemporaneamente a aquêles votos, um aresto unânime, pouco citado, mas muito preciso, relatado pelo ministro JOSÉ LINHARES (47), expressamente afirmava que “a teoria vencedora, hoje em dia, é a do risco integral”.

(42) Ver, “ap. civ.”, n.º 40.928, na *Rev. Jurispr. Trib. Just. G. B.*, vol. 14, págs. 175/176.

(43) Cf. *Revista dos Tribunais*, vol. 177, pág. 853.

(44) Cf., RENÉ CHAPUS, op. cit., págs. 219/220.

(45) Cf., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 31, págs. 282/285.

(46) Tais votos estão bem resumidos em AGUIAR DIAS (volume citado, páginas 177/180).

(47) Cf., “ap. civ.” n.º 7.946 no *Diário da Justiça*, de 5/I/1943, suplemento, pág. 3.

A nosso ver, êsse acórdão é que bem antecipou aquilo que veio a ser legislado no artigo 194. Não ignoramos que não pensa assim o ilustre professor HELY LOPES MEIRELLES (*op. cit.*, pág. 531), fundado num livro de 1933, de um filósofo do direito francês (Jean Defroidmont), direito êsse que não tem o nosso texto constitucional e que, apesar do alto valor que já lhe reconhecemos, não pode servir-nos mais de modelo (como, aliás, já com algum rigor destacava AMARO CAVALCANTI).

Não podemos aderir à lição do professor paulista, que passamos a reproduzir: "*A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniqüidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque foi acoimada de "brutal", pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza. Essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente a sua admissibilidade no texto do art. 194 da Constituição Federal vigente. Contestamos formalmente êsse entender, que se desgarrar da doutrina acolhida pelo nosso direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acêrca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo e não do risco integral.*" (48)

A afirmativa de que essa tese "se divorcia da jurisprudência que se formou acêrca do citado dispositivo constitucional" não pode ser recebida. Ao contrário, vê-se que, no Supremo Tribunal Federal, a ela se converteram antigos opositores. Assim é que, no "recurso extraordinário", n.º 52.311, de que foi relator o saudoso ministro RIBEIRO DA COSTA (49), julgado em sessão de 30 de abril de 1963, êste expressamente declarou que *mudava de opinião anterior* e, por isso confirmava o acórdão recorrido, norte-riograndense, cuja ementa dizia: "A Constituição Federal, em seu artigo 194, adotou a teoria do risco, para o ressarcimento dos danos causados pelos funcionários públicos, bastando para a configuração da responsabilidade civil do Estado no evento danoso, apenas, a verificação do dano, a condição de funcionário causador do prejuízo e que tenha êste agido na qualidade de órgão da Administração." O Relator houve por bem de, em seu voto, fundar-se na sentença do juiz singular, cuja argumentação erudita recebeu como razão de decidir e a referida sentença, por inteiro lida e transcrita no voto do Relator,

(48) O ilustre professor e político paulista escreveu essas linhas transcritas, criticando a interpretação dada ao art. 194 por seus conterrâneos MÁRIO MASAGÃO (*Curso de Direito Administrativo*, 1960, pág. 323) e OTÁVIO DE BARROS (*Responsabilidade Pública*, 1956, pág. 103), que a nosso ver merece acompanhada.

Também nós, em nossa *Constituição Anotada*, Rio, 1957, vol. III, pág. 79, assim concluímos, pois o *caput* fala em danos e prevendo — vê-se do parágrafo — casos de indenização sem culpa do preposto. Posteriormente, em *acórdão* da 4.^a Câmara Cível, de que fomos relator, demos igual interpretação ao art. 194, que se contenta com a responsabilidade causal e objetiva, tendo tido a honra da adesão dos eminentes desembargadores OSCAR TENÓRIO e SALVADOR PINTO, também participantes do julgamento (ver, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, GB, vol. 18, pág. 263).

(49) Cf., *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 88, págs. 141/143.

expressamente se refere, com arrimo em PEDRO LESSA, à teoria do risco integral. Esse julgamento é significativo, porque nêlo tomaram parte, sem qualquer ressalva, os eminentes ministros VILAS BOAS, VICTOR NUNES LEAL (cuja autoridade em direito público é por demais sabida) e HAHNEMANN GUIMARÃES, êste último também convertido à correta inteligência do artigo 194, eis que, anteriormente, se filiava à doutrina da culpa (50), sustentando: "A responsabilidade do Estado por atos dos seus servidores pressupõe a injúria objetiva e a subjetiva; consiste esta na culpa do agente da administração pública".

Nem é exato que a fórmula seja radical e que, por ela, a Administração fique obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. No direito civil, que é o direito comum, já se pôs o problema e o prof. Dr. A. HOMBERGER (51), tratando justamente, da responsabilidade causal (*Kausalhaftung*), dá a fórmula corretiva: "Ocorram circunstâncias, pelas quais seja responsável o lesado, que tenham influído na gênese ou no agravamento do dano, deve o juiz diminuir ou de modo tal relevar o obrigado do dever de indenizar" ("...so soll (kann) der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden").

O que não nos parece é que êsse texto constitucional possa servir para fundamentar pedidos de danos, que não sejam oriundos de atos da Administração. Tais danos podem vir a ser indenizados, mas por outros princípios, não sendo o sistema infenso a que o legislador, em determinadas hipóteses, preveja a indenização (caso da revisão criminal, admitida no art. 630 e seu § 1.º do Código de Processo Penal) ou que a jurisprudência dos tribunais a venha reconhecer devida, como inferência das garantias da igualdade e da propriedade, como o fazem os juizes franceses e é de velha prática entre os alemães (*Aufopferungsanspruch*), com os requisitos que expusemos ao tratar daqueles dois direitos continentais europeus. Êsses casos, não incluídos no artigo 194 e seu parágrafo, não se resolvem pela responsabilidade causal, objetiva, pela aplicação da teoria do risco, mas sim como corolário daqueles outros princípios, como não se resolve pelo artigo 194 e seu parágrafo o dever de indenizar, conseqüente à desapropriação ou quando a União presta auxílio, em casos de calamidade pública. Outros textos e princípios constitucionais é que, nessas hipóteses, estarão em jôgo.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1946, entre nós, é que nos colocou, no tema que ora nos preocupa, na posição de termos um direito dos mais

(50) Cf., acórdão no "rec. extr." n.º 4.622, no *Diário de Justiça*, de 9/IV/1948, apenso, pág. 1.200.

(51) Na separata de *Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*, 1930, ("Erstes Heft"), págs. 50-a/51-a. Na mesma publicação (págs. 83-a/85-a) a lição do Dr. MAX PETITPIERRE: "La règle d'après laquelle le dommage imputable exclusivement au lésé, ce qui suppose l'inexistence d'un lien de causalité adéquate avec une circonstance autre que la faute de ce dernier, doit être supporté par lui, est applicable dans tous les cas de responsabilité causale... En cas de faute du lésé, la responsabilité causale n'est pas nécessairement exclue, mais il faut tenir compte, comme dans le cas de fautes concurrentes du lésé et du défendeur, des différents éléments qui sont rattachés au dommage par un lien de causalité".

justos e evolutivos, isto é, “adiantadíssima neste particular”, na frase suso lembrada de CARLOS MAXIMILIANO.

E com um sentido de permanência, tanto assim que o Diploma Constitucional de 1967 e a mais recente Carta Constitucional de 1969 — que moldaram, na forma e na substância, outros direitos — a respeito nada modificaram de substancial, limitando-se a piorar a redação.

De fato, lê-se no Diploma de 1967, de tão curta duração, em seu artigo 105: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E no § único: “Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”. A Carta vigente, de 1969, no seu artigo 107 e § único, corrigiu no *caput* o tempo de ambos os verbos, pondo-os no futuro e, no parágrafo, tão só reproduziu o texto anterior.

Nada de novo, como se vê. Mas algo de novo e censurável se fez, nesse meio tempo, através de lei ordinária, da lavra do prof. GAMA E SILVA, então Ministro da Justiça e que, nos últimos dias da sua gestão, referendou o decreto-lei n.º 1.030, de 21 de outubro de 1969, editado pelos Ministros Militares, modificando o artigo 882 do Código de Processo Civil, acrescentando-lhe o seguinte parágrafo único: “Se proposta ação rescisória, ficará sobrestada em relação à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a execução da sentença rescindenda referente a domínio ou posse de imóveis, ou a reclassificação, equiparação ou promoção de servidor público civil ou de militar, desde que a parte autora fôr uma daquelas entidades”.

Esta lei constitui um ponto negativo no nosso sistema, eis que — contrariamente ao previsto no austríaco recente — não temos preceito que diga que a reparação há de ser sempre em dinheiro. Assim, entre nós, se o ato arbitrário da Administração tiver consistido na retenção indevida da coisa particular ou na sua ocupação irregular, o prejudicado tem direito a que o juiz não só condene a pessoa jurídica de direito público nas perdas e danos que couberem, mas deverá mandar fazer a restituição. Por essa nova *lei Gama e Silva*, apesar de esgotados todos os recursos e de transitada em julgado a sentença, não poderá o particular executá-la, se proposta ação rescisória pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Aqui, em termos de técnica, de logo é de estranhar que os Municípios tomem a dianteira, na enumeração dos favorecidos pela lei, ao Distrito Federal; mas, em termos de técnica, também, que se omitam os Territórios Federais. Ainda em termos de técnica: que não ocorra êsse sobrestamento, pendente recurso de revista ou extraordinário, que não têm efeito suspensivo quanto à execução (mas que, enquanto não decididos, impedem a propositura de ação rescisória, como se sabe) e tal efeito venha a ser dado muito depois. Mas já não é em termos de técnica apenas que se há de desapreciar tal lei, mas sim por violadora do princípio da igualdade das partes no processo — ligado à garantia individual da igualdade perante a lei, em que repousa tôda a concepção democrática — uma vez que a lei não dá tal efeito suspensivo, quando autor da rescisória fôr o particular vencido e que terá que sujeitar-se à execução. Para a malfadada lei pouco vale o postulado da igualdade jurídica funcional (*Funktionelle*

Rechtsgleichheit), mas que a lição dos doutos diz ser vinculativo para o Estado e para os súditos (*für Herrscher und Untertanen*) (52).

Mas se a LEI CONSTITUCIONAL em vigor continua recitando (artigo 153, § 3.º) que *a lei não prejudicará a coisa julgada*, essa lei Gama e Silva com essa garantia individual não se coaduna, porque negar efeito executório o mesmo é que contestar a garantia de autoridade da coisa julgada (53).

É uma lei inconstitucional, que precisa ser revista e excluída do nosso corpo de leis.

(52) Cf., Dr. SIMON FRICK, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Aarau, 1945, págs. 143/144.

(53) Cf., EDUARDO J. COUTURE, *La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires, 1948, pág. 89: "El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma sino también a su actividad ejecutiva. Conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia".