

A Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato do Funcionário (*)

TOMÁS DE VILANOVA MONTEIRO LOPES.

II

A AFIRMAÇÃO da imputabilidade do Estado suscita uma questão de grande importância, qual seja a da compatibilidade entre a idéia de culpa e a de soberania.

Soberania é poder supremo, que não conhece outro que lhe seja superior, é autoridade acima de qualquer autoridade e, como atributo característico do Estado, confere a êste a faculdade de ser independente e supremo na esfera de sua atividade. Já se disse que a soberania é "qualidade de supremacia definitiva".

Ora, não se poderia considerar o Estado como responsável patrimonialmente em virtude de falta, sem julgá-lo e, conseqüentemente, sem submetê-lo a outro poder, o que importaria em fazer omissão da soberania, que não é, apenas, uma realidade constitucional, mas uma necessidade de fato, como bem observa BRUNET (loc. cit.).

Essa verdade evidente por si mesma tem sido contestada por alguns partidários da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado. Entretanto MICHOU, que foi talvez o mais brilhante e credenciado arauto dessa teoria, reconhece a impossibilidade de conciliação entre as idéias de soberania e de falta.

A solução que se lhe afigurava capaz de vencer as dificuldades oriundas da antinomia entre as duas idéias consistiria em submeter o Estado às regras do direito privado, sempre que êle praticasse atos de gestão, ainda que esta tivesse por objeto um verdadeiro serviço público; e subtraí-lo as mesmas, sempre que êle praticasse atos de autoridade, de império, de poder público. E é assim que MICHOU assenta a premissa de seu raciocínio:

"Hoje (**) concebemos o Estado como uma personalidade de dupla face: êle é sob certos aspectos uma personalidade moral de direito privado, exercendo atos de gestão sobre o seu patrimônio, tratando com os particulares através de contratos, explorando certas indústrias, possuindo certos bens e sujeito, em princípio, quando pratica tais atos, às regras do direito privado; sob outros aspectos êle é um ser jurídico superior, possuindo direitos eminentes aos quais nenhum particular pode pretender, e que têm sua fonte no direito de soberania, ou no direito de comandar os particulares e fazer-se por êles obedecer".

(*) A primeira parte dêste artigo foi publicada em nossa edição anterior.

(**) 1895, ano em que o trabalho de MICHOU sob o título "De La Responsabilité de L'État" foi divulgado pela "Revue de Droit Publique", vols. 3 e 4.

Dessa concepção dualística nasceu a tese de que o Estado só seria patrimonialmente responsável pelos danos que causasse no exercício dos atos de gestão, pois que êstes, por se limitarem à administração de bens, não encerram o poder de império, não constituem manifestação da soberania. Nos demais casos não responderia, em princípio, pelos danos causados aos particulares.

O problema da responsabilidade do Estado, como bem frisou RENÉ MARCQ ("La Responsabilité de La Puissance Publique"), reduzia-se, assim, a uma oposição essencial entre o *imperium* e o *dominium*, o poder e o patrimônio.

A tese é engenhosa, porém falsa, pois identifica no Estado duas pessoas distintas.

MICHOU (op. cit.) rebate a objeção, dizendo que a separação entre os atos de gestão e os de império como critério para fixar a responsabilidade patrimonial do Estado não implica em ver neste último duas pessoas distintas, mas um único ser jurídico ao qual pertencem direitos que emanam da soberania, e direitos privados que são como que acessórios indispensáveis dos primeiros, tendo por objeto tornar seu exercício praticamente possível.

Todavia, em contradição consigo mesmo, MICHOU mais adiante escreve:

"Os próprios agentes encarregados de exercer êsses direitos diversos não são sempre distintos e muitos dêles exercem ao mesmo tempo, atos de autoridade como agentes do *Estado-poder público* (os grifos são nossos), e atos de gestão como agentes da *pessoa moral de direito privado*".

Aí aparece claramente a afirmação do dualismo, já que o "Estado-poder público" e o "Estado-pessoa moral de direito privado" são entidades distintas, pela sua natureza, seu regime jurídico e sua esfera de atividades.

Isso também afirma BIELSA, quando, moderadamente, reaviva a discussão em torno da matéria ("La Cuestion de La Responsabilidad del Estado"). Para êle, a dupla personalidade do Estado, que nada tem de fictício e encontra fundamento real nos fatos, na ciência e na técnica jurídica, evidencia-se de maneira categórica (sic) nos contratos de direito internacional e nos de direito interno.

Tal opinião reflete a influência das idéias dominantes entre os juristas argentinos há mais de meio século, e consagradas nas Leis ns. 3.052, de 1900, e 11.634, de 1932, que reconhecem, expressamente, a dupla personalidade do Estado.

E' verdade que êste exerce, ao lado de atos de império, atos de gestão, mas isso acontece porque êle não pode existir e atuar como poder político, sem ao mesmo tempo prover-se dos necessários recursos econômicos e patrimoniais.

De resto, como vimos, em face da teoria subjetiva, o fundamento da obrigação de indenizar é a culpa. Ora, esta se existe não é do ato em si, mas da pessoa que o pratica. Portanto, o que importa, no caso, é acima de tudo, a condição da pessoa e não a natureza do ato, pois é certo que a condição da pessoa não se modifica pelo fato de serem de diferente natureza os atos praticados. Claro, pois, que exercendo atos de império ou atos de gestão, o Estado será sempre o Estado e num caso como noutro, já que sua condição de pessoa permanece inalterada, conservará seus atributos característicos, entre êles a soberania

Pretender que o Estado seja soberano em certos momentos (quando pratica atos de império) e não o seja em outros (quando pratica atos de gestão) equivale a admitir uma soberania a têrmo.

Mas ainda que não fôsse falsa a tese que LAFERRIÈRE e MICHOUX defenderam com tanto brilho, haveria que censurar a imprecisão de suas bases, por isso que a distinção entre ato de império e ato de gestão é fugidia e incerta.

AMARO CAVALCANTI ("Responsabilidade Civil do Estado") escreveu a propósito:

"Em nenhum período histórico determinado, seria lícito manter esta distinção; porquanto atos que pareceriam próprios do Estado-pessoa pública, se mostram por tal modo ligados aos que se poderiam considerar como do Estado-pessoa civil, que não fôra possível cindi-los, uns dos outros; e daí a controvérsia e a confusão, em que se têm achado os sustentadores da dupla personalidade do Estado, quando procuram determinar as funções próprias de uma e de outra pessoa".

RENÉ MARCQ (op. cit.) após uma demorada peregrinação no campo da doutrina e da jurisprudência franco-belga, conclui que a distinção entre o Estado-poder público e o Estado-gestor de serviços não corresponde à realidade dos fatos, pois se o espírito pode concebê-la com grande clareza e a história lhe proporciona os elementos constitutivos, a observação, entretanto, não a identifica na prática.

Rejeitada a distinção entre os atos de gestão e os de império, recaímos na incompatibilidade entre as noções de soberania e de culpa, de sorte que não nos resta outro caminho senão o que conduz ao repúdio da teoria que fundamenta a responsabilidade patrimonial do Estado no cometimento de uma falta.

Evidentemente, isso não importa em negar a responsabilidade do Estado pelo dano ao patrimônio privado, em virtude de ato do funcionário, mas em atribuir-lhe outro fundamento; nem tam-

pouco em deixar de reconhecer o mérito da teoria subjetiva, desde que não entre em jôgo a responsabilidade do Estado, mas a do próprio funcionário causador do dano, seja em face dos particulares, seja em face da administração.

3. A teoria do risco. Responsabilidade objetiva.

Reconhecida a impropriedade da teoria da falta, surgiu a teoria do risco, para explicar os fundamentos da responsabilidade patrimonial do Estado.

Isso se tornou possível porque o conceito tradicional de responsabilidade cedeu lugar a um conceito novo que prescindia da idéia de dolo ou de culpa. DUGUIT (op. cit.) elucida êsse ponto, ao dizer que:

"Não se trata de uma responsabilidade que se refira a uma imputabilidade, senão apenas de saber qual o patrimônio que suporta definitivamente o risco do dano causado pelo funcionamento de um serviço público. Diz-se, e é verdade, que não se trata de responsabilidade e que se deveria empregar uma expressão diferente. E' possível; porém essa expressão não existe. Pode-se empregar a palavra responsabilidade, desde que se precise o seu alcance e o seu sentido".

Tanto basta para mostrar o quanto é fundamental reter a idéia de que, em face da teoria do risco, perdeu tôda oportunidade o debate em tórno da afirmação de que o Estado é provido de razão e de vontade consciente, como as pessoas naturais.

HAURIAU (La Jurisprudence Administrative, vol. I), comentando a decisão do Conselho de Estado da França no caso Lepreux, recorre ao elemento histórico, a fim de mostrar como a passagem da teoria da falta à teoria do risco representa uma conseqüência lógica da evolução das formas e dos processos de organização social.

Para êle, a teoria da falta corresponde a um estágio social e a um sistema de trabalho que o direito romano havia perfeitamente caracterizado sob a denominação de atividade do *pater-famílias*.

Nesse regime, os negócios eram simples e de pequeno vulto, cabendo, por isso mesmo, em todos os seus detalhes, no âmbito da vigilância de qualquer indivíduo. Era natural, portanto, que a responsabilidade dêste fôsse apreciada em função do máximo de diligência que se poderia exigir de um homem na gestão de seus negócios, e emergisse da falta, por mais leve que fôsse, do *pater-famílias* ou de seus prepostos.

O *pater-famílias*, a rigor, não era responsável como chefe de uma empresa, dado que esta se absorvia na personalidade do dono, mas como pessoa humana.

Com o advento do industrialismo e das grandes empresas semelhante concepção é insustentável, por isso que o patrão não pode mais fiscalizar êle próprio, tão estritamente como seria necessário, a infinidade de aspectos da vida de seus negócios, nem tampouco exercer um contrôle eficiente sôbre a atividade de seus inúmeros prepostos.

A antiga noção de diligência do *pater-famílias* desaparece diante de perspectivas tão amplas. Em realidade, não é mais o patrão quem vela, mas sim a própria empresa.

Ao contrário do que acontecia no regime anterior, o patrão é responsável pelos prejuízos que causa não mais como pessoa humana, porém como chefe de empresa, por isso que, em virtude das circunstâncias oriundas da evolução e complexidade das formas de organização social, já não se lhe pode exigir, na condução de seus negócios, aquela vigilância e aquela diligência a que estava obrigado o *pater-famílias*. Ora, se isso é exato com relação às grandes empresas particulares, sê-lo-á muito mais com relação ao Estado, no qual se identifica uma empresa de enormes proporções.

Então conclui HAURIAU (*idem*) não se tendo mais que considerar a falta como causa do dano, somos levados a considerar este em si mesmo como um acidente, cuja reparação constitui um encargo da empresa.

A responsabilidade, e com ela a obrigação de indenizar, emerge do vínculo de efeito e causa entre o dano e o fato que o ocasionou. Assim, não tem o prejudicado que provar a existência da falta, quer do funcionário, quer do serviço; nem pode a administração eximir-se à reparação do patrimônio lesado, alegando inexistência de culpa.

Sob esse aspecto, a teoria do risco é extremamente sedutora, porque, de um lado, imprime maior vigor e segurança à proteção da propriedade privada em face da administração, no que corresponde a uma das fortes tendências dos nossos tempos; e de outro, porque, traduzindo um sentido de racionalização, simplifica um problema de interesse permanente e importância básica para um sistema de organização social dominado pelo fator econômico.

Sua idéia central de que o dolo e a culpa não são elementos essenciais para que se caracterize a responsabilidade patrimonial do Estado reconduz o direito ao encontro dos fatos, dando solução adequada às situações tão freqüentes em que a atividade da administração embora exercida de modo legítimo, impõe ao patrimônio particular sacrifícios, cujo não ressarcimento repugnaría ao princípio de equidade e ao sentimento de solidariedade social.

HAURIAU, avivando a linguagem para exprimir em poucas palavras o mecanismo da teoria do risco, diz que não se cogita mais de falta, pois tudo se resume num "acidente administrativo", cujos efeitos patrimoniais recaem sobre a coletividade, no proveito da qual o Estado organiza e põe em funcionamento os serviços públicos.

BRUNET diria, com maior precisão, que tudo se reduz pura e simplesmente à cobertura pelo Estado do risco social, qualquer que ele seja, proveniente do funcionamento regular ou irregular do serviço público.

Não se deve, entretanto, em nome da teoria do risco, exagerar o âmbito da responsabilidade do Estado, a ponto de torná-lo indefinido.

Depurada de certos excessos, que deram bons argumentos aos partidários de outros sistemas, a teoria do risco exige que o dano apresente os característicos de *especialidade* e *anormalidade*, sem os quais não acarretará a obrigação de indenizar. Tais característicos balizam o campo da responsabilidade na teoria do risco.

O dano que atinge ou é suscetível de atingir a todos os indivíduos é geral; e aquele que, por sua natureza e gravidade participa das condições próprias da vida em sociedade não é anormal. Um e outro não constituem objeto de indenização.

PAUL DUEZ ("La Responsabilité de la Puissance Publique" — En dehors du contrat) mostra como no âmago dessa construção está o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.

E' no exercício de sua função essencial de realizar o bem coletivo que o Estado, por esta ou por aquela forma, vem a ferir o patrimônio privado e, assim, romper a igualdade que deve reinar entre os indivíduos, em face dos encargos públicos.

Ditos encargos nada mais são do que sacrifícios que o Estado impõe por igual a todos os membros da coletividade a fim de assegurar a si próprio as rendas de que carece para manter os seus serviços, a força de que precisa para prover a sua defesa e, em suma, os meios de que não pode prescindir para realizar a missão que lhe cumpre.

Eis porque, por exemplo, o pagamento de impostos e o serviço militar são obrigatórios e, nesse caráter, impõem-se a todos.

O acidente administrativo, sendo como é um encargo público, visto que se origina do risco inerente às atividades do Estado no campo da administração, sujeita-se à mesma regra de igualdade, e os efeitos patrimoniais dele decorrentes devem ser afetados à coletividade.

BRUNET (*op. cit.*), depois de mencionar o pagamento de impostos como um encargo público, observa com muita sagacidade:

"Mas se todos os cidadãos são iguais no que concerne ao abandono de uma parte de seu patrimônio, para permitir a organização e a marcha dos serviços públicos, evidentemente devem ser iguais, no que se relaciona com os danos que delas resultarem".

O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos é uma forma particular da igualdade de todos perante a lei e, como tal, inscreve-se no quadro dos direitos e garantias que as constituições democráticas asseguram aos cidadãos.

LORETAN ("Droit Public et Droit Privé Dans le Service Public") entende mesmo que a transgressão desse princípio configura um ato ilícito, mas semelhante opinião situa-se fora da teoria do risco, visto como a noção tradicional de ato ilícito implica a idéia de dolo ou de culpa, coisas que são indiferentes à obrigação de indenizar com fundamento na responsabilidade objetiva.

(Continua)