

CRYSTIAN KRAUTCHYCHYN

**A CULPA NA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL
EXTRACONTRATUAL DO ESTADO: O DESCUMPRIMENTO DE ORDEM
JUDICIAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE FRENTE AO MST**

CURITIBA

2003

CRYSTIAN KRAUTCHYCHYN

**A CULPA NA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL
EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: O DESCUMPRIMENTO DE ORDEM
JUDICIAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE FRENTE AO MST**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão da graduação na
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano
Junior.**

CURITIBA

2003

SUMÁRIO


RESUMO	iii
INTRODUÇÃO	01
ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	03
1. TERMINOLOGIA E CONCEITO	03
1.1 A QUESTÃO TERMINOLÓGICA.....	03
1.2 EXTRAÇÃO DE UM CONCEITO.....	06
2. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE	09
2.1 A RELAÇÃO ESTADO - RESPONSABILIDADE.....	09
2.2 OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL.....	14
2.3 INCURSÃO NAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	18
3. COMPONENTES E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL	28
3.1 OS SUJEITOS.....	28
3.2 CARACTERÍSTICAS DO DANO.....	30
3.3 O NEXO DE CAUSALIDADE.....	31
3.4 AS EXCLUDENTES.....	32
A CULPA NA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	36
1. IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	36
1.1 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA EXCEPCIONAL.....	36
1.2 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E A OMISSÃO DO SERVIÇO.....	38
1.3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA APLICÁVEL EM DECORRÊNCIA DOS COMPORTAMENTOS ILÍCITOS.....	42
1.4 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COMO REGRA.....	44
2. O CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL: CULPA OU RISCO?	48
2.1 TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO.....	48
2.2 TEORIA DO RISCO.....	58
2.3 CRÍTICAS À TEORIA DO RISCO.....	60
TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO PÚBLICO E DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE FRENTE AO MST	65
1. OS LIMITES E INTENÇÃO DO TEMA	65
2. A PERSPECTIVA DOS CONFLITOS NO CAMPO E O PODER JUDICIÁRIO	67
2.1 O ENLACE HISTÓRICO DA LUTA PELA TERRA.....	67
2.2 O PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS DEMANDAS SOCIAIS.....	74
3. A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA	79
3.1 A POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	79
3.2 O DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELA AUTORIDADE PÚBLICA.....	82
3.2.1 Conceito de ordem e decisão judicial.....	82
3.2.2 Conseqüências na estrutura federativa e pessoais.....	83
4. AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL	84
4.1 OS REQUISITOS.....	84
4.2 AS POSSIBILIDADES DE NEGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	85
4.2.1 A inexistência de conduta culposa da polícia.....	86
4.2.2 O estado de necessidade.....	90
4.2.3 A decisão ilícita do Poder Judiciário.....	91
4.3 AFERIÇÃO DA CULPA.....	93
CONCLUSÕES	105
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	108

TERMO DE APROVAÇÃO

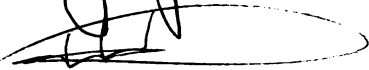
CRYSTIAN KRAUTCHYCHYN

A CULPA NA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: O DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE FRENTE AO MST

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior


Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel


Prof. Dr. Sérgio Seleme

CURITIBA

2003

RESUMO

O trabalho debruça-se sobre a discussão da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. Contra a tendência de tornar o Estado segurador social são apontadas as incompatibilidades da adoção da teoria do risco como única baliza para a verificação da obrigação estatal de recompor danos causados aos administrados. A responsabilidade estatal tem na doutrina nacional aporte teórico seguro para afirmar, com base na teoria da culpa do serviço, a necessidade de verificar-se a conduta dos agentes públicos na execução dos serviços, sob pena de exigir-se do Estado conduta incompatível com a sua estrutura. Como exemplo desta aplicabilidade discorre-se acerca do descumprimento de ordem judicial pelo Poder Público nas ações de reintegração de posse frente ao MST.

INTRODUÇÃO

O tema da monografia é a culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. Busca-se neste trabalho comprovar que a teoria da culpa do serviço é útil e aplicável à responsabilização do Estado, já que não se pode, a pretexto de amenizar a diferença entre administrados e o Poder Público, torná-lo presumivelmente ineficiente no desempenho de suas incumbências.

A responsabilidade do Estado é uma conquista que decorre do Estado de Direito. Compreendido como um princípio, rege-se pelas balizas do Direito Administrativo. Encontra seus fundamentos em dois princípios marcantes de toda ordem jurídica: igualdade e legalidade.

A disciplina desta responsabilidade, enfocada no trabalho apenas no ângulo da extracontratualidade, acompanha as modificações traçadas no próprio Estado. A maior concentração de serviços na competência do Poder Público gera também maior possibilidade de falhas. Atendendo este raciocínio, o Estado concentra maiores possibilidades de causar prejuízos e, em consequência da sua sujeição à ordem jurídica, deverá recompensar o administrado.

No curso histórico da responsabilidade estatal, o seu princípio é informado pela eliminação do caráter absoluto das decisões emanadas da autoridade política. Adiante, a tendência de preservar o Estado cede frente à proteção do administrado, até que, dentro dos contornos atuais da responsabilidade, passa este a ocupar posição segura frente ao Poder Público, ao menos em tese. Essa tendência, justificável diante da intenção de igualar Estado e cidadão na ordem jurídica, direciona a pessoa jurídica pública à condição de segurador universal.

Nesse quadro aponta-se como essencial a permanência da culpa como medida para verificação da atuação ou inércia estatal. Ao assumir inúmeras funções o Estado causa danos aos administrados, porém em caráter excepcional. Quando deixa de prestar serviço o Estado não é causador de danos, embora obrigado, apenas cria condições para que os prejuízos aconteçam. Nestas circunstâncias há que se buscar compreender o porquê do não funcionamento, explicável em muitas situações.

Assunto atual e polêmico dentro do vasto campo que se abre na responsabilidade extracontratual do Estado é o descumprimento de ordens judiciais dentro da sua própria estrutura, com destaque às reintegrações de posse frente aos ocupantes do MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra). Importa o exemplo sobretudo porque exalta a necessidade de se deixar margem à autoridade comandante da força física legítima do Estado para justificar o não cumprimento da ordem advinda do Poder Judiciário. Sem este espaço a mera desocupação pode gerar conseqüências ainda mais graves para ordem pública.

Expostas as questões sobre as quais versará a pesquisa, cabe ainda esclarecer que não se pretende mais do que ressaltar na doutrina a presença ainda marcante da teoria do serviço público como base de responsabilização do Estado. Não se dispõe, desta feita, a esclarecer todos os contornos da responsabilidade nos seus elementos dano e nexos causal, em que pese serem trazidos como nota necessária para o bom andamento do trabalho.

A fonte de todos os questionamentos é a retirada do foco no funcionamento do serviço para fixar a atenção nas suas falhas. A isto responde-se com a permanência da teoria da culpa, pautada na noção de que se o Estado comete uma omissão e não é ele causador do ato não há como tratar da sua responsabilidade no viés do risco presumido decorrente de seu serviço ou mesmo da culpa presumida no caso de descumprimento de ordem judicial.

ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

1. TERMINOLOGIA E CONCEITO

1.1 A QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Paira dúvida acerca da referência ao Estado ou à Administração Pública. Compreende-se dentro da noção de Estado não apenas o Poder Executivo como também os Poderes Legislativo e Judiciário. Decorre daí a preferência para alguns do termo responsabilidade da Administração Pública, uma vez que consideram a preponderância quase absoluta de casos em que a responsabilidade decorre de atos administrativos.

Também se defende a noção de que Estado representa o aspecto político, que não caberia avaliar, sendo, portanto, mais adequado falar-se em responsabilidade da Administração Pública. Hely Lopes Meirelles, ao defender esta posição, assevera:

Preferimos a designação *responsabilidade civil da Administração Pública* ao invés da tradicional *responsabilidade civil do Estado*, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, como veremos adiante. Mais próprio, portanto, é falar-se em *responsabilidade da Administração Pública* do que em *responsabilidade do Estado*, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos

públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar.¹

Mas cabe razão aos autores que informam como melhor denominação responsabilidade do Estado, pois é o Estado que tem personalidade jurídica e, ademais, a responsabilidade é admitida com mais amplitude para os Poderes Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, propõe Romeu Felipe Bacellar Filho que “em função da amplitude que confere ao abranger tanto a atividade típica da Administração quanto a atividade judicial e legislativa, todas passíveis de causar lesão ao cidadão”, melhor é utilizar o termo Estado.²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro reforça este entendimento ao dizer que “a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica”, este é que tem personalidade jurídica e não a Administração Pública. É o Estado titular de direitos e obrigações na ordem civil. Ao que já acrescenta tratar-se sempre de responsabilidade civil, de ordem pecuniária.³

Trata-se, ademais, de responsabilidade extracontratual. É necessária a referência “para restringir o tema tratado (...) a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando excluída a responsabilidade contratual”.⁴

¹ MEIRELLES, H.L. Responsabilidade civil da Administração. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.559, nota de rodapé.

² BACELLAR FILHO, R.F. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n.9, ano2, p.14, set./out. 2002, p.14.

³ DI PIETRO, M.S.Z. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____. **Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.523.

⁴ Id.

Cabe dizer que, ainda, o termo patrimonial, dispensado por alguns autores e utilizado por outros, indica tratar-se de responsabilidade não criminal e não administrativa. Dispensa-se o uso do termo civil para informar acerca da autonomia teórica da responsabilidade do Estado frente ao direito privado. Mesmo o termo patrimonial poderia ser dispensado, o que se justifica pela desnecessidade de informar que o Estado responde de forma tal a recompor patrimônio, pois não pode o Estado ser responsabilizado criminalmente, apenas patrimonial ou civilmente.⁵

Diógenes Gasparini resume a polêmica acerca da denominação:

Cuida-se, isto sim, de responsabilidade que não decorre do contrato nem de lei específica, chamada de *responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado* [grifo do autor], em face de comportamentos, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, que lhe são atribuídos. Alguns autores preferem, em lugar de Estado, usar a expressão Administração Pública. Assim, dizem: *responsabilidade civil da Administração Pública* [grifo do autor]. Nós preferimos dizer responsabilidade civil do Estado, dado que o dano pode advir de atos legislativos ou judiciais e não só de atos e fatos administrativos, como essa expressão parece induzir, em que pesem as críticas levantadas por alguns autores.⁶ *

De tudo que se expôs extrai-se a melhor denominação, utilizada por Celso

⁵ STERMAN, S. **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas.** São Paulo: RT, 1992. p.11.

⁶ GASPARINI, D. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Direito Administrativo.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.602.

* É necessário ressaltar que, como já exposto, o melhor modo de tratar da responsabilidade do Estado é afastando o termo civil, uma vez que esta disciplina assenta-se sobre base teórica própria.

Antônio Bandeira de Mello: responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado.⁷

1.2 EXTRAÇÃO DE UM CONCEITO

À busca de um conceito, tarefa demasiadamente difícil na matéria, consegue-se obter, por efeito reflexo, tanto uma visão ampla a respeito da responsabilidade do Estado quanto o indicativo da posição daquele que fornece o conceito a respeito da polêmica na qual centramos a primeira etapa do trabalho monográfico.

Logo de início é necessário ter presente uma noção de responsabilidade. José dos Santos Carvalho Filho incumbe-se de anotá-la: “A noção de responsabilidade implica a idéia de *resposta*, termo que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere*, com o sentido de responder, replicar”.⁸ Acrescenta ainda que deve haver dois pontos: o fato e a imputabilidade a alguém. O fato deve ser anterior, precedente ao dano. “Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio”. Também é necessária aptidão jurídica daquele a quem se imputa responsabilidade frente a ordem jurídica.⁹

Celso Ribeiro Bastos propõe que a responsabilidade “é a sanção imposta

⁷ BANDEIRA DE MELLO, C.A. Responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.799.

⁸ TELLES, A.Q. **Introdução ao Direito Administrativo**. p.409. Apud CARVALHO FILHO, J. dos S. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.425.

⁹ CARVALHO FILHO, J. dos S. Responsabilidade Civil do Estado. In: _____. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.425.

pelo direito ao autor de um ato lesivo à ordem jurídica”.¹⁰

Ocorre que se vai além. A responsabilidade de que se incumbe este trabalho é a extracontratual do Estado. É assim que Celso Antônio Bandeira de Mello pronuncia-se acerca da matéria: “Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”¹¹ Destaque-se daqui a proteção a esfera juridicamente protegida de outrem.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta apenas o elemento agente público ao conceito anterior: “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.¹²

Para Diógenes Gasparini o conceito de responsabilidade do Estado é a “obrigação que se lhe atribui, não decorrente de contrato nem de lei específica, para recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, que lhe seja imputável. Se a reparação decorre de ato ilícito, chama-se ressarcimento; se deriva de ato lícito, denomina-se indenização

¹⁰ BASTOS, C.R. Responsabilidade patrimonial do Estado. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.345.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.799.

¹² DI PIETRO, p.524.

[grifos do autor]”.¹³

E finalmente Hely Lopes Meirelles: “Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal”.¹⁴

Para todos os autores tratados consiste a responsabilidade extracontratual do Estado em uma obrigação. Ou seja, consiste em “um *vínculo jurídico* [grifo do autor] em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”.¹⁵

Esta obrigação decorre de um dano ocasionado ao administrado pelo Estado unilateralmente ou, o que é equivalente, na atividade peculiar cabível ao Estado de prestar serviço público, sem contrato e nem lei específica para o caso. São dados os fundamentos da responsabilidade: ato lícito e ato ilícito, tanto por ação quanto por omissão, que é distinção fundamental para o desenvolvimento posterior do trabalho.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca os agentes públicos, conceito amplo, como oportunamente esclarecer-se-á, adotado pela Constituição Federal, ao que Hely Lopes Meirelles acrescenta ser indiferente o exercício em si das funções cabíveis ou a

¹³ GASPARINI, p.603.

¹⁴ MEIRELLES, p.559.

¹⁵ GOMES, O. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.9.

* O conceito adotado presta-se a esclarecer, sem dúvida, o intuito dos doutrinadores ao utilizá-lo em suas conceituações, porém é sempre necessário ressaltar que os contornos desta obrigação não são formulados no Direito Privado, mas sim no Direito Público.

pretexto de exercê-las.

Diógenes Gasparini traz à baila a noção diferenciada que Renato Alessi propõe para reparação: “se decorre de ato ilícito, chama-se *ressarcimento*; se deriva de ato lícito, denomina-se *indenização* [grifos do autor].”¹⁶

2. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

2.1 A RELAÇÃO ESTADO - RESPONSABILIDADE

Como matéria tipicamente de direito público, a responsabilidade do Estado sofre os efeitos que se operam sobre a estruturação política do Estado. Anota José Cretella Júnior:

Diversamente do que ocorre com a responsabilidade civil, no campo privado, que caminha de modo independente, de maneira a sofrer pouca influência da linha política do Governo predominante, na ocasião, a responsabilidade civil do Estado, delineada pelos vários sistemas jurídicos, sofre direta influência das grandes idéias e correntes políticas do mundo, ultrapassando, por isso mesmo, as restritas colocações locais e refletindo de modo sensível o momento histórico universal.¹⁷

É indispensável tratar da matéria, pois o “paradigma de Estado condiciona o tipo de responsabilidade pública e o modelo de Estado de nossos dias é bem diverso do

¹⁶ GASPARINI, loc.cit.

¹⁷ CRETELLA JUNIOR, J. Responsabilidade civil do Estado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000. p.673.

arquétipo estatal do mundo antigo: remota antigüidade clássica, estado feudal, estado liberal, estado intervencionista. Em cada um desses tipos de Estado o problema da responsabilidade estatal é equacionado e resolvido de modo diferente.”¹⁸

Não se ignora, nesse passo, que a responsabilidade do Estado ganhou tratamento próprio no Direito Público. Como tema de Direito Administrativo submete-se aos princípios que informam a matéria. Submete-se, em uma palavra, ao *regime* próprio desta esfera, informada pelo arcabouço que modula toda atuação estatal nas suas funções administrativas, conhecido como *Regime Jurídico Administrativo*.

A doutrina aponta nessa direção em tom único. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello propõe que “todo o Direito Administrativo se constrói sobre duas pilastras: de um lado, as competências do Estado, as funções estatais, e, de outro, as garantias dos administrados. Deste postulado constrói o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios”.¹⁹

O Estado, pela força legítima de que dispõe, atua sobre os administrados de forma tal que acarreta danos a estes. Diferentemente de outros momentos, no entanto, o tratamento jurídico que recebe o coloca no mesmo plano que os administrados. Na responsabilidade esta equivalência é apontada e faz saltar uma condição ainda mais delicada para o Estado: estende-se seu dever por terrenos mais amplos dos que os vistos na esfera privada.

Celso Antônio Bandeira de Mello expõe esta perspectiva nos seguintes termos:

Um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as

¹⁸ Id.

¹⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, C.A., *op.cit.*, p.25-53.

peçoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo.

Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas.²⁰

De outra forma, Odília Ferreira da Luz Oliveira diz que:

Cabe salientar que a responsabilidade maior do Estado, se comparada com a dos administrados, é contrapartida da maior soma de poder que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico. Portanto, o Estado responderá com base em princípios exclusivos e próprios do Direito Público sempre que atuar com poder público, ou seja, em situações de superioridade jurídica em relação ao administrado; a maior quantidade de poder acarreta maior responsabilidade.²¹

É o Estado que decide sobre o papel que desempenha junto à sociedade e em que medida isso ocorre. Como houve aumento destas incumbências do Estado houve também aumento de danos gerados pelas condutas de seus agentes. Pode-se crer, assim, que a história da responsabilidade evolui acompanhando a evolução do Estado. "Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados".²² *

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.802.

²¹ OLIVEIRA, O.F. da L. A responsabilidade patrimonial do Estado. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.295.

²² BANDEIRA DE MELLO, C.A., op.cit., p.804.

* Sem questionar o cabimento da assertiva do autor, pode-se ressaltar uma patente contradição nessa publicização dos interesses privados. Mesmo diante de um avanço da perspectiva de constitucionalização dos direitos, tornando-os enciclopedicamente públicos, porque deveras assim já eram, o que se nota é o reforço da proteção dos mesmos sentimentos lançados há mais de dois séculos. A própria direção que a responsabilidade toma avança no sentido de proteção do patrimônio

Ocorre que esta opção acerca de como interferir, se interferir, não se faz desligada de qualquer parâmetro. Existe uma essência a ser respeitada, que encerra um objetivo, uma “razão de ser da Administração Pública, enquanto aparato constituído pelo Estado, [que] reside no gerenciamento da coisa pública tendo por fim a realização do bem comum”.²³

É um dever-poder que envolve o agir do Estado e pode ocasionar danos aos administrados. Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que:

O Estado tem um dever-poder legitimado pela busca do interesse coletivo. Significa também que ao buscar o interesse de todos, o bem comum, no uso das prerrogativas a ele conferidas, pode causar danos de pequena ou grande monta aos particulares e que, em face dos mesmos princípios que orientam a busca desse interesse, deve zelar pela sua proteção, ressarcindo o lesado.²⁴

Assim, a responsabilidade decorre do próprio regime jurídico administrativo. Deve-se também orientar pelos princípios que regulam a atuação do Estado, “em atenção ao fato de que o poder emana do povo e em proveito dele deve ser exercido, sem arbitrariedades ou desigualdades na repartição dos direitos e encargos sociais”.²⁵

Com base nos princípios que informam o agir do Estado, “a própria noção de responsabilidade do Estado está intrinsecamente ligada à noção de Estado de Direito.

no viés econômico, porque se preocupa sempre com o teor da indenização e pouco com a inibição das práticas antijurídicas.

²³ BACELLAR FILHO, p.15.

²⁴ Ibid., p.20.

²⁵ Ibid., p.21.

Ao Poder Público não é dado lesionar direitos alheios e, de forma ilegítima, ignorar a ocorrência da lesão ou a necessidade de reparação.”²⁶

Neste mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos aponta para a coerência que deve preponderar na ação estatal, para manter equilibrada a equação poder-dever, em que pese reconhecer as dificuldades em sancionar o Estado:

A despeito das dificuldades reconhecidamente procedentes de se sancionar o Estado quando ele é o descumpridor das suas próprias leis, nem assim tem deixado o Estado de pautar-se pelas regras jurídicas que cria. Tem sido como que uma necessidade lógica de coerência; ao Estado Moderno não se conferiria legitimidade enquanto estivesse ele voltado exclusivamente a impor normas. (...)

Portanto, o próprio fundamento que em última análise confere ao Estado a prerrogativa de exercer o poder - que é a sua capacidade de impor a ordem - impede que ele deixe de sujeitar-se às leis destinadas a ordenar a própria sociedade.²⁷

Em busca de uma nota característica do Estado de Direito elabora Celso Ribeiro Bastos apreciável síntese do que ele representa, inclusive politicamente e como conquista histórica, ao dizer que:

O Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como idéia força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei.²⁸

²⁶ Ibid., p.16.

²⁷ BASTOS, p.22.

²⁸ BASTOS, p.164.

Como não se mostrava suficiente, no final do século XIX surgem os movimentos que transformam o Estado de Direito em Estado Democrático de Direito. Neste “devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem”.²⁹

De tudo que se expôs, extrai-se a síntese das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, uma vez que “a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro”. Seria a responsabilidade “simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito”.³⁰

Parece ser esta a marca fundamental que indica o dever de responsabilidade do Estado: detentor de poderes-dever não os pode exercer de forma tal a sobrepor-se a própria ordem legal estabelecida e consubstanciada na Constituição Federal.

2.2 OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Em busca de uma definição do que encerram os fundamentos ou, ao menos, de uma aproximação com o que representam, Celso Ribeiro Bastos propõe que seriam, já na perspectiva da responsabilidade, “as razões remotas que subjazem aos diversos

²⁹ Ibid., p.165.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.805.

casos específicos de responsabilidade estadual”.³¹ Seriam “a justificativa da existência de tal responsabilização”.³²

Nesse sentido, como razões que se antecipam aos casos de responsabilização do Estado, veiculam os autores apreciação dos fundamentos já em conformidade com a aceitação da permanência da teoria da culpa ou apenas na ótica da teoria objetiva do risco.

Posição amplamente divulgada é de Celso Antônio Bandeira de Mello. Elabora duas divisões para apreciar os fundamentos. Reparte, primeiramente, os atos do Poder Público em comissivos e omissivos. Depois trabalha com a afronta aos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade. Vale para o autor a correlação comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos com o princípio da legalidade, sendo ainda válido para os ilícitos comissivos o princípio da igualdade, bem como nos comportamentos lícitos e quando o Estado cria risco, ou “situação criada pelo Poder Público”, “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos”.³³

Diógenes Gasparini mantém o binômio lícito-ilícito, porém dispensa qualquer apreciação quanto ao agir ou não do Estado. Assim afirma que “o fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, conforme seja ela decorrente de atos *lícitos* ou *ilícitos* [grifos do autor].” No caso dos atos lícitos o

³¹ BASTOS, op.cit., p.348.

³² BANDEIRA DE MELLO, C.A., op.cit., p.812.

³³ Ibid., p.813.

fundamento é o princípio da igualdade da distribuição dos encargos públicos. Já nos atos ilícitos, em que se descumpre a lei, o fundamento é o próprio princípio da legalidade.³⁴

Lúcia Valle Figueiredo mantém a mesma concepção:

Se a Administração, desde o Estado de Direito, só pode agir “sob a lei”, na definição de Otto Mayer, ou *secundum legem*, como quer Stassinopoulos, às pp. 19 e 20 de seu *Traité*, ao desbordá-la ou afrontá-la, ensejará direitos aos administrados passíveis de ressarcimento, como contrapartida de seu dever. Doutra parte, se a Administração, ao dar cumprimento as suas funções, ao exercer, de conseguinte, suas competências-deveres, lesar o administrado, também responderá por ato lícito, sob fundamento do princípio da igualdade (se todos são iguais perante a lei, também o devem ser no tocante às cargas públicas).³⁵

Nas considerações de Celso Ribeiro Bastos a primeira justificativa seria o ato ilícito. “Com efeito, sob o Estado de Direito, não é lícito a ninguém infringir a norma legal sem incorrer na conseqüente sanção”. Além disso, “a ilegalidade do ato é elemento imprescindível para fundamentar os casos de responsabilidade do Estado por ato omissivo”.³⁶

Depois, como segunda razão, a prática de ato injusto em que “a atuação estatal acaba por fazer incidir [dano] sobre uma ou algumas pessoas”. Informa o autor que importa para os casos de responsabilidade objetiva, ainda que se tenha agido com cautela, prudência e perícia exigidas pela lei. Decorre o dano de ato lícito do Estado.

³⁴ GASPARINI, p.603.

³⁵ FIGUEIREDO, L.V. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. In: _____. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.261.

³⁶ BASTOS, p.348-349.

Aqui a responsabilidade é decorrência do princípio da igualdade de todos perante as vantagens e ônus da Administração.³⁷

Ainda é necessário asseverar que “quando se faz a distinção entre atos lícitos e ilícitos é para efeito de determinar a natureza do comportamento que causou o dano”. Ocorre que “a causação em si mesma do dano é sempre ilícita”.³⁸

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro estende aquilo que chama de origem da responsabilidade a quatro casos. Diz que a “responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público”. Ainda mais, o “essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado”.³⁹ É posição que consente com sua compreensão de que se deve responsabilizar objetivamente o Estado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, defendendo a mesma postura, adota fundamento único, nos seguintes termos:

Hoje, a referência deve ser à *responsabilidade patrimonial do Estado*, extensiva a seus delegatários de serviços públicos, por ter, não apenas, um distinto fundamento positivo, na Constituição e não nas leis, como e principalmente porque seu suporte principiológico não é mais o princípio da *comutatividade*, mas o princípio da *solidariedade*, uma vez que todos devem responder pelos danos eventualmente causados no desempenho de atividades públicas que a todos beneficiam.⁴⁰

³⁷ Ibid., p.349.

³⁸ Id.

³⁹ DI PIETRO, p.523.

⁴⁰ MOREIRA NETO, D. de F. Responsabilidade patrimonial do Estado e de prestadores de serviços públicos. In: _____. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p.577.

Do que se expôs, parece mais adequada a correlação elaborada pelos autores que extraem dos atos ilícitos o fundamento no princípio da legalidade e concebem a responsabilidade do Estado por atos lícitos com fundamento na igualdade dos administrados perante os encargos públicos. Desta nota já nasce a correlação que posteriormente ganhará espaço no trabalho, expressada por Odília Ferreira da Luz Oliveira ao delimitar o tema de interesse: “responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos ilícitos (responsabilidade subjetiva) ou lícitos (responsabilidade objetiva) da Administração Pública”.⁴¹

2.3 INCURSÃO NAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A doutrina é repetitiva ao tratar do histórico da responsabilidade do Estado. Da teoria da irresponsabilidade, passando pelo marco inicial de reconhecimento de responsabilização do Estado pelos danos causados a particulares na execução de serviços públicos - o arresto Blanco-, até atingir o reconhecimento da responsabilidade como princípio que se extrai da noção de Estado de Direito não há que se apontar diferenças no tratamento da matéria. Mas ao se debater acerca das teorias que serviram de base para responsabilização do Estado não se encontra tranquilidade ainda hoje.

O vigor do regime de irresponsabilidade do Estado não deixava o administrado inteiramente desamparado, ao menos em tese. Os funcionários estatais, por assim dizer, responderiam pelos danos causados a terceiros no exercício de suas atividades.

⁴¹ OLIVEIRA, p.291.

O berço da responsabilidade do Estado foi a França, nas decisões do Tribunal de Conflitos, como aponta Odília Ferreira da Luz Oliveira:

O marco inicial encontra-se em duas decisões do Tribunal de Conflitos francês: *o arrêt Blanco*, de 8 de fevereiro de 1973, e *o arrêt Pelletier*, de 30 de julho do mesmo ano. A primeira definiu que a responsabilidade do Estado não se rege pelas normas do Código Civil, mas está sujeita a regime especial, autônomo. *O arrêt Pelletier*, por sua vez, distinguiu a falta pessoal do agente, determinadora de sua responsabilidade também pessoal, e a falta do serviço, que acarreta a responsabilidade do Estado.⁴²

Com relação ao *Aresto Blanco*, sua maior importância foi afirmar que quanto ao Estado a “responsabilidade se rege por princípios próprios não plenamente coincidentes com os de direito comum”.⁴³

O princípio da responsabilidade do Estado, lembre-se, “é mesmo posterior ao advento do Estado de Direito que, sem embargo de ter a sua atuação submetida ao princípio da legalidade, continuava a reter certos resquícios do absolutismo monárquico, período em que o soberano era absolutamente irresponsável”.⁴⁴

Após isso a responsabilidade se configura cada vez com menos requisitos. O destino é a responsabilidade objetiva, sem aspectos subjetivos ou “independentemente dos ingredientes subjetivos com que tenha atuado” o Estado. Para alcançar este ponto “foi muito importante a noção francesa de *'faute du service'*, que se opunha a uma *'faute personnelle'*. Abandona-se a figura isolada do agente para fazer repousar a

⁴² Ibid., p.292.

⁴³ BASTOS, p.346.

⁴⁴ Id.

responsabilidade numa abstração, é dizer, no serviço. Bastava, pois, que este tivesse sido mal prestado, ou prestado tardiamente, ou não executado quando o devesse ter sido”.⁴⁵

É possível estabelecer uma subdivisão nas teorias que tentaram justificar a responsabilidade do Estado. A síntese mais elucidativa é de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inclusive pelas ressalvas que estabelece quanto às divergências doutrinárias relacionadas à teoria da culpa. São, pois, três grupos⁴⁶: 1. teoria da irresponsabilidade; 2. teorias civilistas; 2.a. teoria dos atos de império e de gestão; 2.b. teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva; 3. teorias publicistas; 3.a. teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; 3.b. teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

Prossegue dizendo que “antes de analisar cada uma dessas teorias, cabe assinalar que existe muita divergência de terminologia entre os autores, o que torna difícil a colocação da matéria; o que alguns chamam de culpa civil outros chamam de culpa administrativa; alguns consideram como hipóteses diversas a culpa administrativa e o acidente administrativo; alguns subdividem a teoria do risco em duas modalidades, risco integral e risco administrativo”.⁴⁷

De posse das ressalvas que se deve fazer a questão terminológica, dentro do espectro da responsabilidade do Estado, Caio Mário da Silva Pereira aponta três correntes doutrinárias: teoria da culpa, teoria do acidente administrativo e teoria do risco:

⁴⁵ Ibid., p.347.

⁴⁶ Cf. DI PIETRO, p.524.

⁴⁷ Id.

A primeira delas transpõe para o campo da responsabilidade do Estado a teoria da culpa, com a necessária adaptação às circunstâncias que envolvem o ato administrativo. Para positivar o dever de reparação por parte do Estado, torna-se mister apurar se o agente procedeu culposamente. Somente em caso afirmativo é possível deduzir que a entidade estatal é responsável.⁴⁸

A princípio tratava-se a questão como relação entre preposto-preponente. Depois se passou a verificar se o agente procedeu no exercício de suas funções, com alargamento do campo da responsabilidade do Estado já que é desnecessário distinguir culpa pessoal e culpa do serviço.⁴⁹

Aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, com a culpa do serviço, falta do serviço ou *faute du service*, como quer que seja tratada, adotou-se superficialmente a idéia da responsabilidade objetiva, “uma vez infligido o *dano* e comprovada, como causa, a *falta do serviço*, disso haveria responsabilidade. A esta corrente denominou-se, marcando a transição, de *teoria da culpa administrativa* [grifo do autor].”⁵⁰

A partir da teoria da culpa administrativa

logo se derivou a *teoria do acidente administrativo*, na qual a noção de *culpa* era ainda mais ampliada, prevalecendo a idéia de que bastaria o *acidente*, ou seja, a *imprevisível irregularidade do serviço*, para responsabilizar o Estado.

Essa segunda corrente rompia as últimas amarras com o *elemento subjetivo* e, dele prescindindo, dava surgimento à obrigação de reparar o dano a partir do simples *ato lesivo*

⁴⁸ PEREIRA, C.M. da S. Responsabilidade civil do Estado. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.130.

⁴⁹ Ibid., p.131.

⁵⁰ MOREIRA NETO, p.578.

[grifos do autor].⁵¹

Romeu Felipe Bacellar Filho propõe que, por sua vez, a “teoria da culpa administrativa constituiu o primeiro passo na mutação da ideologia subjetiva da culpa civil frente à responsabilidade objetiva do Estado, consubstanciada na tese do risco administrativo (...), pois conferiu relevo e importância à falta do serviço”.⁵²

A teoria da culpa administrativa teria sido o estágio intermediário entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a teoria objetiva do risco administrativo. Diz Hely Lopes Meirelles que “aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro”. Reconhece que se exige uma culpa, “mas uma culpa especial da Administração”, a culpa administrativa.⁵³

Com base na desigualdade entre administrado e Estado sustenta-se teoria que independa de culpa. “Imaginou-se então a teoria do *acidente administrativo* [grifo do autor]. Basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio de normalidade, para que fique estabelecida a responsabilidade do Estado e a conseqüente obrigação de indenizar.”⁵⁴

⁵¹ Id.

⁵² BACELLAR FILHO, p.38.

⁵³ MEIRELLES, p.561.

⁵⁴ PEREIRA, p.131.

Tem-se destacado este ponto, pois “existe certo conflito na doutrina acerca da inserção da falta de serviço no contexto jurídico da responsabilidade civil objetiva do Estado”. Para Hely Lopes Meirelles a falta do serviço formaria ou seria parte da teoria civilista da culpa administrativa, “passo inicial para evolução da doutrina do dano objetivo”. Já Celso Antônio crê tratar-se de culpa ainda na noção civilista, mas uma culpa especial. Já outros pensam a teoria como formadora das teorias publicistas do dano objetivo.⁵⁵

Ter-se-ia, dessa forma, a teoria da culpa do serviço, ainda que de forma sutil, como a base de surgimento da (s) teoria (s) do risco. “Reafirme-se que a *faute du service* acabou por desencadear o processo de evolução que culminou com as teorias objetivas do risco, sem contudo sepultar, face o posicionamento de significativa parte da doutrina, o resquício civilista da culpa. A teoria do acidente administrativo baseada na falta de serviço desmembrou-se no que hoje denominamos teorias do risco (integral e administrativo)”.⁵⁶

A doutrina publicista procurou princípios objetivos para responsabilidade do Estado. Neste intento teriam então surgido as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, “todas elas identificadas no tronco comum da *responsabilidade objetiva da Administração Pública* [grifos do autor], mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação, sem falar nas submodalidades em que se repartiram essas três correntes.”⁵⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta, tal como já se delineou nos

⁵⁵ BACELLAR FILHO, p.39.

⁵⁶ Ibid., p.40.

⁵⁷ MEIRELLES, p.560.

fundamentos da responsabilidade, a solidariedade como ponto crucial das teorias publicistas. Informa o autor que

Como a Administração, ao atuar por seus agentes, na prossecução do bem comum, pode, eventualmente, mesmo não o desejando, infligir um dano a alguém. É imperativo de justiça e da solidariedade social que cada um dos beneficiados, pela atividade desenvolvida pelo Estado, cada membro da comunidade co-participe na composição do sacrifício imposto à vítima. Por isto, pouco importaria se houvesse culpa, ou não, do agente público causador do dano, entronizando-se, então, nova fase da *teoria objetiva*, de inspiração publicista, com suas três modalidades.⁵⁸

As teorias que envolvem a culpa, em que pese reconhecido o caráter publicístico de suas construções, são criticadas por tornarem demasiadamente difícil para o administrado provar a culpa, ainda que anônima, da Administração Pública. Hely Lopes Meirelles diz que a teoria da culpa administrativa exige ainda muito da vítima, pois “além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* [grifo do autor] para obter a indenização.”⁵⁹

O curso evolutivo da responsabilidade do Estado desemboca na teoria do risco, ou nas teorias do risco: administrativo e integral.

Na teoria do risco administrativo “não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado”. Aqui se exige apenas o “fato do serviço” (e não a sua falta, como na teoria da culpa). Diz Hely que na teoria da culpa ela é presumida da falta do serviço; no risco é inferida do fato lesivo. É, pois, baseada “no *risco* que a atividade pública gera para os administrados”, tornando-os desiguais.⁶⁰

⁵⁸ MOREIRA NETO, p.578.

⁵⁹ MEIRELLES, op.cit., p.561.

⁶⁰ Id.

Com relação à teoria do risco, informa Caio Mário da Silva Pereira:

O que se tem de verificar é a ocorrência de um dano, sofrido em consequência do funcionamento do serviço público. Não se cogita de culpa do agente, ou da culpa do próprio serviço; não se indaga se houve mau funcionamento da atividade administrativa. Proclama-se em verdade a presunção *iuris et de iure* de culpa. Basta estabelecer a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a ação do agente ou do órgão da Administração. Se o funcionamento do serviço público (bom ou mau não importa), causou um dano, este deve ser reparado.⁶¹

Esclarece Di Pietro que é a teoria objetiva porque prescinde dos elementos subjetivo e também se conhece por teoria do risco “porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente”.⁶²

Anote-se o que informa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, uma vez mais, estabelecendo o princípio da solidariedade como marca fundamental do dever estatal de recompor o patrimônio alheio:

Assim, a Administração, ao desenvolver as suas atividades, por certo *assume o risco* de causar danos a terceiros, razão pela qual todos que suportam a Administração devem participar das indenizações dos danos que possam causar, como se fora um grande seguro universal, indenizando o lesado pela mera ocorrência do dano, bastando à vítima provar sua *existência* e a *autoria*, daí a denominação de *teoria do risco administrativo* [grifos do autor].⁶³

⁶¹ PEREIRA, p.132.

⁶² DI PIETRO, p.527.

⁶³ MOREIRA NETO, loc.sit.

Trata-se da teoria do risco integral. Esta, se aceita, por tomar o Estado feições de segurador universal, já que teria que indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que com dolo ou culpa da vítima, não obteve êxito entre nós.⁶⁴

Como desperta alguma controvérsia a divisão da teoria do risco, cabe trazer o seu traço distintivo, marcado pelo “desprezo dedicado pela teoria do risco integral a fatores circunstanciais (como força maior e caso fortuito) e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima”.⁶⁵

Na vigência do Código Civil de 1916, o seu artigo 15, que se referia à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, teria sido “derrogado no que se refere aos atos comissivos”. Isto levaria a conclusão de que a teoria do risco administrativo não se aplicaria, pois, aos casos de omissão dos agentes do Poder Público que causassem danos aos particulares.⁶⁶

A modificação que se operou na lei civil descarta esta interpretação, pois o artigo 43 do Novo Código Civil repete o texto da Constituição Federal. Não seria este o argumento capaz de fazer permanecer a teoria da culpa como presente em nosso sistema jurídico.

Ainda assim é válido fazer remissão a nota proposta pelo autor, pois Diogo Figueiredo Moreira Neto dá contornos objetivos para responsabilidade do Estado baseado no princípio da solidariedade e, mesmo nesse tom, considera a possibilidade

⁶⁴ MEIRELLES, p.562.

⁶⁵ BACELLAR FILHO, p.43.

⁶⁶ MOREIRA NETO, p.578.

de tratar dos casos de omissão no viés da culpa do serviço.⁶⁷

De tudo que se expôs, parece esclarecedora a síntese que opera Diógenes Gasparini:

A solução civilista, preconizada pela teoria da responsabilidade patrimonial com culpa, embora representasse um progresso em relação à teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, não satisfazia os interesses de justiça. De fato, exigia muito dos administrados, pois o lesado tinha que demonstrar, além do dano, a situação culposa do agente estatal. Tornam-se, assim, inaplicáveis, em sua pureza, os princípios da culpa civil, para obrigar o Estado a responder pelos danos que seus servidores pudessem causar aos administrados.⁶⁸

Segue ainda que, quanto a teoria objetiva, onde não é necessário comprovar nem culpa do agente público nem culpa do serviço, apenas o risco que a atividade pública gera é suficiente para desencadear a responsabilidade do Estado. Sendo essencial ressaltar que

esse rigor é suavizado mediante a prova, feita pela Administração Pública, de que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou de que este não teve origem em um comportamento do Estado (foi causado por um particular). Essas circunstâncias, conforme o caso, liberam o Estado, total ou parcialmente, da responsabilidade de indenizar.⁶⁹

Do exposto há de se extrair, como nota principal, que convivem as teorias da responsabilidade do Estado ainda hoje, a despeito do que se quer extrair do art. 37,

⁶⁸ GASPARINI, p.605.

⁶⁹ Ibid., p.606-607.

§6º, da Constituição Federal.⁷⁰

3. COMPONENTES E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Esta seção não pretende senão a indicação dos elementos que compõe a responsabilidade do Estado, mas que não são foco deste trabalho. Trata-se dos agentes públicos, do dano, apenas naquilo que compõe sua essência, e do nexos causal. A culpa tem tratamento oportuno, no próximo capítulo. Antecipa-se, porém, nas linhas gerais, as excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado.

3.1 OS SUJEITOS

José dos Santos Carvalho Filho utiliza-se da expressão sujeitos e resume o quadro que, superficialmente, descrever-se-á: “Sendo assim, o cenário concernente ao tema que estudamos se compõe de três sujeitos: o Estado, o lesado e o agente do Estado. Neste cenário, o Estado, segundo o direito positivo, é civilmente responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sendo-o, incumbe-lhe reparar os prejuízos causados, ficando obrigado a pagar as respectivas indenizações”.⁷¹

A Constituição Federal de 1988 inovou no uso do termo agente e na

⁷⁰ Ibid. p.605.

⁷¹ CARVALHO FILHO, p.428.

amplitude que deu a responsabilidade do Estado, fazendo constar os particulares prestadores de serviços públicos como responsáveis pelos danos causados aos administrados.⁷²

É o teor da Carta Magna: "Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A expressão agente, segundo a doutrina, é adequada e abrange "todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório", todos os que tenham "praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las".⁷³

Não se trata de coisas distintas. O Estado apresenta-se, por não ter vontade própria, por meio de seus agentes. O agente, ao expressar-se, é o próprio Estado.

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.⁷⁴

⁷² Nas constituições anteriores: "As Constituições de 1924 e de 1891 consagraram a responsabilidade do funcionário, em caso de culpa ou de dolo. Mas mesmo na vigência da Constituição de 1891, tivemos leis que prescreveram a responsabilidade do Estado em alguns casos: correio, telégrafo, vias férreas e também a Lei 221, que permitia a propositura de ação de indenização contra a União, onde podemos vislumbrar então já o início da responsabilidade. Depois, tivemos as Constituições de 34, de 37, com a responsabilidade solidária Estado-funcionário e chagamos à grande conquista, com a Constituição de 46, com a teoria objetiva: caberá ação de indenização contra o Estado pelos danos causados por funcionários e ação regressiva contra estes, em caso de culpa ou dolo. Com pequenas alterações de redação, isso foi repetido na Constituição de 67 e na Emenda 1/69". (ALCÂNTARA, 1986, p.68).

⁷³ MEIRELLES, p.565.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.814.

Há dificuldade em separar atuação do Estado e de seus agentes. É uma observação que interfere sobremaneira na aplicação da teoria da culpa do serviço, já que para apurar a responsabilidade fala-se em culpa anônima.

3.2 CARACTERÍSTICAS DO DANO

Interessa sua configuração nos parâmetros gerais tratados na doutrina para posterior fase do trabalho.⁷⁵

Diógenes Gasparini aponta como características do dano, além da ilicitude da conduta protegida, “*referente a uma situação protegida pelo Direito*”, a certeza de sua presença, sua efetividade; o caráter especial (individualização); anormalidade e de valor economicamente apreciável.⁷⁶

Maria Emília Mendes Alcântara propõe que:

Quanto aos atos ilícitos, cabe fazer uma observação. Com relação aos atos ilícitos prescinde-se do dano especial e do dano anormal. A anormalidade, a excepcionalidade residem exatamente na ilicitude. Aqui está a anormalidade. Eu não sou obrigada a suportar um ato ilegal. Não preciso demonstrar nada. Apenas a ilegalidade do ato. Ele não precisa ser normal, anormal, nem especial. Ele precisa ser certo e aferível economicamente. A situação tem que ser juridicamente protegida. Porém, anormal, não. A anormalidade deriva do comportamento ilegal, da ocorrência da omissão. Nisto reside a anormalidade.⁷⁷

⁷⁵ Ibid., p.826 et. seq.

⁷⁶ GASPARINI, p.608-609.

⁷⁷ ALCÂNTARA, M.E.M. Responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado? In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. (Org.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986. p.70.

São, pois, diferentes os requisitos do dano conforme seja decorrente de ato lícito ou ilícito do Poder Público. Assim, “nos atos lícitos responde quando houver imputação, nexo de causalidade e o dano for certo, não eventual e possível, bem como anormal e especial; nos atos ilícitos, fundamentado no princípio da legalidade, bastando o preenchimento dos requisitos da imputabilidade e do nexo de causalidade, todos os danos certos, não eventuais e possíveis serão indenizados...”⁷⁸

Essa nota é fundamental para a discussão que se quer promover. Como o fulcro da monografia são os atos ilícitos, em decorrência dessa perspectiva haveria que se pensar, apenas, na existência do dano (que ele seja certo, pois), desde que o direito seja protegido, e na sua apreciação econômica.

3.3 O NEXO DE CAUSALIDADE

Na presença da teoria objetiva do risco, o nexo causal aparece no estreito curso em que a responsabilidade do Estado pode ser afastada.

É elemento que não importa sozinho. Seu estudo necessita dos demais aspectos da responsabilidade estatal, pois consubstancia apenas a ligação entre o agir (ou omitir) do Estado e o dano que sofre o particular. “O termo nexo significa o vínculo, ligação, união; enquanto causalidade é a relação de causa e efeito”.⁷⁹

Ainda mais, a “relação de causalidade é o vínculo entre o dano produzido e a

⁷⁸SIQUEIRA, B.L.W. O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Direito Administrativo*. n.219, p.95, jan./mar. 2000.

⁷⁹ *Ibid.*, p.92.

atuação do Estado”.⁸⁰

Assim, “Nexo de causalidade é o vínculo, o elo de ligação entre a atividade estatal e o dano produzido ao terceiro. Ele surge da obrigação extracontratual entre o sujeito estatal e o particular”.⁸¹

Basta que se tenha presente a noção que encerra o nexo de causalidade, porque servirá como pressuposto para avaliar a atuação das autoridades públicas quando do não cumprimento de ordens judiciais de reintegração de posse.

3.4 AS EXCLUDENTES

São duas ordens de considerações. Primeiro fala-se em excludentes e também em atenuantes. Naquelas os *casos fortuitos*, os de *força maior* e o *estado de necessidade*. Nestas tão somente a concorrência da vítima, mas que poderia ser excludente se configurasse a denominada *culpa exclusiva da vítima*.

Não são convergentes, porém, as posições doutrinárias. O primeiro ponto em que há dissonância é ao estabelecer o que seriam caso fortuito e de força maior. Socorre-se na distinção operada por Romeu Felipe Bacellar Filho: “A distinção não oferece nenhuma dificuldade. Em se tratando de caso fortuito, o traço marcante é a imprevisibilidade. Se o evento pudesse ser previsto, certamente poderia ser evitado. Já em se tratando de força maior, o que transcende é a irresistibilidade. O evento, em

⁸⁰ Ibid., p.91.

⁸¹ Ibid., p.96.

muitos casos, embora previsível, afigura-se inevitável por sua força maior”.⁸²

Assim pode-se afirmar que a “força maior é um acontecimento externo, estranho à vontade humana, imprevisível e inevitável”. E o “*caso fortuito* é considerado aquele evento interno; acidente decorrente do próprio serviço, imprevisível, o qual não teve a participação do Estado ou do homem”. Parcela significativa da doutrina entende que o caso fortuito, nesses termos, não excluiria a responsabilidade estatal.⁸³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em função da posição que adota quanto à responsabilidade, propõe que, se é o nexo de causalidade que fundamenta a responsabilidade do Estado, “deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única”.⁸⁴

Exclui-se a responsabilidade pela força maior (acontecimento imprevisível, inevitável e estranho às partes) e por culpa exclusiva da vítima (também pode ser concorrente, caso em que se atenua a responsabilidade); não por caso fortuito (ato humano falho). Ainda na força maior é possível responsabilidade por omissão, com base na teoria da culpa do serviço, se além do evento natural concorrer deficiência no serviço público.⁸⁵

Diógenes Gasparini encerra idéia fundamental ao asseverar que indeniza o

⁸² BACELLAR FILHO, p.49.

⁸³ SIQUEIRA, op.cit., p.97-98.

⁸⁴ DI PIETRO, p.530.

⁸⁵ Ibid., p.530-531.

Estado apenas danos decorrentes de comportamentos danosos de seus agentes, “de sorte que nem se cogita da responsabilização do Estado por dano decorrente de ato de terceiro”. Assim, exime-se o Estado de indenizar se o acontecimento decorrer de força externa ao Estado, como greve ou grave perturbação da ordem (força maior) ou quando há culpa da vítima.⁸⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma ser aplicável a teoria da culpa do serviço

quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinqüentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese (...) é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado.⁸⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, como a responsabilidade decorre da omissão que causa dano, desde que evitável, frente ao dever legal de agir com diligência, prudência e perícia, se não houver dolo ou culpa não há que se falar em responsabilidade.⁸⁸

Há que se falar ainda do estado de necessidade, que “constitui a terceira e última classe de situações que afastam ou diminuem a responsabilidade estatal, pois

⁸⁶ GASPARINI, p.607-608.

⁸⁷ DI PIETRO, p.531.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.831.

traduz hipótese em que prevalece o interesse coletivo sobre o individual”.⁸⁹

Anota Temístocles Brandão Cavalcanti que é “Exclusivo também, por vezes [sic], da obrigação de indenizar, e por conseguinte, da responsabilidade, apresenta-se o estado de necessidade como a predominância de um interesse [sic] geral, sôbre [sic] as conveniências, interesses [sic] e mesmo direitos individuais.”⁹⁰ Há, portanto, um conflito entre direitos coletivos, e direitos que, segundo a espécie, poderá justificar ou não a responsabilidade.

⁸⁹ BACELLAR FILHO, p.50.

⁹⁰ CAVALCANTI, T.B. Da responsabilidade do Estado. In: _____. **Tratado de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p.422. v.5.

A CULPA NA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

1. IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

1.1 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA EXCEPCIONAL

Diante da tendência crescente de se voltar a responsabilidade extracontratual do Estado para teoria objetiva do risco, porque nesta se constata, aparentemente, um teor progressista, admitem muitos doutrinadores a responsabilidade baseada em critérios subjetivos como exceção.

Almiro do Couto e Silva, com proposta bastante ímpar, ressalva essa possibilidade, dizendo que a regra na responsabilidade do Estado é a dispensa de culpa, bastando, pois, dano e nexos causal como elementos que exigem indenização do Estado. A culpa é levada em consideração apenas em certos casos. “É o que ocorre, por exemplo, nos serviços que o Estado presta aos particulares e que, nas relações privadas são caracterizados como obrigações de meios e não obrigações de resultados, tais como os serviços médicos, de defensoria pública, etc.”⁹¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe como aplicável a teoria da culpa do serviço “quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua

⁹¹ COUTO E SILVA, A. do. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. n.202, p.24, out./dez. 1995.

omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público.”⁹²

Diógenes Gasparini informa que

Não há responsabilidade objetiva nos casos de danos decorrentes de força maior (raio, incêndio, inundação, vendaval) ou oriundos de casos fortuitos, a exemplo dos atos multitudinários, da greve e da grave perturbação da ordem, dado que o Estado e as demais pessoas prestadoras de serviços públicos não os causaram (RT 251:299). Por esses danos podem responder subjetivamente, isto é, nos termos da teoria da culpa administrativa.⁹³

Hely Lopes Meirelles, mesmo como defensor da tese de que a culpa anônima ou teoria da culpa administrativa seria já eminentemente objetiva, já que na “substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da *responsabilidade objetiva* da Administração, vale dizer, da *responsabilidade sem culpa* [grifos do autor]”, ressalta que a Constituição Federal de 1988 distingue-se os danos causados por agentes do Estado (ou da Administração, como prefere o autor) daqueles que ocorrem por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Nos “atos predatórios de terceiros” e nos “fenômenos naturais que causem danos aos particulares” aplica-se a teoria da culpa civil, exemplificando-se com os casos de depredações por multidões tratados pela jurisprudência.⁹⁴

Lúcia Valle Figueiredo conclui que, apesar de “verificar, desde logo, que a responsabilidade acolhida pelo texto constitucional atual é objetiva quanto ao Estado”,

⁹² DI PIETRO, p.531.

⁹³ GASPARINI, p.618.

⁹⁴ MEIRELLES, p.566.

ao se tratar de atos ilícitos que decorrem de omissão deve-se “admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário”. Deve-se investigar se deveria o Estado agir ou “se a ação teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço”.⁹⁵

Encerram-se, pois, as seguintes aplicações excepcionais da teoria subjetiva: a primeira referente aos serviços prestados aos particulares que são apenas obrigação de meio e não de fim; a segunda diria respeito aos danos causados por terceiros nos quais o Estado omite-se e, por fim, também quanto aos eventos naturais causadores de danos aos administrados que poderiam ser evitados pela atuação do Poder Público.

Ao se alcançar os casos de ilícitos decorrentes de omissão já se está a tratar de campo mais vasto, onde não se pode falar em excepcionalidade da teoria subjetiva, estando apenas incluído neste item porque deflui de posição que situa a teoria objetiva do risco como central.

1.2 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E A OMISSÃO DO SERVIÇO

Muito divulgada na doutrina é a divisão dos atos do Estado em comissivos e omissivos para apreciação da responsabilidade. Deve-se a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello a construção do raciocínio, exposto também por Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁹⁵ FIGUEIREDO, p.254-255.

São, pois, três situações distintas que ensejam a responsabilidade do Estado: quando o Estado age; quando o Estado omite-se (falta do serviço ou culpa do serviço) e quando alguma atividade do Estado cria risco, embora não haja atuação sua, mediatamente torna-se responsável pelo dano.⁹⁶ *

Os fundamentos considerados são diferentes conforme se trate de ato omissivo ou ato comissivo. Quando o Estado age e causa danos ao administrado desigualá-o, conforme as características do dano, frente à coletividade. “Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade - inerente ao Estado de Direito - é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado.”⁹⁷ Neste posicionamento, tanto conduta legítima quanto conduta ilegítima do Estado ensejam responsabilidade pautada no princípio da igualdade.

Ainda que busque satisfazer interesse público haverá que indenizar o particular. “Se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos”. Aqui “*Relevante é a perda da situação juridicamente protegida* [grifos do autor].”⁹⁸

Quando os danos decorrem de omissão estatal, casos em que o serviço não funciona ou funciona tardia ou ineficientemente, aplica-se a teoria da responsabilidade

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, C.A, p.816.

* Como se nota, a terceira hipótese não atrai atenção porque prevista especificamente no ordenamento (exemplo, acidente com usina nuclear).

⁹⁷ Ibid., p.817.

⁹⁸ Id.

subjetiva. Diz-se que “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo [grifos do autor].”⁹⁹

São duas ordens de acontecimentos que podem levar o Estado a ser responsabilizado por conduta omissiva: fato da natureza que o Poder Público deveria obstar e não o fez e comportamento material de terceiros que deveria ser detido pelo Estado e não o foi.¹⁰⁰

Admitir esta assertiva parece invalidar a separação entre responsabilidade subjetiva excepcional e casos de omissão, porém há que se dizer que neste ponto não se considera a responsabilidade objetiva como regra. Convivem ambas teorias: objetiva e subjetiva.

Caminha no mesmo sentido José dos Santos Carvalho Filho, informando que

quando a conduta estatal for omissa, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.¹⁰¹

Daí segue-se que “a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta

⁹⁹ Ibid., p.819.

¹⁰⁰ Ibid., p.823.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, p.443.

omissiva, só se desenhará *quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa* [grifo do autor]. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.”¹⁰²

Compartilha também desta posição Maria Helena Diniz. “Na hipótese de dano por comportamento omissivo a responsabilidade estatal é *subjetiva*, por depender de procedimento doloso ou culposo. (...) Os prejuízos não são causados pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que omissão é condição do dano, ou melhor, é o evento cuja ausência enseja a ocorrência da lesão.”¹⁰³

Nesse sentido, a teoria do risco aplicar-se-ia apenas aos atos comissivos. Isto porque “na hipótese de atos omissivos, a aplicação da teoria do risco importaria em uma exacerbação descomedida da responsabilidade do Estado.”¹⁰⁴ Fala-se, na omissão, como deixou-se entrever, de prejuízos que não são causados diretamente pelo Estado, mas por acontecimentos alheios a ele, os quais seus agentes teriam o dever de impedir.

Há que se esclarecer, dessa forma, em que casos a omissão enseja a responsabilidade:

O Estado responde por omissão, quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar obstar aquilo que podia impedir e estava obrigado a fazê-lo. O fato danoso pode consistir em fato da natureza cuja lesividade o poder público não impediu, embora devesse obstá-lo, ou em comportamento material de alguém prejudicial a outrem, cuja lesividade o

¹⁰² Id.

¹⁰³ DINIZ, p.415.

¹⁰⁴ SAAD, A responsabilidade civil do Estado por atos administrativos comissivos e omissivos. In: _____. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p.67.

Estado devia impedir e não o fez, respondendo assim, em ambas as hipóteses, por culpa ou dolo pela omissão, ou melhor, por ato ilícito.¹⁰⁵

Se responde o Estado quando deveria fazer e não o fez, porque prevista em lei sua atuação, o fundamento último, em que pese tratar-se de omissão, será o ato ilícito. É a desatenção ao dever legal que gera responsabilidade extracontratual do Estado e não simplesmente a omissão.

Esta consideração merece maior espaço de discussão.

1.3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA APLICÁVEL EM DECORRÊNCIA DOS COMPORTAMENTOS ILÍCITOS

Parte-se do princípio da legalidade como fundamento e centra-se no *ato ilícito* a conduta que desencadeia a possibilidade de responsabilizar-se o Estado com apreciação de culpa.

Para tanto, define-se “ato ilícito como o ato jurídico pelo qual um sujeito viola uma norma jurídica, cujos efeitos causam danos ao titular do direito subjetivo amparado pela norma”.¹⁰⁶

É Odília Ferreira da Luz Oliveira que fornece a perspectiva da teoria subjetiva aplicável aos atos ilícitos praticados pelos agentes públicos. Assim, “As teorias *subjetivas* dizem respeito à responsabilidade patrimonial do Estado por atos

¹⁰⁵ DINIZ, op.cit., p.416.

¹⁰⁶ SAAD, R.M. O ato ilícito como fonte da responsabilidade civil e a evolução do instituto. In: _____. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p.21.

ilícitos, apoiando-se na culpa do agente ou na falta (culpa) do serviço”.¹⁰⁷

Mesmo assentada “em princípios próprios de Direito Administrativo”, pautada em critérios estabelecidos para apreciar o deficiente funcionamento do serviço público, “a teoria da falta do serviço ainda tem natureza subjetiva, pois supõe omissão culposa do Estado, na execução de uma atividade que lhe pode ser razoavelmente exigida”.¹⁰⁸

O destino último de verificação da conduta omissiva do Estado é a previsão legal. Note-se que

(...) quando em pauta a responsabilidade por comportamento negativo, o Estado só responderá se houver omitido dever que lhe tenha sido prescrito pelas normas; não se sua inação for lícita. É que o conceito de omissão, em direito, está ligado ao de ilicitude. Sob o ponto de vista jurídico, a mera inação não configura omissão, esta só se apresenta quando, tendo o dever de agir, o sujeito fica inerte. Assim, o Estado não é obrigado a indenizar pelo homicídio praticado pela mulher contra o marido, dentro de casa, embora seja certo que a presença da polícia no local, antes do evento, impediria sua consumação. É que inexistente um dever jurídico de o Poder Público policiar o interior das residências, logo, não ocorreu omissão. No entanto, o Estado responde pelo acidente automobilístico causado pela falta de conservação de uma estrada; no caso, terá deixado de cumprir o dever de conservar a via pública.¹⁰⁹

Fecha-se, assim, uma tríplice implicação entre ato ilícito, omissão estatal e culpa. Se se deve considerar que o fundamento é a razão última da qual se extrai uma

¹⁰⁷ OLIVEIRA, p.293.

¹⁰⁸ Id.

¹⁰⁹ SUNDFELD, C.A. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p.175. Apud CÂMARA, J. de A. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. **Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v.12, ano4, p.44-45, jan./mar. 1997.

regra, a omissão enseja a responsabilidade na medida em que o dever legal de agir do Estado não é observado. Não há como se falar em risco, nesses casos, nem sequer tratar de aspectos objetivos. Há que se apreciar a conduta dos agentes do Estado, ou o que se aproxima desta nota, o funcionamento regular do serviço. Portanto há que se falar em culpa, ainda que atribuída ao serviço como um todo, sem distinção, *a priori*, de um ou mais agentes responsáveis pela ineficiência do serviço.

1.4 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COMO REGRA

A permanência da culpa na teoria da responsabilidade do Estado é questionada por parcela significativa da doutrina. Tem-se notado tendência em fazer do risco a regra de responsabilização. “Muitos autores e grande parte da jurisprudência, desde a vigência da Carta de 1946, vêm afirmando a adoção, pelo texto constitucional em vigor, exclusivamente da tese da responsabilidade objetiva, baseada no risco administrativo. Alguns o fazem equivocadamente, invocando situações claramente caracterizadoras da falta do serviço”.^{110 111}

¹¹⁰ OLIVEIRA, op.cit., p.297.

¹¹¹ "Como MEIRELLES, H.L., ao citar, em apoio à sua tese da responsabilidade objetiva, acórdãos em que a condenação do Estado fundou-se na falta do serviço, forma subjetiva de responsabilidade. No próprio texto da obra, fica patente a confusão: *Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor, pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração, para a consecução de seus fins* [os dois primeiros grifos estão no original]." (OLIVEIRA, 1998, P.297-rodapé).

Mais elucidativo ainda é o trecho que segue:

Outros, porém, entendem que a norma constitucional, ao apontar a culpa do agente apenas como pressuposto do direito de regresso, admite que o Estado possa ser responsabilizado sem ela. Isso não significa, necessariamente, adoção da tese objetiva com exclusividade, pois ainda existe a responsabilidade decorrente da falta do serviço, que é a regra; na verdade, coexistem a responsabilidade objetiva e a subjetiva, esta fundada na *faute du service* e não mais na culpa do agente público.¹¹²

Então se pode considerar que é ainda aplicável a teoria da culpa do serviço nos casos em que o dano resulta de ato ilícito do Poder Público, quando menos nos casos de omissão do Estado, que é indissociável da noção de ato ilícito, ou tão-somente quando se trate de danos oriundos de eventos decorrentes de fatos estranhos ao Poder Público.

Apontar a culpa como parâmetro principal que regula a aplicação da teoria da responsabilidade estatal é mais provocativo. Porém se trata de uma baliza desenhada há muito pela doutrina do Direito Administrativo, mesmo frente ao texto constitucional de 1967 (e Emenda Constitucional nº 1 de 1969), que repetia o texto inaugural de 1946, onde já se indicavam os mesmos contornos do atual dispositivo.* É o que informa Rui Cyrne Lima: “A culpa e o risco formam as bases essenciais da responsabilidade da administração pública pelo dano decorrente do fato de seus agentes, ou do fato das coisas a seu serviço. A culpa abrange, porém, a maior extensão dêsse [sic] setor das relações jurídicas da administração. O risco constitui fundamento excepcionalmente estabelecido à responsabilidade da administração”.¹¹³

¹¹² Ibid., p.298.

* Constituição Federal de 1946: "Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

Não é outro o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo o qual:

O princípio dominante, todavia, da responsabilidade civil, tanto no direito brasileiro, como no dos povos cultos em geral, só pode ser o subjetivo, da culpa. O objetivo, do risco, apenas se compreende quando se manifesta juntamente com o proveito, porque só então existe fundamento jurídico para efetivação da dita responsabilidade, qual seja, o do locupletamento à custa alheia.¹¹⁴

Mais significativo que apurar a prevalência de uma ou outra teoria, ao menos quando se quer implantar a tese de que a teoria do risco abrange todos os casos de responsabilidade do Estado, é constatar que ambas coexistem. Isto porque “a culpa supõe que o agente tenha ou deva ter conhecimento pleno de todos os fatores [sic] e circunstâncias, capazes de determinar os efeitos e resultados do ato. A questão da apreciação dos resultados do ato torna-se, então, uma questão exclusivamente moral”.¹¹⁵

No risco dá-se o contrário, pois são criados efeitos e resultados imprevisíveis. “Do que se cuida meramente é de estabelecer quem deverá suportar o

Constituição Federal de 1967/69: "Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos caso de culpa ou dolo".

¹¹³ LIMA, R.C. A Responsabilidade da Administração. In: _____. **Princípios de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: RT, 1982. p.198.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, O.A. Dos deveres e da responsabilidade. In: _____. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p.485. v.2.

¹¹⁵ LIMA, op.cit., p.198.

risco que se cria. À lei incumbirá dizê-lo [sic], se não houver o dano de ser suportado por quem a verificação do risco feriu”.¹¹⁶

Ambas noções completam-se, no dizer de Rui Cyrne Lima. O risco liga-se ao progresso, à necessidade de progresso. “A culpa revela-nos os lindes de cogência das leis morais sôbre [sic] a conduta humana, no curso dêsse [sic] progresso”.¹¹⁷

Assentadas sobre fundamentos diferentes, ambas teorias prestam-se a justificar a responsabilização do Estado. Quando os administrados são expostos ao tratamento desigual pelo Poder Público e o dano que isso lhes acarreta comporta características suficientes, a afronta ao princípio da igualdade exige que o Estado, pela interferência inoportuna que pratica, indenize os particulares. Porém, quando a lei atribui ao Estado competências, obrigando-o a prestar serviços indispensáveis para a sociedade, e já por constarem na lei deixa-se entrever sua importância, não há que se falar em risco criado. A estrutura estatal volta-se à prestação do serviço dentro do espaço delimitado, exercendo atividade tipicamente sua, podendo causar danos aos particulares. Aqui é a atuação fora dos limites legais que o leva a ressarcir o administrado, porque é de sua alçada atuar nessas esferas e a falha constitui, por tudo quanto representa o serviço prestado, como a segurança pública, uma exceção.

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ Ibid., p.199.

2. O CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL: CULPA OU RISCO?

2.1 TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO

Exige exame mais detido falar da teoria da culpa do serviço. Isto porque, além da importância que tem para o desenvolver do trabalho, é nela que permanece a idéia de culpa, ainda que transmutada para o âmbito público, que embasa, como já se deixou entrever, parcela maior dos casos de responsabilidade do Estado.

Importada do Conselho de Estado francês, esta teoria, conhecida como *faute du service*, melhor traduzida como culpa do serviço, aponta para o exame do funcionamento do serviço público, em critérios específicos para a espécie, o que teria levado a considerar-se a teoria, por vezes, a meio termo da objetiva ou já como propriamente uma teoria objetiva.

Alexandre de Moraes fixa-a como na terceira fase de desenvolvimento da responsabilidade do Estado, propondo que “A evolução da Administração Pública trouxe a terceira fase, ou fase da publicização da culpa, também denominada Teoria da Culpa Administrativa ou da *faute du service* (falta do serviço) dos franceses.”¹¹⁸

A noção de culpa modifica-se. Conforme Celso Ribeiro Bastos “A culpa passa a ser do serviço, expressão esta que é utilizada metaforicamente porque, a rigor, o serviço não é passível de culpa. O que releva notar aí é que por esta via se caminhava no sentido da responsabilidade objetiva do Estado e passava a coexistir

¹¹⁸ MORAES, A. de. Responsabilidade civil do Poder Público. In: _____. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p.231.

uma culpa individual ao lado de uma culpa administrativa”.¹¹⁹

Além disso, é uma noção mais abrangente. Nos moldes do Direito Público, a doutrina da culpa administrativa concebe “conceito mais amplo de culpa, exorbitante daquele que vigora para o direito privado, consistente, o último, na imprudência, imperícia ou negligência do agente”. Acresce que “Compreenderia a culpa até a previsibilidade, possibilidade que o funcionário público teria de antever o dano e fazer o possível para evitá-lo, mas não o fez”.¹²⁰

Se esse é o parâmetro de culpa que se aceita para tratar da responsabilidade do Estado que decorre dos atos ilícitos, cabe buscar a origem desta teoria. José de Aguiar Dias aponta, com base em Paul Duez, os seus contornos.

A teoria da falta do serviço público, elaborada na França pelo Conselho de Estado como concepção autônoma, se caracteriza, segundo o insigne Paul Duez, pelos seguintes pontos essenciais: 1º) *A responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária. A administração não é declarada responsável em consequência do jogo dos dados preponente-preposto, patrão-empregado, etc., mas absorve a penalidade do agente, que se torna simples peça na empresa administrativa, em cujo corpo se funde.* 2º) *A falta do serviço público não depende da falta do agente. É suficiente estabelecer a má condição do serviço, o funcionamento defeituoso, a que se possa atribuir o dano. [...] 3º) É preciso, entretanto, notar que o que dá lugar à responsabilidade é a falta, não o fato do serviço. Distinção útil, no sentido de que a teoria não pode ser assimilada à doutrina do risco.* 4º) *Nem todo defeito do serviço acarreta a responsabilidade: requer-se, para que esta se aperfeiçoe, o caráter de defectibilidade, cuja apreciação varia segundo o serviço, o lugar, as circunstâncias.*¹²¹

¹¹⁹ BASTOS, p.347.

¹²⁰ CRETELLA JUNIOR, p.675.

¹²¹ DUEZ, Paul. *Responsabilité de la Puissance Publique*. [S.I.:s.n.], p.11. Apud DIAS, J. de A. *Responsabilidade civil do Estado*. In: _____. *Da Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.565-566. v.2.

Em complemento, Caio Mário da Silva Pereira traz a classificação clássica, a tríplex repartição da culpa do serviço de Paul Duez:

Paul Duez examina as hipóteses de mau funcionamento do serviço público, que ele classifica em três categorias: a) fatos de ordem material, acidentes provocados por pessoas, serviços, veículos, materiais, trabalhos mal conduzidos ou mal executados, perda ou extravio de documentos; erros de informação pela administração; falsa aplicação de texto legislativo ou regulamentar, e muitos outros; b) inação ou omissão dos órgãos administrativos, ainda que não constitua ilegalidade na acepção estrita da palavra; ausência de medidas de proteção necessárias a garantir a segurança das pessoas; falta nos serviços de vigilância das pessoas, como no caso dos alunos de escolas e dos detentos nos presídios; recusa sistemática na aplicação da lei ou regulamento, e outros tantos casos; c) lentidão no funcionamento do serviço público, demora na prática de atos, inércia ou resistência passiva da administração pública.¹²²

De outra forma, constituem falhas ou imperfeições na prestação de serviços públicos:

a. mau funcionamento. Nesta categoria estão os atos comissivos eivados de culpa do Poder Público (...);

b. não funcionamento do serviço. Dá-se o não funcionamento do serviço em virtude da omissão da Administração Pública, que está obrigada a agir e não o faz (...);

c. morosidade ou inércia do serviço. O serviço é prestado, mas tardiamente, causando o perecimento dos bens ou graves prejuízos aos direitos dos administrados.¹²³

¹²² DUEZ, Paul. *Responsabilité de la Puissance Publique*. [S.I.:s.n.], p. 27 e ss. PEREIRA, C.M. da S. *Responsabilidade civil do Estado*. In: _____. *Responsabilidade civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.131-132.

¹²³ SAAD, A *responsabilidade civil ...*, p.53-54.

Também não é pacífica a consideração das três modalidades de mau funcionamento como formas de aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade. Escreve Celso Antônio Bandeira de Mello que na falta do serviço “*não é uma atuação do Estado* que produz o dano, mas por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o *dever de evitar* [grifo do autor].”¹²⁴ Aqui estão inseridas as hipóteses em que o serviço não funcionou ou funcionou tardiamente, e mesmo ainda quando funcionou de modo tal que não obstou a lesão. Não cabe o mau funcionamento, isto porque nele há conduta comissiva.¹²⁵

Na divisão clássica de Duez “O mau funcionamento, importa praticamente [sic], em certos casos em não funcionamento do serviço, o que ocorre também, com o funcionamento retardado”.¹²⁶

Para enfrentar a questão, diz-se que

A falta do serviço público não depende de falta do agente, mas do funcionamento defeituoso, insatisfatório, ou, na terminologia moderna, ineficiente do serviço público prestado, do qual decorre o dano. Significa, portanto, uma deficiência no funcionamento normal do serviço, atribuível a um ou vários agentes da Administração, mas que não lhes é imputável a título pessoal.¹²⁷

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.816.

¹²⁵ Id.

¹²⁶ CAVALCANTI, p.407.

¹²⁷ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p.320. Apud MORAES, A. de. Responsabilidade civil do Poder Público. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p.231.

Bastaria, segundo o que se anotou, tratar da ineficiência ou inércia do serviço. Mas assevera Alexandre de Moraes que “a *faute du service* fundamenta-se ou na culpa individual do agente causador do dano, ou na culpa do próprio serviço denominada: *culpa anônima* [grifo do autor], já que não é possível individualizá-la.”¹²⁸

Passível de levar a confusões, exige a informação maiores esclarecimentos. São aspectos distintos, embora de difícil separação, tratar da conduta do agente e do serviço público em si, embora não se fale em representação, porque o agente é, como se viu, o próprio Estado; ele encarna a vontade deste.

Mas, se considerarmos o princípio da culpa, teremos também de investigar se êste [sic] mau funcionamento ou funcionamento retardado devem ser ou não atribuídos aos funcionários ou se a um motivo estranho, ocasional que se retire à administração, qualquer culpa, por terem sido as providências e medidas impostas pela situação, tomadas em devido tempo.¹²⁹

Parece simples a configuração de responsabilidade do Estado se atua o agente com culpa (em sentido estrito) ou dolo e causa danos a terceiros, desde que exercendo atividades que lhe são próprias. “Ressalvam-se, tão-somente, os atos de natureza pessoal do agente público, que pela sua natureza não podem ser imputados ao Estado. Ainda aqui cabe a este comprovar a natureza pessoal do ato ilícito do agente público.”¹³⁰

¹²⁸ MORAES, p.231.

¹²⁹ CAVALCANTI, p.408.

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, O.A., p.482.

É questionável a separação das culpas, por assim dizer, do Estado e de seus agentes. Mais que isso, “não é possível separar-se o bom funcionamento do serviço com a atuação do funcionário por êle [sic] responsável.” O que move o aparato estatal é a atuação de seus agentes, assim “a imperícia, a inércia, a negligência é que ocasionam o mau funcionamento do serviço, que não é autômato mas que funciona através da atividade e da iniciativa dos funcionários”.¹³¹

Trata-se de um artifício, já que a culpa imputada ao serviço confunde-se com a culpa atribuída ao funcionário. “São apenas expressões, ou faces do mesmo problema.”¹³²

Quando resultam danos dos atos de terceiros não cabe falar em responsabilidade dos agentes. Fala-se então em responsabilidade do serviço público, da organização deste. Ou seja, em tais circunstâncias “não configura culpa individual, e menos ainda, dolo, do agente público.” Aqui o dano “resulta da organização do serviço quanto à sua prestação.” Esta verificação faz-se, ainda, “no terreno subjetivo da culpa.”¹³³

É o próprio Temístocles Brandão Cavalcanti quem diz que na omissão do Estado “nem sempre se encontra o elemento intencional, isto é, nem sempre pode-se atribuir a falta, a deficiência verificada no serviço, a determinado funcionário”. É algo que “decorre da própria natureza da estrutura interna da administração e do caráter impessoal de que muitas vezes [sic] se reveste.”¹³⁴

¹³¹ CAVALCANTI, op.cit., loc.sit.

¹³² Ibid., p.410.

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, O.A., p.482.

¹³⁴ CAVALCANTI, op.cit., p.407.

Como se insere no campo de atividade do Poder Público só poderá encontrar espaço naquilo que a lei impõe ao Estado fazer. Deriva a responsabilidade, pois, do descumprimento de um preceito contido na lei.

Encontra-se apreciável síntese de tudo quanto se disse:

Não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individualizá-la, e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica. Prefigura-se a culpa no não funcionamento do serviço, se obrigatório, ou na sua má prestação, ou, então, na sua prestação retardada.

Destarte, a responsabilidade deflui do descumprimento da lei, que deixou de ser obedecida na conformidade do seu comando. Em desviando-se a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando-o com atraso ou de modo deficiente, por falha na sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica, e, portanto, do Estado, que, então, deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço. (...)

Cabe, neste caso, à vítima comprovar a não prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo. Evolve, todavia, para a culpa presumida, ressalvada, no entanto, sempre a comprovação de que o serviço funcionou regularmente, de forma normal, correta.¹³⁵

Extraí-se daí que a responsabilidade do Estado nos casos em que há prática de atos ilícitos pelos agentes pauta-se pela deficiência no funcionamento do serviço, nem sempre aferível a um funcionário e não necessariamente apreciável com intuito de encontrar um funcionário responsável. Basta, para responsabilizar o Estado, que o funcionamento do serviço seja ineficiente.

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, O.A., op.cit., p. 482-483.

Não se encontra solução ainda. Bastante para responsabilidade o precário funcionamento ou não funcionamento do serviço, ter-se-ia que adotar critério para estabelecê-lo ineficiente. Primeiro, apenas cabe falar em responsabilidade se obrigado estiver o Estado a prestar o serviço. Conclui-se que decorre somente de ato ilícito, portanto. “Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”.¹³⁶

É fundamental o estágio em que se chega, uma vez que este padrão exigível, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ou o que é equivalente, a normalidade da eficiência, “há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades *reais* [grifo do autor] médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.”¹³⁷

Deve-se considerar, para tanto, o procedimento do Estado em situações análogas e a expectativa comum da Sociedade para avaliar tais possibilidades. Também deve considerar as próprias expectativas do Estado em relação ao serviço omissivo, insuficiente ou inadequado.¹³⁸

Não se responsabiliza o Estado “se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia”. O Estado não é o causador do dano. “Sua omissão ou deficiência haveria sido *condição* do dano, e

¹³⁶ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.819.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ Ibid., p.820.

não *causa*. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.”¹³⁹

Em auxílio, no intento de distinguir causa e condição, vale transcrever o que expõe Maria Helena Diniz:

Causa é o evento que produz um efeito, não gera o efeito, e condição, o acontecimento cuja ausência permite a produção do efeito, não gera o efeito, mas sua presença é impeditiva dele. Donde: sua ausência permite a produção do efeito. Em suma, condição é o evento que não ocorre, mas, se tivesse ocorrido, teria obstado o resultado.¹⁴⁰

Há que se considerar, no entanto, a crítica à distinção entre causa e condição. Isto porque tal diferença fornece elementos para dizer-se que a Constituição indica a aplicação da teoria do risco apenas para os atos comissivos dos agentes estatais. Assim sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello que *causar* sugere uma idéia de atuação positiva. Como na omissão o dano resulta da ação de terceiro o Estado não é o seu causador. Então “ele, efetivamente, não causa dano no sentido de uma atuação positiva, mas cria condições para que esse dano se verifique. Em se omitindo, age negativamente. Então, se age negativamente, de alguma forma causa o dano.”¹⁴¹

Adiante ainda, diz-se que a distinção é impraticável, pois “na medida em que ele tinha condições e, mais, tinha o dever jurídico de impedir e não o fez, tinha o

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ DINIZ, p.415.

¹⁴¹ ALCÂNTARA, p.69.

dever jurídico e se omitiu, e, em se omitindo, agiu negativamente.”¹⁴²

Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é *subjetiva*, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou falta do serviço...¹⁴³

Estado será responsabilizado

porque não cumpriu o dever legal de obstar o evento danoso. (...) Realmente, o dever do Estado é evitar omissões, agindo sempre oportunamente, procurando, sobretudo, prever que remediar, removendo concreta e objetivamente tudo que possa ser lesivo ao administrado. É mister, portanto, que aja comportamento ilícito do Estado, por não ter obstado o dano, respondendo por esta incúria, negligência ou deficiência. O Estado eximir-se-á da responsabilidade se não agiu com culpa ou dolo, se o dano for inevitável em razão de força maior (...) ou estado de necessidade, se houve culpa da vítima (...) ou de terceiro. (...) Igualmente o Estado não responderá quando, ao atuar por estado de necessidade, causar danos, ante a preponderância, nesse caso, de interesses gerais públicos sobre conveniências, bens ou direitos dos particulares.¹⁴⁴

Alexandre de Moraes informa que o STF tem aplicado tal teoria nos casos de omissão do Estado, apontando para culpa a ser apurada nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência. É o teor de parte da decisão: “Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que

¹⁴² Id.

¹⁴³ DINIZ, p.416.

¹⁴⁴ Ibid., p.417.

exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuído ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses.”¹⁴⁵

2.2 TEORIA DO RISCO

A teoria do risco surge, segundo a doutrina, para compensar as dificuldades de se enfrentar o Estado quando se quer provar a lesão sofrida. Mesmo a teoria da falta ou culpa do serviço não seria satisfatória, pois a vítima “além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização”.¹⁴⁶

Na teoria do risco administrativo “não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado”. Aqui se exige apenas o “fato do serviço” (e não a sua falta, como na teoria da culpa). Diz Hely Lopes Meirelles que na teoria da culpa ela é presumida da falta do serviço; no risco é inferida do fato lesivo. É, pois, baseada “no *risco* que a atividade pública gera para os administrados”, tornando-os desiguais em meio ao coletivo.¹⁴⁷

Celso Ribeiro Bastos afirma que “como o Estado mobiliza instrumentos de grande potencial lesivo, ao assim fazer, está ele de antemão assumindo o risco pelos

¹⁴⁵ STF - 2ª T - Rextr. N. 179.147-1/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, Seção 1, 27 fev. 1998, p.18. Apud MORAES, op.cit., p.233.

¹⁴⁶ MEIRELLES, p.561.

¹⁴⁷ Id.

danos que daí advenham.”¹⁴⁸

Portanto, conforme a doutrina que defende esta prevalência do risco criado,

O que se tem de verificar é a ocorrência de um dano, sofrido em consequência do funcionamento do serviço público. Não se cogita de culpa do agente, ou da culpa do próprio serviço; não se indaga se houve mau funcionamento da atividade administrativa. Proclama-se em verdade a presunção *iuris et de iure* de culpa. Basta estabelecer a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a ação do agente ou do órgão da Administração. Se o funcionamento do serviço público (bom ou mau não importa), causou um dano, este deve ser reparado.¹⁴⁹

A responsabilidade do Estado, “a partir do momento em que prescinde da comprovação da culpa, não terá mais como fundamento o ato ilícito. O seu fundamento será a norma jurídica, consubstanciado pelos elementos do ato, quais sejam: agente, dano e nexo de causalidade”.¹⁵⁰

Então a “responsabilidade extracontratual do Estado passa a ser encarada no âmbito de uma direta correlação entre o dano e o ato que o originou (dano ← nexo causal → ato)”.¹⁵¹

Porém, mesmo para aqueles que a teoria do risco é predominante, e por todos Hely Lopes Meirelles, se levada a cabo a distinção entre risco administrativo e risco integral, a teoria deste não se aplica, porque o Estado tomaria, com ela, feições de

¹⁴⁸ BASTOS, p.348.

¹⁴⁹ PEREIRA, p.132.

¹⁵⁰ SAAD, A responsabilidade civil ..., p.54.

¹⁵¹ Id.

segurador universal, já que teria que indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que com dolo ou culpa da vítima.¹⁵²

2.3 CRÍTICAS À TEORIA DO RISCO

A teoria do risco inverte a equação da responsabilidade favoravelmente ao administrado. Retira qualquer espaço de apuração das condições nas quais o serviço público é prestado e exige do Estado, pois, atuação indefectível.

José de Aguiar Dias, mesmo como defensor da responsabilidade objetiva, reconhece na culpa do serviço espaço proficuo para que o juiz aprecie a atuação estatal frente seus administrados. Ainda que se tenha que ressaltar que seu fundamento era o artigo 15 do Código Civil de 1916. Ocorre que, conforme se tentou aclarar, mesmo no texto constitucional vigente, repetido no Novo Código Civil, artigo 43, é possível verificar a convivência das teorias do risco e da culpa administrativa.

São palavras do autor: “devemos reconhecer que, sem encarar com alguma audácia - que consideramos um dos melhores atributos do juiz - o artigo 15 do Código Civil, é na doutrina da falta do serviço público que se deve basear a ação de responsabilidade do Estado.”¹⁵³

Em que pese defender a aplicação da doutrina do risco administrativo, o autor propõe “que não há incompatibilidade manifesta, pela qual se desautorize a aplicação de mais de um fundamento à responsabilidade do Estado, como se tem feito

¹⁵² Cf. PEREIRA, p.132.

¹⁵³ DIAS, J. de A. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Da Responsabilidade Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.567. v.2.

para a responsabilidade de direito privado.”¹⁵⁴

A aplicação hermética da teoria do risco desconhece as vantagens que a prestação do serviço gera para a sociedade. Faz da exceção, que é o defeito no seu funcionamento, a regra. Pauta-se pelas mazelas que se verificam na execução das diversas atividades que se impõe ao Estado e ignora a conjugação dos fatores que se apresentam no curso dessa prestação.

A exigência de um funcionamento perfeito recusa conhecer as dificuldades que todo o aparato estatal enfrenta. Ademais, exclui qualquer apreciação acerca da conveniência e oportunidade do ato. É o que se extrai desta passagem:

Não há possibilidade de manter-se um serviço perfeito, principalmente em matéria de polícia, se pesa sôbre [sic] a autoridade a ameaça permanente de uma responsabilidade fundada no exame dos meios, das providências tomadas de boa-fé na sua execução.

São circunstâncias de tempo, de lugar, de técnica de serviço, que a autoridade deve considerar no momento em que pratica o ato, um campo aberto à sua discricão e à sua escolha dos meios adequados à ação administrativa.¹⁵⁵

A finalidade do serviço, que envolve, em última análise, uma finalidade do Estado, é desconsiderada, elevando o teor literal da lei, afastado, muitas vezes, do contexto, acima das circunstâncias do momento que clamam por outra ordem de providências. Ou seja, “Nem sempre o juiz da legalidade compreende bem o juiz da

¹⁵⁴ Ibid., p. 605.

¹⁵⁵ CAVALCANTI, p.410.

conveniência.”¹⁵⁶

Já que se trouxe à tona as finalidades do Estado, cabe propor que

A falta de consciência das finalidades é que faz com, não raro, algumas funções importantes, mas que representam apenas uma parte do que o Estado deve objetivar, sejam tomadas como finalidade única ou primordial, em prejuízo de tudo o mais. Dois exemplos atuais, ilustrativos dessa deformação, são representados pela superexaltação das funções econômico-financeiras do Estado e pela obsessão de ordem, uma e outra exigindo uma disciplina férrea, que elimina, inevitavelmente, a liberdade. E como a liberdade é um dos valores fundamentais da pessoa humana, é óbvio que preponderância daquelas funções ainda que leve a muito bons resultados naquelas áreas, contraria os fins do Estado.¹⁵⁷

Além de que, dentro dos contornos atuais do Direito Administrativo, em que o princípio que mais tem recebido atenção é o da eficiência, a responsabilidade objetiva apresenta-se como uma contradição.¹⁵⁸

Para tratar de eficiência é necessário ter-se presente que

De um lado, ao cogitar-se de eficiência, o olhar desloca-se da legalidade e dos aspectos normativos para os modos de ação administrativa, especificamente a proporcionalidade entre os meios empregados (econômicos ou humanos) e os fins almejados.

¹⁵⁶ Id.

¹⁵⁷ DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.102.

¹⁵⁸ BUCCI, M.P.D. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.93.

Por outro lado, a responsabilidade do Estado é o campo em que se examina a atividade administrativa pós-fato, e a Administração Pública se depara com o incidente fático que exprime o não atingimento dos seus fins - o dano - por culpa de um agente, por culpa anônima do serviço todo, ou, enfim, sem culpa.¹⁵⁹

A evolução do enfoque da responsabilidade é festejada como avanço, pela doutrina e pela jurisprudência, “no sentido da proteção dos indivíduos, na medida em que consagra um fundamento de solidariedade para a reparação do dano, sempre que esse for extraordinário e especial...”¹⁶⁰

Questiona-se, então, “se a aplicação da teoria do risco, tal como vem sendo feita pela jurisprudência brasileira, tem, de fato, correspondido a esse ideal de solidariedade social” e se há reeducação da Administração Pública.¹⁶¹

O que parece acontecer, no entanto, é a separação entre Estado e sociedade civil, de forma tal que a teoria da responsabilidade do Estado, nesses parâmetros, “longe de fortalecê-lo e de dotá-lo de autoridade social para articular os vários interesses públicos, ao contrário enfraquece-o, pois ocorrem demandas judiciais nas quais quem tiver mais condições e mais meios será indenizado, muitas vezes em detrimento dos interesses mais elevados da coletividade.”¹⁶²

Para complementar a idéia:

¹⁵⁹ Ibid., p.176.

¹⁶⁰ Ibid., p.188.

¹⁶¹ Ibid., p.189.

¹⁶² Ibid., p.190.

A noção da responsabilidade que enseja o ressarcimento ou a indenização é inspirada pela idéia da correspondência entre determinado bem (às vezes a vida) e seu valor pecuniário, de modo a manter íntegro o patrimônio da pessoa que foi lesada. (...) Parece discutível falar-se em noção publicista da responsabilidade quando os aspectos que preponderam são os de índole privada (o próprio termo "responsabilidade civil" o diz) e a visão patrimonial privilegia a perspectiva individualista.¹⁶³

A prevalência da teoria objetiva vai contra, pois, os alicerces do Direito. É uma consideração trabalhada já por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Certamente, o legislador, no exercício do seu poder supremo, de realizar a obra legislativa, poderá estabelecê-lo ainda quando não se aperceba qualquer proveito. Será a imposição do Direito Positivo sobre a Justiça, com fixação de uma regra legal contra os princípios da Teoria Geral do Direito. Aliás, no exercício do seu poder, como um dos órgãos da soberania estatal, poderá até estabelecer que casos de culpa evidente do agente os exime de responsabilidade. Mas, isso é a imposição da força da lei, contra os princípios do Direito, que, na verdade, a devem alicerçar.¹⁶⁴

¹⁶³ Ibid., p.196.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, O.A., p.485.

TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO PÚBLICO E DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DE REITEGRAÇÃO DE POSSE FRENTE AO MST

1. OS LIMITES E A INTENÇÃO DO TEMA

O descumprimento de ordem judicial pelos agentes do Estado-membro, sobretudo nos conflitos possessórios, foi o ponto de partida para desenvolver o trabalho. É aqui, no entanto, por opção metodológica, o seu ponto culminante.

Preocupa pouco os doutrinadores que tratam da responsabilidade do Estado, isto porque sua verificação, inserta na própria concepção da harmonia e controle dos poderes, sob o império da lei, parece dispensar qualquer outro critério. Dentro do espaço jurídico, falar em descumprimento de ordem judicial é falar em afronta à própria existência do direito.

Quando se fala em descumprimento de ordem judicial de reintegração posse a matéria ganha um ingrediente: a atuação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra. A mídia cuida de tornar o assunto polêmico, sobretudo para justificar o ataque, de uma só vez, ao Poder Judiciário, ineficaz já que se vê frustrada sua decisão, e ao próprio movimento, considerado sinônimo de desordem e ilegalidade.

Sabe-se que a má distribuição de terras no país tem origem remota. A perpetuação dessa desigual alocação se mantém e encontra justificativa em parâmetros questionáveis que apontam para terras pertencentes a grupos econômicos como produtivas. Não se pode, sob pena de resvalar na estratégia da mídia e dos latifundiários, acreditar que a situação ganhe novos contornos apenas porque há um processo de reforma agrária. É fato notório que as modificações que se processaram nessa estrutura, tendentes a amenizar os efeitos da má distribuição de terras, advieram com invasão de terras e resistência dos agricultores.

É o mesmo aparato estatal que não garante uma reforma agrária adequada a situação fundiária brasileira que se vê forçado a retirar os posseiros de propriedades que, em muitas circunstâncias, constituem extensos latifúndios. Pouco faz o Poder Judiciário para modificar este quadro. Nega-se a utilizar todas as suas prerrogativas e esconde-se na inflexibilidade da tripartição dos poderes.

Há de se reconhecer, dessa forma, que a polícia judiciária, responsável pela segurança pública, vê-se diante de um impasse bastante difícil. As ocupações realizadas pelo movimento levam, por vezes, número elevado de trabalhadores, os quais estão acompanhados de suas famílias. Lançar a força coercitiva sobre tais pessoas, dispostas a resistir, por força da convicção que possuem, pode resultar em confronto, como relata a história recente do país. Os policiais, envolvidos pela tensão do momento, podem exceder-se e assim estarão diante de outra situação em que os seus atos geram responsabilidade.

Isto indica pensar-se nas circunstâncias do momento e na defesa que se realiza da teoria da culpa do serviço para se pensar a responsabilidade do Estado, quando se quer fundamentá-la na prática de um ilícito.

Tratou-se do estado de necessidade, onde os aspectos condizentes com a coletividade falam mais do que os aspectos referentes ao indivíduo. Parece fácil extrair desta situação que a preservação da integridade dos indivíduos que ocupam a propriedade que se quer reintegrar importam mais do que a retomada da posse do seu proprietário.

O Poder Judiciário desempenha função tida por neutra na estrutura estatal. Difere dos demais poderes exatamente na medida em que o teor político de sua atuação é menor. Mas não se pode afirmar que está a margem de qualquer influência. Para que não se torne frágil deve, por isso mesmo, assumir uma posição ativa. Esta postura deve estar limitada pela ordem jurídica estabelecida, sobretudo pelos ditames constitucionais. Nesse espaço, pois, a propriedade improdutiva não pode prevalecer sobre a necessidade humana. Não é, como quer-se fazer crer, um caso de esbulho

possessório como qualquer outro, perpetrado por grupo organizado, mas trata-se de uma reparação histórica.

Dentro deste panorama chega-se a sustentar que as decisões judiciais que protegem os latifúndios são ilícitas e é possível ao agente público (Governador ou Secretário de Estado) esquivar-se desta ordem, pois dentro do espaço em que a lei modula a atuação de qualquer das pessoas, sobretudo das políticas, ao dizer aquilo que podem fazer, ninguém é obrigado a respeitar decisão que não se coadune com o sistema.

Inegável que o tema espraia-se por gama extensa de assuntos. Coube tratá-lo, apenas, na ótica da responsabilidade do Estado. Mesmo assim, por envolver matéria da Teoria Geral do Direito, não encontra solução pacífica. Sua apreciação, dessa forma, presta-se a problematizar sobre algumas considerações gerais do tema e, com mais veemência, das notas específicas sobre a responsabilidade do Estado.

2. A PERSPECTIVA DOS CONFLITOS NO CAMPO E O PODER JUDICIÁRIO

2.1 O ENLACE HISTÓRICO DA LUTA PELA TERRA

A luta pela melhor divisão das terras no Brasil provoca reflexos importantes no Direito. Em virtude da longa espera pela redistribuição de terras no país e da reunião das massas camponesas a questão ganhou uma dimensão antes desconhecida. A dimensão que tomou o movimento ao ameaçar a estrutura agrária consolidada impregnou a sigla MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), pela atuação da imprensa, que passou a carregar um sentido negativo, geralmente ligada à atividade ilegal em afronta à ordem pública.

Ao tratar da questão Miguel Reale invoca, desde logo, o princípio da legalidade. Afirma o renomado autor que “O que disciplina toda a vida jurídica é a existência de limites à ação individual e coletiva, de tal modo que jamais sejam ultrapassados os horizontes da legalidade”. Um pouco adiante menciona a democracia: “Não obstante, porém, a mutabilidade hermenêutica das regras de direito, há sempre um horizonte de legalidade, o qual deve sempre ser respeitado, sob pena não somente de serem atingidos os valores da justiça e da equidade, mas também ser posto em risco o destino da democracia”.¹⁶⁵

Ives Gandra da Silva Martins segue o mesmo tom. Afirma que “Em qualquer democracia de país civilizado, a ordem e a lei são as garantias maiores do cidadão”. Prossegue, já ao concluir sua nota de repúdio ao MST, afirmando que “Reforma agrária, sim. Dentro da lei e da ordem. Com os mecanismos legais de pressão política”.¹⁶⁶

José Carlos Garcia assevera ao tratar do tema MST e desobediência civil que:

É inegável a tensão institucional que o MST provoca sobre as arcaicas estruturas do poder rural (e nem tão rural assim) do Brasil contemporâneo. Sua conduta, em especial as ocupações de terras e prédios públicos ou particulares abertos ao público, já fazem parte do cotidiano dos órgãos jornalísticos, e são comumente apontados como elementos indicadores do caráter antidemocrático do movimento.

¹⁶⁵ REALE, M. **O MST e a questão social**. Jornal O Estado de São Paulo. Disponível em: < > Acesso em: 04 jul. 2003.

¹⁶⁶ MARTINS, I.G.S. **A fragilidade do poder**. Jornal O Estado de São Paulo. Disponível em: < > Acesso em: 04 jul. 2003.

A ocupação de terras está no cerne das alegações de ilegalidade. (...) ¹⁶⁷

Em geral é a mídia que se encarrega das maiores distorções acerca dos objetivos e da realidade do movimento social. Aloísio Surgik, em uma passagem na qual trata do tema, formula a seguinte consideração:

Sob dois aspectos, principalmente, podemos formular breves considerações críticas em torno dos problemas relacionados com a propriedade da terra no Brasil. Por um lado, o tratamento jurídico desigual que vem sendo dispensado aos sem-terra, dificultando-lhes até mesmo o acesso à Justiça; por outro, o uso de um vocabulário manifestamente tendencioso, utilizado pelos grandes meios de comunicação, denegrindo-lhes a imagem perante a opinião pública. ¹⁶⁸

O mesmo estigma com relação ao MST permanece na visão dos juristas que tratam da responsabilidade do Estado. Antônio Carlos Ferreira, ao trabalhar a omissão do Estado, ressalta as reintegrações de posse não cumpridas. “Numa palavra: o Direito passa a ser regido por interesses de grupos, que constituindo o governo, dominam o Estado, porém esse domínio não se dá pelas regras da razão. O Estado brasileiro, hoje, se parece muito mais com um estado totalitário do que com uma estrutura democrática.” ¹⁶⁹

¹⁶⁷ GARCIA, J.C. O MST entre desobediência e democracia. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.). *A questão agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000. p.164.

¹⁶⁸ SURGIK, A. A luta pela propriedade da terra em Roma e no Brasil (considerações críticas). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.32, p.34, 1999.

¹⁶⁹ FERREIRA, A.C. *Responsabilidade civil por atos da Administração Pública*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2002. p.127.

Embora se tenha que reconhecer que os trabalhadores rurais organizaram-se de forma antes desconhecida, a luta pela terra é característica sempre presente na formação fundiária do Brasil. A sua ineficiência durante quase cinco séculos deve-se menos a inércia da população alijada de terras e mais a força brutal com que foi combatida qualquer reivindicação por um pedaço de chão.*

A propriedade, sobretudo a de grande extensão, ainda carrega as marcas do bem jurídico absoluto, intocável, quase divino. Esta percepção acerca do direito de propriedade encontra raízes remotas na formação da estrutura fundiária do país. É precisamente a tese defendida por Alberto Passos Guimarães que auxilia a compreensão desta visão ainda presente da propriedade. O autor entende que o Brasil conheceu uma estrutura feudal de distribuição de terras, sobretudo porque o colonizador trouxe para a Colônia a estrutura menos avançada do que a conhecida já na península.¹⁷⁰

O que aparentemente é discussão que não caberia fazer nesse espaço, principalmente ao se discutir a responsabilidade do Estado frente aos conflitos que se promovem no campo, ganha relevância porque é o fundamento da defesa da grande propriedade. Ou seja, em que pese reconhecer-se, inclusive por juristas renomados, a necessidade de implantação de uma reforma nas estruturas agrárias do país, não seria o caminho adotado pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra a melhor opção, isto porque a reforma exigiria um curso lento e progressivo. Tal como apontado, Alberto Passos Guimarães afirma que:

* A luta pela terra independe da luta pela reforma agrária e seria a constante na história deste país, pois a possibilidade de reforma agrária nasce apenas na década de sessenta (em 1963) enquanto que a luta pela terra caracteriza-se desde o período colonial (FERNADES, 2000, p.17).

¹⁷⁰ GUIMARÃES, A.P. *Quatro séculos de latifúndio*. São Paulo: Fulgor, 1963. p.21-22.

A simples eliminação em nossa História da essência feudal do sistema latifundiário brasileiro e a conseqüente suposição de que iniciamos nossa vida econômica sob o signo da formação social capitalista significa, nada mais nada menos, considerar uma excrescência, tachar de supérflua qualquer mudança ou reforma profunda de nossa estrutura agrária.¹⁷¹

É um entrave ao processo de modificação da estrutura agrária, da verdadeira revolução que coloque em outro curso a distribuição das terras. Portanto a luta que se trava hoje, com contornos perigosos para a democracia e para o Estado de Direito, como temem os juristas, decorre do desconhecimento do problema e da redução da importância das reivindicações dos movimentos sociais como um todo.*

Analisa Alberto Passos Guimarães toda esta perspectiva, propondo que

Partindo dêsse [sic] ponto de vista, evidentemente falso, concebe-se uma estratégia política não-reformista ou não revolucionária, uma estratégia *evolucionista*: o desenvolvimento gradual, sem reformas. (...)

A negação ou mesmo a subestimação da substância feudal do latifúndio brasileiro retira da reforma agrária sua vinculação histórica, seu conteúdo dinâmico e revolucionário. (...)

Por aí se vê que, ao admitir-se que a estrutura agrária existente em nosso país foi, desde os mais remotos tempos, e continua sendo, capitalista, está-se admitindo, por coerência, a inoportunidade e a desnecessidade de uma reforma revolucionária, de uma mudança democrática dessa mesma estrutura.¹⁷²

¹⁷¹ Ibid., p.31.

* Movimento social indica “uma ação grupal, quase sempre composta por pessoas com problemas homogêneos, não satisfeitas com uma determinada situação, tendo objetivos e formas de alcançá-los semelhantes e, principalmente, guiadas pela mesma ideologia.” (VARELLA, 1998, p.107)

¹⁷² Ibid., p.31-32.

Uma das características principais da agricultura brasileira seria a terra como predominante no meio de produção. A terra concentrada nas mãos de poucos representam possibilidades de exercer poderes ainda maiores do que os meramente econômicos. “Acresce que o monopólio da terra, nas condições pré-capitalistas de nossa agricultura, assegura à classe latifundiária uma força [sic] maior do que o poderio econômico, uma outra espécie de poder que freqüentemente supera e sobrevive àquele – o poder extra-econômico”. Que nada mais seria do que "uma característica e uma sobrevivência do feudalismo. Êle [sic] se exerce, ainda nos nossos dias, através do ‘governo’ [sic] das coisas e das pessoas dentro e em tórno [sic] dos latifúndios”.¹⁷³

Todo o conjunto de poderes que agrega aquele que concentra grandes porções de terras influi sobremaneira também nas decisões sobre os conflitos de terras.

Graças a êsse [sic] tipo de relações coercitivas entre os latifundiários e seus "moradores", "agregados", "meeiros", "colonos", "camaradas" e mesmo assalariados estendendo-se também aos vizinhos de pequenos e médios recursos, alguns milhões de trabalhadores brasileiros vivem, inteiramente ou quase inteiramente, à margem de quaisquer garantias legais ou constitucionais e sujeitos à jurisdição civil ou criminal arbítrio dos senhores de terras. Êstes [sic] últimos determinam as condições dos contratos de trabalho, as formas de remuneração, os tipos de arrendamento, as lavouras e criações permitidas, os preços dos produtos, os horários de trabalho, os serviços gratuitos a prestar, ditam as sentenças judiciais e impõe as restrições à liberdade que lhes convêm, sem o mínimo respeito às leis vigentes.¹⁷⁴

O que não se pode, de qualquer forma, desconhecer é que a luta entre camponeses e latifundiários sempre esteve presente na história do país. Nessa luta, um

¹⁷³ Ibid., p.33.

¹⁷⁴ Id.

dos instrumentos mais fortes dos camponeses foi a posse. “Ao atacar de frente o todo-poderoso sistema latifundiário, ao violar suas draconianas instituições jurídicas, a posse [grifo do autor] passa a história como a arma estratégica de maior alcance e maior eficácia na batalha secular contra o monopólio da terra”.¹⁷⁵

Em outro momento histórico, ao abolir-se o sistema das sesmarias*, a conquista pela posse foi reconhecida como meio legítimo de acesso à terra. Mas a força dos proprietários reaparece. Com o advento da Lei nº 601 de 1850, a Lei de Terras, extinguiu-se o regime de posses, porque foram proibidas as aquisições de terras por outro meio que não a compra, o que era difícil porque elevaram-se os preços das terras, além do produto das vendas destas destinar-se à importação de “colonos”.¹⁷⁶

Há que se reconhecer, pois, que

a luta pela conquista da terra, travada pelos pobres do campo contra a classe latifundiária, está presente em todos os momentos de nossa história, desde o remoto passado até os nossos dias. Ela é o fio condutor ao qual estão ligados todos os acontecimentos marcantes da vida rural brasileira; é o fator determinante e o elemento propulsor das insuficientes, mas significativas, transformações por que tem passado nossa agricultura.¹⁷⁷

A concentração agrária é nociva ao desenvolvimento do país. Ela, porém, não surgiu há pouco. “Estes problemas têm sua origem histórica, (...) na própria forma

¹⁷⁵ Ibid., p.106.

* O regime das sesmarias foi extinto pela Resolução de 17 de julho de 1822.

¹⁷⁶ Ibid., p.120.

¹⁷⁷ Ibid., p.188.

de colonização do Brasil, está arraigado na cultura do povo brasileiro e principalmente em sua visão dos fatos”. Não basta que se promova reforma gradual e pontual, apenas com a “alteração estrutural da realidade agrícola (não apenas fundiária) é que haverá mais melhorias nas condições de vida da população brasileira”¹⁷⁸

Tudo leva a crer, pois, que o MST encerra uma concentração de forças que se defronta com a estrutura agrária nacional não “fruto dos acontecimentos sócio-econômicos da última década, mas sim resultado de fatos históricos cumulados desde o descobrimento do Brasil”.¹⁷⁹

2.2 O PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS DEMANDAS SOCIAIS

Em presença de um déficit social reprocessado cotidianamente nas demandas levadas ao Poder Judiciário, são tímidas as investidas deste contra o quadro arcaico da estrutura fundiária brasileira.

A divisão clássica dos três poderes não é tocada, bastando colher julgados que versam sobre o tema, argüido este como eminentemente político. O Poder Judiciário escusa-se a prestar contribuição aos movimentos sociais na reformulação da estrutura social desequilibrada do país.

As pressões exercidas sobre os juízes determinam o curso dos processos e o teor das decisões. Especialmente nos conflitos possessórios o poder extra-econômico, como trata Alberto Passos Guimarães, dita a prevalência dos grandes proprietários

¹⁷⁸ VARELLA, M.D. *Introdução ao direito à reforma agrária: o Direito face aos novos conflitos sociais*. São Paulo: LED, 1998. p.94.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.148.

sobre os camponeses.

Uma vez reconhecida a parcialidade do Poder Judiciário em favor dos latifundiários vê-se frustrada a própria permanência da estrutura como espaço igualitário de discussão da questão agrária. Essa inoperância leva a crer que quanto menos funcionar o Judiciário, sobretudo nos rincões do país, melhor será para o próprio posseiro, já que se houver interferência judicial, temem, será favorável ao latifundiário.¹⁸⁰

Dentro da concepção tradicional, a qual recusa-se abandonar, “o Poder Judiciário é constituído para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais”.¹⁸¹ É a lei que, pela importância assumida na organização política, justifica o Judiciário como um dos três poderes.¹⁸²

O Judiciário é pensado, na divisão clássica, como poder em que a influência da política inexistente. A sua neutralização é característica do estado de direito burguês. Assim, a unidade que encerrava-se no rei é substituída pela teia complexa de comunicação e de controle de comunicação entre os poderes. “A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apertado do desempenho de suas funções”.¹⁸³

¹⁸⁰ Cf. ROCHA, O.A. O advogado popular e o Judiciário. Direito e criatividade: uma experiência com trabalhadores rurais. In: Anais da II Reunião do Instituto de Apoio Jurídico Popular, 1988-89. p.43-61.

¹⁸¹ FERRAZ JÚNIOR, T.S. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v.9, ano3, p.40, jan./mar. 1995.

¹⁸² Id.

¹⁸³ Ibid., p.41.

Como se pauta este poder pela neutralidade, aplica-se o direito conforme outra baliza.

Antes encarava-se o direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminado por valores-fins, donde o juízo como um ato da razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude da justiça; agora, o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso.¹⁸⁴

Este é o único mecanismo capaz de lidar com a insegurança concreta, por meio da segurança abstrata, dando certeza a todos (legalidade e isonomia), isto “aparecendo como condição ideologicamente suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes.”¹⁸⁵

Na vasta lista de conseqüências que decorrem da neutralidade do Poder Judiciário uma das mais importantes é a relação direito e violência física.

O Judiciário não concentra a força, mas filtra seu uso, ao decidir sobre ele. Esta importante conseqüência faz da neutralização, na concepção do estado de direito liberal, uma espécie de regulador do uso político da violência. A violência, concretamente, por sua imponderabilidade, pela sua ilimitação de fato, é sempre abstrata nas mãos do político, que oscila em usá-la demais ou de menos.¹⁸⁶

O estado social modifica estas características. Passa o juiz a exercer função mais afeita à responsabilidade prospectiva do que à retrospectiva, já que se preocupa

¹⁸⁴ Ibid., p.43.

¹⁸⁵ Id.

¹⁸⁶ Ibid., p.44.

“com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade.” Torna-se o Judiciário “responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.”¹⁸⁷

Adverta-se, porém, que o rumo desta politização do Judiciário não é seguro. Isto porque, segundo o autor, promove-se, via tecnologia, *marketing* acerca da atuação do Judiciário, o que coloca o juiz em posição de decidir pelo que é mais afeito ao momento, pela repercussão da decisão.¹⁸⁸

A difícil tarefa de decidir, no entanto, não se pauta, apenas, pelos ditames legais. É o que conclui Carlos Alberto Menezes Direito, já que a “decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto.” Fruto da percepção humana, subordina-se “aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional.”¹⁸⁹ Seria este aspecto relevante para apontar para independência do juiz, que deve julgar na presença desses elementos.

Para decidir o juiz toma como primeira baliza as circunstâncias concretas. “Enquanto o magistrado não conhecer todos os fatos da causa ele não estará em condições de emitir nenhum julgamento. Sem dominar as circunstâncias concretas dos autos o juiz não está preparado para buscar a disciplina jurídica própria, seja no rol do direito positivo seja nas demais fontes possíveis, assim os princípios gerais do direito,

¹⁸⁷ Ibid., p.45-46.

¹⁸⁸ Ibid., p.46 e ss.

¹⁸⁹ DIREITO, C.A.M. **A decisão judicial**. Disponível em: <
Acesso em: 09 maio 2003.

os costumes etc.” Conhecedor dos fatos busca no direito, e não apenas na lei, amparo que sustente a sua posição. Este processo requer interpretação. Esta se debruça sobre a regra jurídica, mas não apenas. A realidade fática, as práticas sociais são alvo deste exercício.¹⁹⁰

Retoma-se agora a neutralidade do juiz. Neste processo investigativo, em que o ponto inicial são os fatos dados na realidade, a interpretação não é despida de caráter ideológico. Aqui o juiz revela suas convicções. Assim sendo não pode o juiz abusar de seu poder. A grandeza dessa prestação encontra-se noutra plano, “A força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com o que o julgado e a sua consequência têm equilíbrio.”¹⁹¹

A persistência na neutralidade atribuída ao Judiciário não significa, desta feita, desconhecer das circunstâncias que envolvem as demandas que lhes são conferidas apenas porque o teor político é bastante presente. Há um compromisso a ser assumido pelos juízes no sentido de manterem-se afastados das pressões externas. Porém, pelo ofício que lhes é atribuído, marcado, como se disse, pela filtragem da violência física estatal, não podem desconhecer as repercussões que suas decisões provocam.

¹⁹⁰ Id.

¹⁹¹ Id.

3. A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

3.1. A POLÍCIA JUDICIÁRIA

O aparato policial ganha relevo no complexo sistema do Estado. Isto porque o monopólio da força é marca característica da sua moderna concepção.

Da atuação da força física armada depende a segurança interna e externa do país. São estruturados, para este fim, órgãos que asseguram o respeito à soberania do Estado e à organização interna. Internamente fala-se em segurança pública. Escreve Carmem Lúcia Antunes Rocha que

Essa segurança pessoal respeita a cada um e a todos os que vivem na “polis”, pelo que é dever da pessoa política (do Estado), mas, tal como posto na Lei Fundamental da República Brasileira, é direito e responsabilidade de todos (art. 144). A norma constitucional esclarece o núcleo da expressão aproveitada e definida naquele contexto ao ditar que “a segurança pública ... é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...”¹⁹²

A segurança pública é atribuição da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis e Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Interessa, porém, o que se extrai do § 5º, artigo 144 da Constituição Federal, que são os policiais militares responsáveis pela polícia ostensiva e preservação da ordem pública. Assim, “as polícias militares têm a competência para, no âmbito dos Estados-membros da Federação preservar a ordem pública, assim

¹⁹² ROCHA, C.L.A. **Parecer: competência da União e dos Estados para defesa da pátria e do patrimônio particular.** Disponível em: <
> Acesso em: 04 jul. 2003.

considerada o conjunto dos comportamentos que conferem segurança pessoal e, na soma de todos, à comunidade cuidada.”¹⁹³

A ordem pública consiste, pois, no desfrute “da paz e da tranqüilidade no meio social, usufruídas ao abrigo da ordem jurídica assegurada pelo Estado.”¹⁹⁴

A tarefa exercida pela polícia judiciária, reconhecida pela marca repressiva, sobretudo na atuação da Polícia Militar, é imprescindível para manutenção das estruturas que se assentam o Estado de Direito. A sua atuação, entretanto, é dificultada pelos estreitos limites que separam o cumprimento correto de sua função e o cometimento de abuso de poder.

A responsabilidade estatal aparece em ambos casos. A omissão injustificada gera dever de recomposição patrimonial do lesado, mas o abuso na utilização da força também impõe ao Estado dever de ressarcimento.

À semelhança do que se passa com os movimentos multitudinários, em que pese ser necessário ressaltar as diferenças entre as condições nas quais se dão tais movimentos e a situação com a qual lida o trabalho – o descumprimento de ordem judicial-, no que toca à polícia, uma das maiores dificuldades a ser enfrentada é o limite de sua atuação. A questão consiste em saber “até onde a polícia deve agir nos casos de movimentos de multidão, para contê-la, evitando massacres, sem saber [?] considerada omissa”.¹⁹⁵

A comparação é plausível porque, em que pese tratar-se de descumprimento

¹⁹³ Id.

¹⁹⁴ LEWANDOWSKI, E.R. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. São Paulo: RT, 1994. p.94.

¹⁹⁵ STERMAN, p.96.

de ordem judicial como causador de responsabilidade estatal, é o deslocamento de trabalhadores rurais que ocupam fazendas que cria toda a polêmica. O agir da polícia condiciona-se dentro de circunstâncias bastante parecidas.

Note-se que não há como realizar a harmonia do que prevê o artigo 144 da Constituição Federal, a manutenção da ordem pública, com os direitos fundamentais senão na apreciação dos casos concretos. A segurança pública é de responsabilidade de todos, embora comungue dever estatal, daí se dizer que

quando ocorre movimento de multidão, geralmente em momentos de crise econômico-político-social, deve o Estado, ao exercitar a segurança pública, através dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal, procurar agir a fim de evitar que a multidão enfurecida deprede propriedades ou atinja pessoas. Porém, deve agir dentro dos limites do razoável, pois além de não poder ser onipresente deve, num confronto entre a multidão e os agentes públicos, evitar o massacre da população, para preservar um bem maior que é a vida dos indivíduos.¹⁹⁶

O limite estreito no qual caminha o agir da Polícia Militar pode transportá-la da execução simples e ordeira da ordem judicial ao abuso de autoridade, utilizando da força física de forma tal que sejam vilipendiados os direitos mais essenciais daqueles que são apontados como em descompasso com a ordem legal vigente.

Na esteira da responsabilidade pública, conforme Hely Lopes Meirelles, o abuso no exercício das funções dos agentes não a exclui, ao contrário, “a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída.”¹⁹⁷

A atuação da polícia para além dos limites admissíveis é vista, pois, como

¹⁹⁶ Ibid., p. 97.

¹⁹⁷ MEIRELLES, p.565.

abuso de poder. Quando há excesso de poder, que ocorre quando são ultrapassados os limites da competência para o exercício do ato, o comportamento do agente configura o abuso de autoridade, estabelecido na Lei 4.898/65.¹⁹⁸

3.2 O DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELA AUTORIDADE PÚBLICA

Tem-se por princípio que a ordem judicial deve ser acatada e cumprida, sob pena de afetar a separação dos poderes e sua harmonia, bem como colocar em risco o Estado Democrático de Direito, muito próximo do que já se enfrentou no passado recente do Brasil.

Na intrincada teia que assegura o funcionamento do Estado está prevista a possibilidade de recusa ao cumprimento de ordem judicial pelo agente público. É espécie de reforço do princípio de separação dos poderes, podendo a União intervir nas unidades federadas que desatendam ao Poder Judiciário.

3.2.1 Conceito de ordem e decisão judicial

Antes é preciso, no entanto, compreender o que se entende por ordem e decisão judicial. Aquela “consiste numa determinação assinalada por uma corte ou magistrado, dentro ou fora de uma lide, para que se faça ou deixe de fazer algo”. Já esta “constitui o derradeiro ato de um processo, colocando fim a uma demanda, em

¹⁹⁸ Cf. VENDRAMEL, A. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. São Paulo: Themis, 1999. p.102-103.

que se atribui razão a uma das partes”. Ademais, ambas devem ser obrigatoriamente observadas, consubstanciando todas hipóteses de pronunciamentos judiciais.¹⁹⁹

3.2.2 Conseqüências na estrutura federativa e pessoais

O descumprimento de ordem judicial coloca em xeque a razão de existência do Poder Judiciário, uma vez que de nada adianta decidir sem que se possa dar cumprimento a esta decisão.

O efeito do descumprimento de ordem judicial intra-estatal compromete a harmonia e independência dos poderes (ou funções). É dessa análise que resulta como conseqüência a possibilidade de intervenção federal nos Estados-membros e Municípios.

A hipótese “descumprimento de ordem ou decisão judicial”, prevista no inciso VI, artigo 34 da Constituição Federal, consubstancia pressuposto material de intervenção. Ordens ou decisões judiciais obrigam as autoridades das unidades federadas a obedecer. Inclui-se também os pedidos de sustentação, já que não dispõe diretamente de uso da violência física, como auxílio de força policial, sem que se possa alegar que não houve trânsito em julgado da sentença, sobretudo nas liminares de reintegração de posse.²⁰⁰

Esta intervenção se faz por requisição do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou Superior Tribunal Eleitoral). Estes

¹⁹⁹ LEWANDOWSKI, p.104.

²⁰⁰ Ibid., p.104-105.

requerem ao chefe do Executivo se provocados pelo órgão que teve sua ordem ou decisão não acatada. Uma vez requerida a intervenção, cabe ao Presidente efetivá-la, já que é medida de competência vinculada.²⁰¹

São geradas conseqüências criminais para o agente que descumpre ordem judicial. Muito se discute sobre o tipo preenchido no caso em tela, parecendo mais adequado falar-se em prevaricação.²⁰²

4. AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

4.1 OS REQUISITOS

Retome-se o que se apontou nas duas partes iniciais da monografia, considerando a hipótese específica do descumprimento de ordem judicial.

Assentada a responsabilidade sobre o princípio da legalidade, é a desatenção a este que faz nascer o fundamento de responsabilização do Estado quando deixa de cumprir ordem judicial. A omissão estatal gera dever de ressarcir o particular do dano ocasionado.

Para que ocorra a responsabilização do Estado é necessário pressupor, pois, que exista um dano. O dano compõe-se de certas características, sobretudo que seja certo e relevante economicamente, já que a ilegalidade, por si só, dispensa a anormalidade e a especialidade do dano. Também este dano deve ter sido ocasionado pela atuação ou inércia do Estado. Neste caso, porque afronta dever jurídico previsto

²⁰¹ Ibid., p.124-125.

²⁰² Cf. CARVALHO, I.L. de. Descumprimento de ordem judicial por funcionário público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v.10, ano3, p.187-195, jul/set 1995.

no ordenamento legal, aplica-se a teoria da culpa no serviço, sendo essencial, para que não se faça do Estado um segurador universal, verificar se o funcionamento do serviço atingiu o mínimo exigível para os padrões do Estado, dentro das condições apresentadas. Há que se verificar, pois, se não ocorreu retardo na prestação do serviço por inabilidade dos agentes, por imprevisão das conseqüências ou por inação diante das circunstâncias.

Do que se requer, pois, para que se configure o dever de reparação patrimonial do Estado, interessa discutir a culpa do serviço, que pode servir de parâmetro seguro para avaliar-se a omissão do Estado, uma vez que se pode compreender a prudência da autoridade estatal que comanda a Polícia Militar como capaz de justificar a recusa em cumprir ordem judicial.

Neste exame é cabível o paralelo com os movimentos de multidões, compreendido como caso de aplicação da teoria da culpa no serviço pela maior parte da doutrina, já que envolvem circunstâncias parecidas com as reintegrações de posse em que o MST é retirado da posse.

4.2 AS POSSIBILIDADES DE NEGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Ensaiam-se três possibilidades de se excluir a responsabilidade do Estado quando há descumprimento de ordem judicial. As duas primeiras fórmulas são bastante próximas.

Primeiro pela teoria da culpa do serviço, onde a responsabilidade do Estado configura-se apenas se comprovado que o Estado não tomou as providências que deveria ter tomado para devida prestação do serviço. Frente à ordem judicial é critério refutado, indevidamente pensa-se, porque o ato tem caráter absoluto e sua

inobservância é desconcertante dentro do sistema em que o equilíbrio das funções estatais é a máxima.

Em um segundo momento pensa-se no estado de necessidade, em que interesses de ordem coletiva são sobrepostos sobre os interesses de ordem particular. Dentro de outra acepção do termo “estado de necessidade”, onde as necessidades básicas do ser humano são deveras prioritárias, configurando a não exigência de outra conduta.

Por fim, dentro de uma proposta mais agressiva, sustenta-se que certas ordens judiciais podem ser ilícitas e, portanto, não devem ser cumpridas. Assim quando a propriedade não cumpre sua função social e o Poder Judiciário reintegra o proprietário na posse, é ordem que pode ser descumprida pela autoridade comandante da polícia, já que evidentemente protege uma ilegalidade.

Considere-se estas três perspectivas doravante.

4.2.1 A inexistência de conduta culposa da polícia

Considerando a proposta de Celso Antônio Bandeira de Mello, deve o Estado ter-se omitido ou agido de forma insuficiente para evitar o dano, pautado no “padrão legal exigível”.²⁰³ Este padrão, segundo o próprio autor, há de se verificar “em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época...”²⁰⁴

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, C.A, p.819.

²⁰⁴ Id.

Trazendo as situações que se assemelham à omissão estatal diante de ordem judicial, poder-se-ia traçar paralelo com o que ocorre nos movimentos multitudinários. Compreendem-se estes como “deslocamentos de povos ou de parte da população, como consequência de fatos sociais, políticos ou econômicos que ocorrem em dado momento histórico”.²⁰⁵

Mesmo a doutrina mais apegada à teoria do risco como padrão de responsabilização do Estado aceita, ainda que como exceção, que em caso de movimentos multitudinários não se pode tratar de responsabilidade por omissão, quando ela é aceita, senão dentro dos critérios da responsabilidade subjetiva, com aferição de culpa, ainda que na modalidade culpa do serviço ou culpa administrativa.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que os atos de multidões que causam danos a terceiros não geram responsabilidade patrimonial para o Estado. Dá-se assim porque “Sequer existem os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, seja pela ausência da conduta administrativa, seja por falta de nexos causal entre atos estatais e o dano.” A exceção se faz quando é flagrante a omissão do Estado.²⁰⁶

Segue a mesma doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro. É aplicável, segundo a autora, a teoria da culpa do serviço “quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinqüentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público.”²⁰⁷

José de Aguiar Dias ressalta a corrente doutrinária que defende a obrigação

²⁰⁵ CRETELLA JUNIOR, p.694.

²⁰⁶ CARVALHO FILHO, p.441.

²⁰⁷ DI PIETRO, p.531.

de indenizar se houver prévio aviso à polícia. O autor aponta, porém, “no sentido da inversão da prova, que o Estado responde pelo dano causado aos particulares por movimentos multitudinários sempre que não prove haver empregado todos os meios a seu alcance para evitá-los.”²⁰⁸

Almiro do Couto e Silva leciona que “a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha no serviço, para que o dano se produzisse.”²⁰⁹

Não é outro o entendimento de quem melhor trabalha o assunto. Sonia Sterman assevera que “o texto da atual Constituição não autoriza a interpretação de que *atos ou fatos não produzidos por agentes públicos* [grifo do autor], mas pela multidão, e que causem danos a particulares, estejam cobertos pela responsabilidade objetiva, sob a modalidade de risco integral.”²¹⁰ *

A comparação que se estabelece entre omissão do Estado-membro em cumprir ordem judicial, especialmente a que reintegra a posse, e em debelar

²⁰⁸ DIAS, p.590-591.

²⁰⁹ COUTO E SILVA, p.32.

²¹⁰ STERMAN, op.cit., p.91.

* Tese em contrário: “Diante de *exaltação popular*, cumpre ao Estado garantir a propriedade particular. Em se verificando falha nessa missão, porquanto de hipótese não se empregam os meios ao seu alcance para impedir assalto oriundo desse movimento multitudinário, responde pelos danos causados pelos particulares ao *alter*, no suposto de que, não fosse o déficit na atividade policial de manutenção da ordem pública, o dano não se caracterizaria. Em casos tais, disse-se na jurisprudência, a responsabilidade civil do Estado surge imediatamente, porque *objetiva*”. (ALVES, 2001, p.364).

movimento que tumultua a ordem pública requer duas cautelas. Primeiro que não se pode, senão por analogia, tratar de movimentos multitudinários e da atuação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Este aperfeiçoa-se com o conceito de movimentos populares, ou seja, “manifestações reivindicatórias perante o Estado, de grupos de trabalhadores organizados em movimentos não institucionalizados”.²¹¹ Depois porque o descumprimento de ordem judicial é ato direto de agente público, distante da lógica com que se opera nos movimentos multitudinários, onde atos lesivos de terceiros pode, segundo a doutrina, conduzir o Estado a recompor o patrimônio particular.

Presentes as diferenças, insiste-se na analogia. É possível conceber que o dano causado na propriedade ocupada pelos militantes do MST tenha sido anterior à propositura da ação de reintegração de posse. Isto elimina qualquer possibilidade de se pensar na responsabilização decorrente de não cumprimento de ordem judicial, pois o dano já estaria configurado antes mesmo da Polícia Militar ser ordenada a agir. É caso em que, sem dúvida, aplica-se a teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa.

Resta apenas a hipótese em que após obtida liminar de reintegração o Poder Público não age para cumpri-la, ocasionando danos ao proprietário ou agravando os já existentes. Discorrido acerca da teoria da culpa como principal, pautada na ilicitude dos atos dos agentes estatais ou na omissão do Estado (que, entende-se certo, ao final encontra fundamento na ilicitude), tem-se por aplicável a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço. Não é, porém, hipótese que se configura com facilidade nem na doutrina e menos ainda na jurisprudência, já que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da aplicação da teoria objetiva da responsabilidade quando suas ordens são ignoradas pelas autoridades públicas, nesse caso, pelas das unidades federadas.

²¹¹ Ibid., p.72.

4.2.2 O estado de necessidade

A doutrina que cuida da responsabilidade do Estado ignora, em sua maioria, a excludente estado de necessidade. Apesar da falta, encontra-se este fator como apto justificar a ação (ou omissão) do Estado. Discorre Maria Helena Diniz que “o Estado não responderá quando, ao atuar por estado de necessidade, causar danos, ante a preponderância, nesse caso, de interesses gerais públicos sobre conveniências, bens ou direitos dos particulares.”²¹² Há verdadeiro “conflito entre direitos coletivos, e direitos que, segundo a espécie, poderá justificar ou não a responsabilidade.”^{213 214}

Há, entretanto, noção diversa de estado de necessidade. Atesta-se que os ingressos no movimento (MST), sem outra opção porque em penúria, defrontam-se com a inexigibilidade de outra conduta, que conforma o estado de necessidade em direito penal, ingressando nesta figura aqueles que ocupam terras improdutivas para pressionar o governo a implementar a reforma agrária.²¹⁵

²¹² DINIZ, p.417.

²¹³ CAVALCANTI, p.422.

²¹⁴ Cf. BACELLAR FILHO, p.50.

²¹⁵ Cf. FIGUEIREDO, S.A.P. As ocupações de imóveis destinados à reforma agrária: da desobediência civil e do estado de necessidade. In: OSTROZAQUE, J.J. (Org). **A questão agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p.458 e et seq.

4.2.3 A decisão ilícita do Poder Judiciário

Posição mais combativa frente a obrigatoriedade de cumprimento de ordens judiciais surge quando se propõe que certas decisões do Poder Judiciário são ilícitas.

Cabe ao Poder Judiciário o controle do Executivo e Legislativo. Presumivelmente é o poder neutro dentro desta estrutura. Porém, “não há corretivo no ordenamento jurídico moderno para atuação do juiz iníquo, a não ser no duplo grau de jurisdição.” Esta garantia, no entanto, pouco vale, uma vez que, em se tratando de medidas liminares, poderão chegar já ao segundo grau de jurisdição como fatos consumados.²¹⁶

Não pode o juiz proferir decisão ilegal, não pode executá-la e também não pode exigir que outro servidor público o faça. Pode-se verificar, assim, “que é lícito recusar-se o servidor público a executar ou auxiliar a execução de decisão ilegal.”²¹⁷

Quando se depara o juiz com ocupação de terras pelo MST, a concessão de liminar despreza, porque exerce cognição sumária, os aspectos mais relevantes que envolvem a questão. Além de desprezar as conseqüências que a operação de retirada dos acampados pode desencadear, num juízo prévio, pobre em provas, não há como aferir o necessário cumprimento da função social da terra em discussão.

O fator função social ingressa neste juízo que deve operar o juiz de forma tal que a propriedade deve adequar-se à prescrição constitucional sob pena de não merecer proteção jurídica.

A função social deve ser encarada na expressão da melhor doutrina. “A

²¹⁶ CUNHA, S.S. da. Conflito possessório e positivismo ético: o agente público em face da decisão ilegal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v.28, ano7, p.131, out./dez. 1999.

²¹⁷ *Ibid.*, p.133.

função é o poder de dar à propriedade determinado destino, de vinculá-la a um objetivo. O qualificativo social indica que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário.”²¹⁸

Não basta que se encare, pois, a propriedade como produtiva. É necessário que cumpra ela todos os requisitos elencados no artigo 186 da Constituição Federal. Proteger a propriedade produtiva, excluindo-a da atenção da função social, equivale a invalidar a aplicação do artigo 186 da Constituição da República.²¹⁹

Uma vez não merecendo amparo aquelas propriedades que, mesmo produtivas, agridem o meio ambiente, descumprem leis trabalhistas, utilizam irracional e inadequadamente o solo, exploram-na em descompromisso com o bem-estar dos funcionários, não se pode pretender recebam proteção possessória. Assim escreve Gilberto Bercovici: “A propriedade que não cumpre com sua função social perde também a proteção possessória, ou seja, a Constituição de 1988 tornou inviável, constitucionalmente, a concessão de reintegração de posse por liminar judicial nestes casos.”²²⁰

Ainda mais contundente, Fábio Konder Comparato assevera que “o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional.” Como decorrência lógica, “as garantias ligadas normalmente à

²¹⁸ BERCOVICI, G. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n.7, p.77, jul./set. 2001.

²¹⁹ Cf. LEAL E SILVA, R.E. Função social da propriedade rural. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n.37, ano9, out./dez. 2001, p.254-273 e VARELLA, M.D., op.cit., p.191-256.

²²⁰ BERCOVICI, op.cit., p.84.

propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas.”²²¹

A propriedade que não se conforma nos limites traçados pela Constituição Federal, artigo 186, não merece amparo legal, ainda que seja produtiva. “Isto posto, é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a *mens legis* deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social, inclusive (e especialmente) no tocante ao requisito da exploração racional.”²²²

A posição adotada, ainda que consentânea com o texto constitucional, lança para fora da responsabilidade do Estado a discussão. Cabe ao Poder Judiciário aferir o cumprimento da função social da propriedade, não podendo reintegrar a posse daquele que ignora tais exigências, porém, em ordenando a reintegração, não cabe ao Poder Executivo verificar a condição da propriedade esbulhada. É tese que não encontra espaço seguro na ordem jurídica.

4.3 AFERIÇÃO DA CULPA

A responsabilidade nos casos de descumprimento de ordem judicial, pela posição que a lei ocupa na estruturação do Estado moderno, parece flagrante. Ainda que admitida a verificação de culpa, porque do contrário negar-se-ia a tese de que nas omissões há que se averiguar a conduta dos agentes ou, ao menos, do serviço

²²¹ COMPARATO, F.K. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.) *A questão agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000. p.145.

²²² FACHIN, L.E. A justiça dos conflitos no Brasil. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.) *A questão agrária e a Justiça*. São Paulo: RT, 2000. p.285.

anonimamente. É o que segue:

Uma das hipóteses que, sem qualquer dúvida, evidenciam culpa em conduta omissiva da Administração é a que resulta de descumprimento de ordem judicial. Na verdade, nem deveria ocorrer essa omissão, mas infelizmente aqui e ali alguns administradores relutam em atender a determinações judiciais. Quando não a descumprem, retardam o seu cumprimento, o que também revela omissão quanto a dever concreto de agir.²²³

Na mesma linha, mas defensor da teoria objetiva, Vilson Rodrigues Alves:

Por outro lado, mais se aguça essa responsabilidade civil do Estado se a prestação do serviço policial não é solicitada pelo particular, mas requisitada por órgão intra-estatal.

Assim, se ocorre esbulho à posse exercida sobre um bem imóvel por meio de invasão a propriedade privada, a concessão judicial de reintegração de nessa posse plena, com óbice ao descumprimento do mandado executivo diante da resistência dos invasores, sujeitará o Estado à responsabilidade civil, com a indenização dos danos acarretados com o apossamento ilícito, se for omissa a Polícia no dever de cumprir a requisição do Poder Judiciário.²²⁴

A manutenção da ordem pública, realizada pelo aparato policial, é atividade que se aperfeiçoa cotidianamente. A presença da polícia revela-se essencial para o monopólio da força física pelo Estado. É um serviço que beneficia a todos, portanto “há de se considerar também o lado positivo, as vantagens que êsses [sic] serviços trazem à comunidade, no computarem-se os seus defeitos e as suas lacunas.”²²⁵

²²³ CARVALHO FILHO, p.444.

²²⁴ ALVES, V.R. **Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário**. Campinas: Bookseller, 2001. p.368. v.1.

²²⁵ CAVALCANTI, p.410.

Se importam as vantagens que o serviço traz, é necessário reconhecer que o exame dos meios empregados para sua consecução faz-se necessário. Não haveria outro espaço para tratá-lo senão com a teoria da culpa do serviço. É assim porque se adotado o risco criado ao prestar o serviço tratar-se-ia da exceção, a falha na prestação. A exigência de parâmetros máximos de eficiência lançaria o serviço na impossibilidade absoluta de atuar, porque tanto na ação, conforme os meios empregados e a sua medida, quanto na omissão haveria como apontar defeitos.

Há que se falar, pois, ao tratar-se do funcionamento regular do serviço, do padrão exigível. Este padrão deve considerar, na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, as “possibilidades *reais* [grifo do autor] médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.”²²⁶ Nestas possibilidades ingressam as “circunstâncias de tempo, de lugar, de técnica de serviço, que a autoridade deve considerar no momento em que pratica o ato”²²⁷, portanto são relevantes, inclusive, as repercussões que podem advir da atuação policial.

Reportando-se ao descumprimento de ordem judicial, as condições que se apresentam quando da insurgência de uma ocupação pelo MST não são apropriadas para desencadear qualquer ato combativo. A polícia lançada a retirar os ocupantes pode facilmente escorregar da atividade amparada pela decisão judicial para o abuso de autoridade.

Não se trata de um esbulho possessório comum. São milhares de pessoas, por vezes, que se lançam contra a força física estatal. Portanto, quando o momento pede cautela, não cabe falar, se a prudência que faltou ao juiz iluminar-se na autoridade que

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, C.A., p.819.

²²⁷ CAVALCANTI, op.sit., loc.sit.

comanda a Polícia Militar, em responsabilidade por descumprir ordem judicial, já que as medidas cabíveis foram lançadas e a polícia encontrava-se alerta.

José Cretella Júnior exemplifica caso em que a polícia não pode agir para evitar os danos, por prudência: “A Gazeta, da cidade de Campos, é depredada por integrantes de multidão delinqüente e a polícia se omite, mas exclusivamente por prudência, nada podendo fazer, é claro que o ocorrido era fatal - *damnus fatale* -, verdadeira força maior, excludente, pois, da responsabilidade do Estado.”²²⁸

Para afastar, definitivamente, qualquer suspeita sobre a polícia (Polícia Militar, conforme artigo 144, § 5º, da Constituição Federal, a quem cabe zelar pela ordem pública e realizar o policiamento ostensivo) deve-se buscar junto ao Poder Judiciário, que é o filtro, como se viu, da violência física legítima, a suspensão da ordem de reintegração de posse.

A medida encontra fundamento na Lei 8.437 de 1992, que dispõe sobre as medidas cautelares contra atos do Poder Público, no seu artigo 4º. Diz o artigo: “*Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.*”

Já se reconheceu a aplicação aos casos de reintegração de posse frente ao MST, conforme segue:

Agravo regimental no pedido de suspensão de liminar n. 97.009653-4, de Abelardo Luz. 03/12/1997. Relator: Xavier Vieira. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. DEFERIMENTO EXCEPCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO.

²²⁸ CRETELLA JUNIOR, p.696.

A suspensão dos efeitos da liminar é providência prevista no artigo 4º, da Lei n. 8.437/92, "para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

Os rigorismos e formalismos da Lei devem ser afastado quando em um processo confrontam-se dois direitos fundamentais: o direito à propriedade e a sua função social.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Liminar n. 97.009653-4, da comarca de Abelardo Luz, em que são Agravantes Wilson Dissenha e sua mulher e Agravado o Município de Abelardo Luz.

ACORDAM, em Órgão Especial, sem voto discrepante, negar provimento ao Agravo.

Custas ex lege.

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Wilson Dissenha e sua mulher contra despacho desta Vice-Presidência que, no procedimento sustatório aforado pelo Município de Abelardo Luz, suspendeu os efeitos de decisão judicial proferida nos autos da Ação n. 3.601/97, ajuizada pelos ora Agravantes, sob o argumento de que a mesma causaria grave lesão à ordem pública, em face "da probabilidade de danos imprevisíveis, tanto ao patrimônio quanto à vida dos Litigantes" (fls. 5).

Alegam, preliminarmente, a ilegitimidade do Município para postular pedido de suspensão de medida liminar, por não ser parte na ação possessória que tramita no juízo de Abelardo Luz.

Arguem, ainda, a impossibilidade jurídica do pedido, por inaplicável a Lei n. 8.437/92, sob a justificativa de que não basta a ocorrência de "manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas", sendo exigível, ainda, que a pessoa jurídica de direito público tenha legítimo interesse na demanda, dela participando passivamente.

No mérito, rebatem os argumentos expendidos no despacho agravado, por entender que a gleba rural de que são proprietários cumpre, rigorosamente, sua função social, apresentando-se como integralmente produtiva, de modo a inviabilizar qualquer pretensão de desapropriação.

Por último, insistem que nenhuma ação foi movida contra o Poder Público, porquanto a questão envolve tão-somente particulares: de um lado os proprietários da Fazenda Dissenha, ora Agravantes, e de outro, os integrantes do Movimento Sem Terra, na área acampados.

Requerem, assim, o conhecimento e provimento do presente Agravo.

Encaminhados os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta em parecer do Dr. Luiz Carlos Freyesleben, opinou pelo provimento do recurso.

Cumpre-se o art. 195, do Regimento Interno desta Casa.

É o Relatório.

O Decreto contrariado tem este teor:

"Trata-se de procedimento sustatório aforado pelo MUNICÍPIO DE ABELARDO LUZ, sob a alegação de que a decisão judicial proferida nos autos da Ação n. 3.601/97, ajuizada por Wilson Dissenha e sua mulher, causará grave lesão à ordem pública, em face 'a probabilidade de danos imprevisíveis, tanto ao patrimônio quanto à vida dos litigantes' (fls. 5).

"...

"A suspensão dos efeitos da liminar é providência prevista no artigo 4º, da Lei 8.347/92, "para evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança e à economia públicas".

"No caso vertente, as circunstâncias especialíssimas que autorizam o deferimento do pedido se fazem presentes.

"Com efeito, depreende-se dos autos que aproximadamente 1.200 famílias ocupam as terras objeto do litígio, reivindicando dos Órgãos Públicos o cumprimento do mandamento constitucional que assegura a desapropriação da propriedade rural, por interesse social, para fins de reforma agrária (art. 184).

"Efetivamente, "o descumprimento da função social do imóvel rural foi tido pelo constituinte como tão grave, que sua ocorrência enseja uma sanção severa. De fato, é característica da reforma agrária que seu instrumento, a desapropriação por interesse social, assumia caráter punitivo para o expropriado, com a agravante representada pela forma de se pagar a indenização correspondente" (in 'Aspectos Jurídicos da Reforma Agrária no Brasil', Paulo Guilherme de Almeida, ed. LTr, São Paulo, 1990, p. 72).

"Verifica-se, também, que pairam dúvidas acerca da condição de produtividade ou não das terras invadidas, elemento essencial para que se perfectibilize a ação expropriatória por parte do Poder Público, já tendo, inclusive, sido determinada a realização de nova perícia na área.

"O interesse em desapropriar e encontrar uma solução pacífica para o conflito é perfeitamente aferível, diante da realização de Sessão Pública na Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, com a participação dos Órgãos Executivos responsáveis pela

questão agrária e de representantes do MST.

"Assim, frente a uma situação já consolidada, em virtude da ocupação e determinação dos invasores em pressionar, a todo custo, a concretização da desapropriação, e a fim de evitar um confronto direto entre Policiais Militares e agricultores sem terra, com inegável abalo na ordem e segurança públicas, afigura-se prudente a suspensão da liminar concedida em primeira instância.

"De outra parte, ao proprietário é assegurado o direito de reaver o seu imóvel caso, a final, venha a ser reconhecido que sua propriedade rural é produtiva, bem como indenização prévia e justa em caso de efetiva expropriação.

"Ante o exposto, porque presentes os seus pressupostos, **DEFIRO O PEDIDO** formulado pela Municipalidade" (fls. 123/125).

Cumprе ressaltar que, este Relator, já por ocasião do despacho de sustentação de fls. 171/175, justificou mais uma vez que, diante de uma situação grave e de iminente risco à vida e à integridade física de inúmeras pessoas, advinda da ocupação dos sem terra, foi deixado de lado, excepcionalmente, os rigorismos e formalismos da Lei para manter, provisoriamente, uma situação que já estava consolidada, a fim de aguardar a prestação jurisdicional, em cujo processo se confrontam dois direitos fundamentais assegurados pela Constituição: o direito à propriedade e a sua função social.

Desse modo, por se tratar de questão de alta relevância, a prudência recomenda a sustação dos efeitos da liminar, motivo pelo qual conhece-se do presente Agravo Regimental, negando-se-lhe, todavia, provimento.

Participaram do julgamento com votos vencedores os Exmos. Srs. Des. Wilson Guarany, Francisco Oliveira Filho, João José Schaefer, Eder Graf, Alcides Aguiar, José Roberge, Alberto Costa, Amaral e Silva, Álvaro Wandelli, Anselmo Cerello, Genésio Nolli, Jorge Mussi e João Martins, e lavrou parecer pela douta PGJ, o Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 3 de dezembro de 1997. **NAPOLEÃO AMARANTE**-Presidente com Voto.**XAVIER VIEIRA**-Relator.²²⁹

²²⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo regimental no pedido de suspensão liminar. Agravo n.97.009653-4. Wilson Dissenha e esposa e Município de Abelardo Luz. Relator: Desembargador Xavier Vieira. 03 dez. 1997. Disponível em: < >. Acesso em: 04 jul. 2003.

O exame das circunstâncias em que se dá a omissão ou ilicitude estatal é inarredável. Este exame só se pode proceder operando com teoria que, sem querer isentar o Estado da execução de seus deveres, dê possibilidades de verificar o ânimo que conduziu o serviço, pensado impessoalmente, a esquivar-se da ordem judicial.

A questão não sensibiliza a Corte Suprema, que já referiu-se ao caso, entendendo como aplicável a teoria objetiva da responsabilidade. É o que segue:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIÇÃO DA LIDE. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos.²³⁰

A doutrina, na sua quase totalidade, reconhece que frente a atos de terceiros a teoria da culpa do serviço é aplicável, seja considerada ela subjetiva, como se pretendeu firmar, seja objetiva ou a meio a passo desta, sem importar também se é a regra ou constitui exceção. Ao exigir-se do Estado desempenho ideal frente a atos de terceiros anula-se qualquer possibilidade de análise das circunstâncias, donde não sobra qualquer espaço para avaliar os fatores que impediram ou dificultaram o funcionamento do serviço público. No caso de ocupação (ou como prolifera, invasão) os danos, se resultam apreciáveis economicamente e certos, podem acontecer antes da ordem de reintegração, que exclui qualquer ligação entre o descumprimento da ordem

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. Recurso Extraordinário. Recurso n.283989-PR. Estado do Paraná e Luiz Caldato S/A Indústria de Madeiras. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 28 maio 2002. Disponível em: < >. Acesso em: 25 ago. 2003.

judicial e o prejuízo do particular.

Mesmo o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a necessidade de se apurar, quando se discute responsabilidade por atos de terceiros, culpa no débito deixado pelo serviço público:

EMENTA: Responsabilidade civil do Estado por omissão culposa no prevenir danos causados por terceiros à propriedade privada: inexistência de violação do art. 37, § 6º, da Constituição. 1. Para afirmar, no caso, a responsabilidade do Estado não se fundou o acórdão recorrido na infração de um suposto dever genérico e universal de proteção da propriedade privada contra qualquer lesão decorrente da ação de terceiros: aí, sim, é que se teria afirmação de responsabilidade objetiva do Estado, que a doutrina corrente efetivamente entende não compreendida na hipótese normativa do art. 37, § 6º, da Constituição da República. 2. Partiu, ao contrário, o acórdão recorrido da identificação de uma situação concreta e peculiar, na qual - tendo criado risco real e iminente de invasão da determinada propriedade privada - ao Estado se fizeram imputáveis as conseqüências da ocorrência do fato previsível, que não preveniu por omissão ou deficiência do aparelhamento administrativo. 3. Acertado, assim, como ficou, definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência da omissão ou deficiência culposa do serviço policial do Estado nas circunstâncias do caso - agravadas pela criação do risco, também imputável à administração -, e também que a sua culpa foi *condição sine qua* da ação de terceiros - causa imediata dos danos -, a opção por uma das correntes da disceptação doutrinária acerca da regência da hipótese será irrelevante para a decisão da causa. 4. Se se entende - na linha da doutrina dominante -, que a questão é de ser resolvida conforme o regime legal da responsabilidade subjetiva (C.Civ. art. 15), a matéria é infraconstitucional, insusceptível de reexame no recurso extraordinário. 5. Se se pretende, ao contrário, que a hipótese se insere no âmbito normativo da responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º), a questão é constitucional, mas - sempre a partir dos fatos nela acertados - a decisão recorrida deu-lhe solução que não contraria a norma invocada da Lei Fundamental.²³¹

Ao deparar-se com a exigência de funcionamento supra-humano do aparato policial contamina-se o filtro da violência, centrado no Poder Judiciário, diante do curso difamatório que processa a grande imprensa nacional dos movimentos sociais,

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. Recurso Extraordinário. Recurso n.237561-RS. Estado do Rio Grande do Sul e Antônio Carlos Caggiano Netto e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 18 dez 2001. Disponível em: < >. Acesso em: 04 jul. 2003.

sobretudo do MST.

A prudência que cabe ao Poder Judiciário em recusar as influências exteriores é demonstrada em decisão emanada no Rio Grande do Sul.

EMENTA: INTERDITO PROIBITÓRIO. MST. NOTICIA DE INVASÃO GENÉRICA., VEICULADA EM MEIOS DE COMUNICAÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL, NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NECESSIDADE DE O JUSTO RECEIO VIR A REPOUSAR SOBRE FATOS CONCRETOS E ESPECÍFICOS. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTES COLEGIADOS. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²³²

O não enfrentamento das questões referentes às circunstâncias reais nas quais a omissão da polícia resulta cômodo para o Poder Judiciário. Apenas se supõe obrigado ao Estado, sempre, atuar. Ademais, delineia uma possibilidade retórica de ignorar os embates sociais, esquivando-se de irromper com as estruturas marcadamente feudais de poder. É bastante conhecido o julgado que, tratando de fato ocorrido na época de florescimento do MST, no final da década de oitenta, aponta a responsabilidade estatal por descumprir ordem judicial, em que pese reconhecer os riscos criados pelos conflitos. É o trecho mais esclarecedor: “Ninguém deseja que conflitos sociais entre proprietários e trabalhadores ‘sem terra’ que invadem áreas rurais se transformem em confrontos violentos e sanguinários, mas não compete ao Poder Judiciário encontrar soluções para o assentamento e fixação de famílias pobres e miseráveis, cuja atribuição é em tudo e por tudo debitável ao Poder Executivo.”²³³

²³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ementa. Apelação cível. Apelação n.70003751484. Newton Bollis de Oliveira e MST. Relator: Desembargador Cláudia Maria Hardt. 27 maio 2003. Disponível em: < >. Acesso em: 31 ago. 2003.

²³³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Ementa. Apelação cível – reexame necessário. Apelação n.13404-3. Estado do Paraná e Companhia Pinheiro – Indústria e Comércio. Relator: Desembargador Oto Luiz Sponholz. 17 ago 1993. Apud VENDRAMEL, A. **Responsabilidade Extracontratual do Estado**. São Paulo: Themis, 1999. p.233 et.seq.

Especialmente no problema do descumprimento de ordens judiciais de reintegração de posse que envolve o MST, a fonte do problema é a questão agrária. Um pouco adiante, é questão de concretização da Constituição Federal. Assim conclui Gilberto Bercovici:

O Problema da Constituição de 1988 e de suas disposições e políticas de distribuição de terras, reforma urbana e reforma agrária é de concretização constitucional. A prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de funcionar enquanto legitimador do Estado. Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado, seja como poder político, seja como implementador de políticas públicas. Surgem, nesse contexto, movimentos e mecanismos “não oficiais” de solução de conflitos de interesse, como o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra) e o movimento dos Sem Teto, como reação à falta de legalidade (no sentido de concretização das normas constitucionais), cujas reivindicações são perfeitamente legítimas: não pedem nada mais do que o cumprimento efetivo da Constituição da República.²³⁴

Nesse passo, pois, enquanto o texto constitucional encerra uma simbologia, aparecem os movimentos e organizações que dão concretude aos valores contidos na Constituição. Marcelo Neves propõe que

Não se pode excluir, porém, de que a realização dos valores democráticos expressos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem do poder estabelecida. E isso torna-se tanto mais provável na medida em que os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional são deturpados no processo concretizador,

²³⁴ BERCOVICI, p.84.

não se operacionalizando como mecanismos de legitimação do Estado.²³⁵

O controle realizado pelo Judiciário acerca das atuações do MST perpetua o estado de desigualdade social e mantém as estruturas de poder inalteradas. A neutralidade alegada como limite de interferência deste poder permite que se favoreça quem esteja melhor preparado para convencê-lo, ganhando reforço da mídia, formadora de opinião.

Assim, com o afastamento da teoria da culpa, tese adotada pelo STF (Supremo Tribunal Federal), a “ineficiência” da polícia é punida qualquer que seja a circunstância, já que apenas a força maior, caracterizada pela irresistibilidade, seria capaz de afastar a obrigação do Estado.

De um lado, a prática de ocupações não esboça qualquer receio do combate acirrado que se tem pregado contra o movimento. Isto porque as ocupações (não invasões) resultam na única via de pressão ao governo para assentar famílias. De outro, reforça-se a campanha publicitária e o combate armado ao movimento popular.

Seguindo este percurso, serão contínuas as indenizações devidas pelo Estado por não agir adequadamente no combate às invasões e no descumprimento de ordens judiciais. Mais raras serão as demandas intentadas por abuso de autoridade, mas teoricamente são também possíveis.

Nem o Estado, na sua função administrativa, ressarcirá os danos aos particulares nem o Judiciário admitirá que suas decisões sejam descumpridas. Por este descumprimento cabe pensar, uma vez mais, se há que responsabilizar o Estado.

²³⁵ NEVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v.12, ano3, p.164-165, out./dez. 1995.

CONCLUSÕES

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é decorrência do Estado de Direito e molda-se ao Regime Jurídico Administrativo.

Acompanha a evolução do próprio Estado, fazendo-o responsável na proporção maior, equivalente a soma de poderes que lhes são conferidos, posicionando o cidadão em melhores condições, hoje, de pleitear frente ao Estado indenização ou ressarcimento.

O percurso da responsabilidade estatal não desemboca, no entanto, em uma única possibilidade de chamar o Estado a recompor o patrimônio lesado. Isto porque o fundamento de responsabilização não é único, convivendo a obrigação tanto por atos ilícitos causadores de danos a terceiros como por atos lícitos. Se são os fundamentos diferentes, assim são as formas de se averiguar esta responsabilidade. O primeiro binômio é lícito - princípio da igualdade; o segundo ilícito - princípio da legalidade.

Cada qual dos fundamentos recebe, por sua vez, tratamento em uma teoria própria. Para os atos lícitos cabe falar em responsabilidade objetiva, centrada na teoria do risco, porque se constitui o prejuízo em função de uma interferência discricionária do Estado que afronta um ou alguns dos administrados frente ao coletivo envolvido. Ou seja, recebe (m) tratamento desigual, portanto este desequilíbrio deve ser recompensado.

Já para os atos ilícitos aplica-se a teoria da culpa administrativa, culpa do serviço, da falta do serviço ou *faute du service*. Sua aplicação deve-se ao fato de que não se pode exigir do Estado, nas tarefas típicas que lhe incumbem, legalmente previstas, atuação perfeita. Assim não se fala em risco criado, pois o serviço prestado, destacando a segurança pública ou serviço de polícia, constitui, em regra, benefício para sociedade. A falha na prestação é exceção que deve ser apurada e punida, mas jamais sem verificar as razões ou circunstâncias em que se deu o ilícito, geralmente ligado à omissão do Estado.

A culpa permanece, desta feita, na verificação da responsabilidade do Estado. Mais que isso, constitui a regra. Sempre que ofender o princípio da legalidade

estará sujeito a ressarcir o particular do dano causado, pois não poderá nada fazer senão o que na lei está previsto, com base na teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa.

A teoria da culpa do serviço, em que pese ligar-se a origem civil da responsabilidade, ganha, de fato, contornos objetivos. A culpa é apurada pelo funcionamento do serviço. Assim, o não funcionamento, o mau funcionamento e o funcionamento retardado, na noção de Paul Duez, exigem do Estado, quando obrigado a prestar o serviço, dever de ressarcir o particular afetado em seu patrimônio. Atualmente poder-se-ia falar de ineficiência do serviço. Há culpa do Estado quando não se atinge o padrão exigível.

Desta nota decorrem as principais conseqüências para o tratamento da responsabilidade extracontratual do Estado. O padrão de que se fala apenas pode ser averiguado no caso concreto, sendo essencial considerar circunstâncias e o meio no qual o dano ocorreu. Não se verifica a inércia ou ineficiência de cada funcionário mas a deficiência do serviço frente às circunstâncias de cada caso concreto.

A teoria da culpa mantém, dessa forma, um equilíbrio entre prevalência do Estado ou do cidadão. Antes ao Estado tudo era possível; atualmente a teoria do risco inverte a equação e faz do Estado segurador da Sociedade, colocando-os em conflito.

Para ilustrar e corroborar a tese de que é necessária a permanência da culpa na teoria da responsabilidade estatal discute-se o descumprimento de ordem judicial, no viés das reintegrações de posse frente ao MST.

Quando se trata de questão que envolve ato de terceiro não há como cobrar do Estado funcionamento perfeito do serviço. Os danos que decorrem da omissão estatal apenas serão cobrados se, desde que exigível a conduta estatal, houve falha na prestação do serviço público.

Tese em contrário, onde apenas pelo risco faça-se o Estado responder, torna-o segurador universal. Além disso, prejudica a atuação dos agentes públicos responsáveis porque aponta para exceção, em que o Estado é tido por incompetente. Ofusca-se assim o benefício que a prestação do serviço traz à Sociedade.

A melhor solução, portanto, é aplicar ao descumprimento de ordem judicial a tese da culpa do serviço, afastando-se a responsabilidade estatal quando se reconheça que as circunstâncias de cada caso favoreciam cautela da autoridade policial, sobretudo se ao próprio Poder Judiciário houver se dirigido a autoridade pública para solicitar suspensão da medida com base na manutenção da ordem (Lei 8.437 de 1992, artigo 4º).

Dentre os objetivos do trabalho está a problematização acerca do descumprimento de ordem judicial e da responsabilidade estatal que daí decorre quando envolve o próprio Poder Público. Assim, há de se reconhecer que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal dificulta a aplicação da tese. Todo debate teórico fica prejudicado se a inflexibilidade do Poder Judiciário em reconhecer o seu papel frente às demandas sociais persistir. Uma postura mais firme deste é consentânea com a realidade circundante e enquanto esta indiferença prosperar a própria realidade seguirá anulando o esforço do referido poder em se justificar como tal, oferecendo amparo, ao omitir-se, às estruturas desiguais enraizadas na estrutura social do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, M.E.M. Responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado? In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. (Org.). **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1986. p.67-83.

ALVES, V.R. Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Campinas: Bookseller, 2001. 555p. v.1.

BACELLAR FILHO, R.F. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n.9, ano2, p.13-59, set./out. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, C.A. Responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. In: _____. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.799-844.

BANDEIRA DE MELLO, O.A. Dos deveres e da responsabilidade. In: _____. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p.468-500. v.2.

BASTOS, C.R. Responsabilidade patrimonial do Estado. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.345-349.

BERCOVICI, G. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.7, jul./set. 2001, p.69-84.

BUCCI, M.P.D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, J. de A. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. **Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v.12, ano4, p.40-49, jan./mar. 1997.

CARVALHO, I.L. de. Descumprimento de ordem judicial por funcionário público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.10, ano3, p.187-195, jul./set. 1995.

CARVALHO FILHO, J. dos S. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.425-463.

CAVALCANTI, T.B. Da responsabilidade do Estado. In: _____. **Tratado de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p.370-461. v.1.

COMPARATO, F.K. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.) **A questão agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p.130-47.

COUTO E SILVA, A. do. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Nº 202, p.19-41, out./dez. 1995.

CRETILLA JUNIOR, J. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000. p.595-724.

CUNHA, S.S. da. Conflito possessório e positivismo ético. O agente público em face da decisão ilegal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.28, ano7, out./dez. 1999, p.129-136.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, M.S.Z. Responsabilidade extracontratual do Estado. In: _____. **Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.523-538.

DIAS, J. de A. Responsabilidade Civil do Estado. In: _____. **Da Responsabilidade Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.555-668. v.2.

DINIZ, M.H.. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.408-429. v.7.

DIREITO, C.A.M. **A decisão judicial**. Disponível em: <
Acesso em: 09 maio 2003.

>

FACHIN, L.E. A justiça dos conflitos no Brasil. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.) **A questão agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p.277-291.

FERNANDES, B.M. O MST no contexto da formação camponesa no Brasil. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.) **A questão agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p.15-87.

FERRAZ JÚNIOR, T.S. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.9, ano3, p.40-48, jan./mar. 1995.

FERREIRA, A.C. Responsabilidade civil por atos da Administração Pública. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2002.

FIGUEIREDO, L.V. Responsabilidade extracontratual do Estado no Direito brasileiro. In: _____. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.252-276.

FIGUEIREDO, S.A.P. As ocupações de imóveis destinados à reforma agrária. Da desobediência civil e do estado d necessidade. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.) **A questão agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p.437-481.

GARCIA, J.C. O MST entre desobediência e democracia. In: OSTROZAKE, J.J. (Org.) **A questão agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p.148-175.

GASPARINI, D. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.602-619.

GOMES, O. **Obrigações**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUIMARÃES, A.P. **Quatro séculos de latifúndio**. São Paulo: Fulgor, 1963.

LEAL E SILVA, R.E. Função social da propriedade rural. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.37, ano9, out./dez. 2001, p.254-273.

LEWANDOWSKI, E.R. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. São Paulo: RT, 1994.

LIMA, R.C. A Responsabilidade da Administração. In: _____. **Princípios de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: RT, 1982. p.198-204.

MARTINS, I.G.S. **A fragilidade do poder**. Jornal O Estado de São Paulo. Disponível em: < _____ >. Acesso em: 04 jul. 2003.

MEIRELLES, H.L. Responsabilidade civil da Administração. In: _____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.559-572.

MORAES, A. de. Responsabilidade civil do Poder Público. In: _____. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p.230-248.

MOREIRA NETO, D. de F. Responsabilidade patrimonial do Estado e de prestadores de serviços públicos. In: _____. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p.576-581.

NEVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.12, ano3, out./dez. 1995, p.156-167.

OLIVEIRA, O.F. da L. A responsabilidade patrimonial do Estado. In: _____. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.291-300.

PEREIRA, C.M. da S. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Responsabilidade civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.127-146.

REALE, M. **O MST e a Questão Social**. Jornal O Estado de São Paulo. Disponível em: < _____ >. Acesso em: 04 jul. 2003.

ROCHA, C.L.A. **Parecer: competência da União e dos Estados para defesa da pátria e do patrimônio particular.** Disponível em: < >. Acesso em: 04 jul. 2003.

ROCHA, O.A. O advogado popular e o Judiciário. Direito e criatividade: uma experiência com trabalhadores rurais. In: **Anais da II Reunião do Instituto de Apoio Jurídico Popular**, 1988-89. p.43-61.

SAAD, R.M. A responsabilidade civil do Estado por atos administrativos comissivos e omissivos. In: _____. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado. Doutrina e Jurisprudência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p.49-77.

_____. O ato ilícito como fonte da responsabilidade civil e a evolução do instituto. In: _____. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado. Doutrina e Jurisprudência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p.21-48.

SIQUEIRA, B.L.W. O nexó de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado. **Revista de Direito Administrativo.** n.219, p.91-106, jan./mar. 2000.

STERMAN, S. **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas.** São Paulo: RT, 1992.

SURGIK, A. A luta pela propriedade da terra em Roma e no Brasil (considerações críticas). **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v.32, p.25-36, 1999.

VARELLA, M.D. **Introdução ao Direito à Reforma Agrária: o Direito face aos novos conflitos sociais.** São Paulo: LED, 1998.

VENDRAMEL, A. **Responsabilidade Extracontratual do Estado.** São Paulo: Themis, 1999.