RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

José Salgado Martins

A responsabilidade civil do Estado pode ter origem em um destes motivos: ou na culpa do funcionário ou agente do serviço público administrado pelo Estado; ou na infração de um contrato; ou na simples relação de causalidade objetiva entre a prática de um ato pelo representante do Estado e o dano conseqüente a um interesse juridicamente protegido.

Nosso intento é focalizar a matéria delicada e complexa da responsabilidade civil à luz da doutrina e do direito positivo brasileiro.

A responsabilidade civil é um fenômeno intimamente ligado a todos os problemas, relações e aspectos da vida social. Ela diz com o comportamento do homem nas múltiplas e multifárias relações com os seus semelhantes, desde a responsabilidade moral que é um conceito puramente subjetivo que se desdobra no âmagô da consciência de cada um e cujas sanções se encontram na própria consciência, até a responsabilidade jurídica que passa a ter um prevalente aspecto objetivo e duas faces fundamentais: a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

A responsabilidade jurídica pressupõe necessariamente a existência de um prejuízo, de uma lesão de direito. Mas os prejuízos que perturbam a ordem social podem ser de natureza muito diferente. Ora, o dano causado pela ação humana se reflete em interesse de ordem muito geral, repercutem sobre toda a sociedade; ora, assume um caráter predominantemente privado, embora se reflita, indireta ou mediatamente, na esfera do interesse público.

Cumprida a sociedade defender-se contra todos os fatos que lhe causem um dano, isto é, ameaçam os efetivamente lesionam a ordem sobre a qual ela está edificada.

Para impedir ao autor de semelhante dano que volte a praticar novo ato prejudicial, para evitar que terceiros sejam tentados a imitá-lo e para ressarcir, sempre que possível, o dano, a sociedade através do Estado pune o transgressor, sujeitando-o às sanções de natureza pessoal ou às sanções de natureza patrimonial.

A distinção que extrema os conceitos da responsabilidade penal e da responsabilidade civil, em última análise, remonta à diferença

entre o Direito Penal e o Direito Civil. Enquanto a responsabilidade penal, mercê do caráter punitivo de que não se pôde ainda desprender, assume cada vez mais um sentido subjetivo, a responsabilidade civil se estende extraordinariamente, independizando-se do fundamento subjetivo da culpa, para decorrer do simples risco produtor do prejuízo causado. "Admitida como base da responsabilidade civil a necessidade ou conveniência de restabelecer o estado anterior ao dano, tem-se, em conseqüência, que ao seu mecanismo não é indispensável que seja culposo o fato de que haja decorrido o prejuízo.

"Precisemos: o fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição, isto é, a contemplação da manutenção do equilíbrio social que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente.

"É esse o sentido em que deve ser entendida a responsabilidade civil do Estado. Vem ela a ser, pois, a obrigação, a carga do poder público, de reparar o dano por ele causado, restabelecendo, por meio de indenização adequada, o equilíbrio econômico rompido pelo prejuízo.

"Observação preliminar de profundo interesse está em que a responsabilidade civil do Estado é instituto cuja compreensão se fixa marcadamente em função do regime político. É conseqüentemente na própria evolução deste que se encontra o desenvolvimento daquele.

"Assim a irresponsabilidade do Estado perante o particular era um direito aceito no regime absolutista; a responsabilidade com base no conceito da culpa, expressão das idéias individualistas, e sua noção atual, inspirada na doutrina do risco administrativo, resultado das idéias solidaristas que dominam as modernas formas do governo democrático". (1)

No nosso Direito essa evolução, como ainda mostra o ilustre autor citado, também se operou. Da noção civilística da responsabilidade do Estado, expressa pelo art. 15 do Código Civil, que transpunha para o âmbito da Administração as noções de culpa *in eligendo* e *in vigilando* do preponente por atos do preposto, evoluiu-se, aos poucos, para a noção moderna da responsabilidade civil do Estado, informada pela teoria do risco, cuja elaboração doutrinária se operou também no Direito brasileiro. O art. 194 da atual Constituição de 1946 abandona o conceito subjetivo de responsabilidade e acolhe a teoria objetiva do risco. O eminente José Duarte que comenta e estuda a atual Constituição, à luz do elemento histórico, mostra-nos que essa, efetivamente, foi a orientação a que os constituintes de 1946 se abeberaram.

(1) José de Aguiar Dias, Resp. Civil do Estado, *in* Rev. For. vol. 115, pág. 355; Saleilles, Accidents de travail, pág. 74; Marton, Les fondements de la resp. civ. pág. 59, n. 1; A. Ernesto Salas, La resp. por los daños causados por las cosas, B. Aires, 1945, pág. 21, 31.

Mário Masagão, discutindo uma emenda de autoria de Aliomar Baleeiro, dizia que o dispositivo do parágrafo único do artigo 194 tinha uma função a preencher, porque muita vez a Fazenda é condenada, *independentemente de culpa*, ou seja, em virtude do *princípio do risco*; mas o funcionário não deve ser condenado se não tiver havido culpa sua, porque a responsabilidade do funcionário se rege por princípio diferente, como responsabilidade individual. ⁽²⁾

De outro modo também não pensa o ilustre magistrado José de Aguiar Dias, o brilhante autor do notável tratado sobre a "Responsabilidade Civil", quando afirma que, na Constituição de 1946, o abandono da doutrina subjetiva se manifesta através do artigo 194:

"As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que 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".

Argumenta o eminente Aguiar Dias:

"Ora se a ação regressiva só cabe quando tiver ocorrido culpa do funcionário, como claramente se vê no dispositivo, então é que foi iniludivelmente abandonada a orientação do art. 15 do Código Civil. E se não se ousar dizer que o preceito, conjugado ao da igualdade constitucional, consagra o risco administrativo, pelo menos não será possível negar que adotou a teoria da culpa do serviço.

Quando dissemos que a responsabilidade civil independente do pressuposto da culpa não quisemos eliminá-la como fonte da responsabilidade. É claro que para a resistência oposta por certos espíritos conservadores ao progresso das idéias, sempre soará bem caracterizar essa culpa através da falta dos funcionários.

Aliás, salvo casos especiais, a responsabilidade civil do Estado, quando investigada com maior rigor, como já fizera notar o grande Pedro Lessa, decorre coincidentemente da apreciação do fato danoso sob qualquer das três orientações já referidas.

Diga-se, de passagem, que o Estado, quando contrata ou explora serviço industrial, não é melhor nem pior que qualquer outro contratante. O Estado, quando contrata, não tem melhores títulos que o particular, conforme disse

(2) José Duarte, A Constituição Brasileira de 1946, vol. 3.º, pág. 354.

Epitácio Pessoa em notável parecer. Sua responsabilidade contratual decorre, pois, de infração ao estipulado, não sendo necessário insistir sobre o assunto. O Estado responde sempre pelo dano proveniente das relações contratuais, seja lícito ou ilícito o ato do funcionário que lhe tenha dado causa. ⁽³⁾

A responsabilidade civil do Estado vem, pois, se firmando em abono da teoria do risco, o que, no entanto, como é óbvio, não exclui a hipótese em que essa responsabilidade decorre de culpa efetiva do funcionário encarregado do serviço, ou de falta de provimento do Estado para que o serviço se realize normalmente, de modo a não sobrevir danos a terceiros. Mas em se tratando de dano causado por culpa dos funcionários, ao prejudicado incumbe a prova da culpa, que não se presume, cabendo ao Estado, em retorsão, o ônus de provar uma das causas liberatórias da responsabilidade: força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva do lesado.

Na responsabilidade proveniente da falta do serviço, não é necessário cogitar da culpa pessoal do funcionário. Só na ação contra este, movida pelo Estado, deverá ser provada a culpa do funcionário, de acordo com as regras consagradas pelo direito civil.

Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público essa distinção é

(3) José de Aguiar Dias, Responsabilidade civil do Estado, in Rev. For., vol. 115, pág. 357-358.

— Carlos Maximiliano, Com. à Const. Bras. de 1946, vol. III, pág. 254, n. 631 e segts.: Não é clara a lição do ilustre constitucionalista que não chega a afirmar tenha a Lei Máxima adotado a teoria do risco, em tema de responsabilidade civil do Estado.

Ao comentar o art. 194 e seu parágrafo único, Maximiliano se encontra ainda preso ao conceito civilístico da responsabilidade do Estado, invocando, como causas do ressarcimento do dano causado pelos funcionários do Estado, a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando* ou *in omitendo* (pág. 257, n. 632 *in fine*); e condicionando a responsabilidade do Estado aos requisitos clássicos, hoje despididos, frente aos modernos princípios que informam o instituto: a) existir efetivamente o fato ilícito cometido por funcionário em violação do direito de outrem; b) ter aquele praticado o fato na qualidade de empregado público; c) e no exercício de suas funções; d) excesso de poder ou de atribuições por parte do funcionário; e) dano a terceiro; f) relação de causa e efeito entre a falta do funcionário e o dano sofrido pelo queixoso.

— Pontes de Miranda, Com. à Const. de 1946, vol. IV, páginas 168-169.

O eminente jurista, infelizmente, não se detém na interpretação do dispositivo constitucional. Afirma que "a Constituição de 1946, em vez de adotar o princípio da solidariedade, que vinha de 1934, adotou o princípio da responsabilidade em ação regressiva." "Os interesses do Estado passaram à segunda plana, — não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, ou contra outra pessoa jurídica de direito público interno. Há apenas o direito de regresso. Inferior, portanto, às Constituições de 1934 e 1937, nesse ponto, a de 1946".

— Themístocles Calvalcanti, A Constituição Federal Comentada, vol. IV, pág. 191-92: "Não preferiu a Constituição nenhuma das doutrinas existentes sobre responsabilidade civil do Estado, exigiu apenas que o funcionário tenha agido no exercício de suas funções. A ação regressiva pressupõe a culpa do funcionário, o seu procedimento contrário ao direito, a falta de atenção ou mesmo de cuidado, isto é, a negligência, a imperícia ou o dolo na prática do ato lesivo".

necessária porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado como inerente à função. ⁽⁴⁾

De três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultam: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda os fatos conseqüentes à inação administrativa quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira as conseqüências da lentidão administrativa. (Aguiar Dias).

Em brilhante e recente acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ⁽⁵⁾ está explanada com segurança a doutrina da responsabilidade civil decorrente da falta anônima do serviço público:

"A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público Interno está hoje regulada pela Constituição Federal, art. 194 e parágrafo único. A redação deste parágrafo, como observou perspicazmente ilustrado juiz (Rev. dos Trib. 169/274 — 77) dá ensanchas à conclusão de que, em face do nosso Direito Positivo, a responsabilidade civil daquelas pessoas já se libertou do subjetivismo estreito para se avizinhar bastante, senão penetrar decisivamente na órbita da teoria do risco administrativo, ou pelo menos do chamado princípio da culpa administrativa ou culpa do serviço público, na qual se contêm as culpas anônimas e as exclusivas do serviço em que nenhum ato é imputável ao funcionário.

Efetivamente a cabeça do preceito constitucional já não fala, como no art. 15 do Código Civil, de procedimento contrário ao direito ou de falta a dever prescrito em lei; e o parágrafo, admitindo a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, somente quando

(4) Aparicio Mendez, La teoría del órgano, Montevideo, 1949, pág. 56: "El juego de coincidencia de la voluntad técnica con la voluntad psicológica encuentra su desarrollo en la teoría de la responsabilidad. La yuxtaposición de una sobre otra libera al funcionario de toda consecuencia de sus actos, como tal. Si hubiera daño, el provendría de la organización misma, de la deficiencia estructural o funcional del órgano y entonces gravitarían los resultados sobre el Estado. Al contrario, si la voluntad psicológica se desborda (exceso de poder) o no se satisface plenamente (omisión), o se desvía con un fin oculto (desviación de poder), recae sobre el titular la obligación de reparar el daño".

Adotada a teoria do risco, para o efeito da responsabilidade civil do Estado, a distinção feita magistralmente pelo ilustre professor uruguaio só produzirá efeitos quanto à responsabilidade do funcionário na ação que lhe mover o Estado. Mas para a responsabilidade deste, perante o particular lesado, nenhum efeito produzirá a distinção, pois subsistirá aquela responsabilidade, haja ou não coincidência, entre a vontade técnica do órgão e a vontade psicológica do titular.

(5) Revista de Direito Administrativo, vol. 15, número de janeiro-março de 1949, pág. 65.

tiver havido culpa dêles, deixa transparecer claramente que a pessoa jurídica de direito interno responderá perante terceiros prejudicados, mesmo quando não tenha ocorrido culpa dos funcionários. Tudo leva a crer que foi adotada a teoria do risco administrativo.

Verdade é que o caso dos autos antecedeu à vigência da nova Constituição. Mas, para se inferir da responsabilidade civil da Municipalidade apelante, não há mister invocar-se a teoria do risco, pois bastará o princípio da culpa administrativa ou do serviço público que já vinha sendo recomendada e aceita pela doutrina e a jurisprudência mais categorizadas, ao influxo de opiniões mais avançadas, como a de Pedro Lessa, Amaro Calvalcante, Fildelfo Azevedo, Orozimbo Nonato, José de Aguiar Dias e outros (Cf. a obra deste último "Da Responsabilidade Civil", vol. 2.º, nrs. 202, 203 e 204).

Segundo esse princípio a responsabilidade decorre da falta anônima do serviço público; não se cogita de culpa do funcionário e é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional. De três ordens são os fatos identificáveis como faltas de serviço público conforme resultam: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço".

Na responsabilidade civil originada pela infração de um contrato, cumpre ao Estado, como guarda e protetor do direito em geral, mostrar-se mais zeloso que o particular, na observância das cláusulas e das obrigações contratuais. As hipóteses variam extraordinariamente em função da natureza, modalidades e nuances que podem assumir os contratos, apresentando cada hipótese certas particularidades no tocante à responsabilidade civil.

Se o contrato fôr de transporte, uma das modalidades mais comuns, a cláusula da incolumidade das pessoas é inerente ao contrato, presumindo-se a culpa do Estado ou das empresas transportadoras. E este foi o princípio adotado pela lei n. 2.681 de 7 de dezembro de 1912, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro. ⁽⁶⁾

"A cláusula de incolumidade é inerente ao contrato de transporte de pessoas. Quem utiliza um meio de transporte regular celebra com o transportador uma convenção, cujo elemento essencial é a sua incolumidade, isto é, a obrigação para o transportador de levá-lo são e salvo ao lugar do destino".

(6) Eduardo Espinola, Da responsabilidade das estradas de ferro e de outras empresas de transporte pelos danos causados aos passageiros e aos transeuntes, in Direito, volume III, pág. 9-17.

— O Código Brasileiro do Ar (Dec. lei 483 de 8 de junho de 1938), em seu Cap. V, — "Da responsabilidade civil" — adotou o princípio da culpa *ex contractu*.

Henri Mazeaud e Léon Mazeaud, os eminentes autores de "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile", estudando a cláusula de segurança pessoal nos contratos de transporte, assim escrevem:

"Le contrat de transport de personnes est, sans conteste, l'un de ceux pour lesquels la question de savoir s'il crée une obligation de sécurité présente les intérêts pratiques les plus considérables. Le problème se pose dans les termes suivants: Le transporteur est-il tenu, par le contrat, d'assurer la sécurité du voyageur? Par suite, en cas d'accident survenu au transporté au cours du transport, le voiturier est-il responsable contractuellement?"

Bien entendu, la question ne peut se discuter que si un contrat de transport a été passé. Voici, par exemple, un voyageur qui circule en chemin de fer sans billet. Souvent, ce voyageur n'a pas voulu passer un contrat, mais simplement user frauduleusement d'un mode de transport; en cas d'accident, on ne saurait donc parler de responsabilité contractuelle de la compagnie. Ce serait cependant aller trop loin que de vouloir généraliser et dire que chaque fois qu'un voyageur monte sans billet, il n'y a pas contrat. S'il est d'usage que le billet ne soit délivré qu'en cours de route — et il en est ainsi par exemple dans les transports en tramways et autobus — le contrat est passé dès que le voyageur pénètre dans la voiture. De même il y a contrat lorsque les agents de la compagnie laissent monter sans billet un voyageur qui n'a pas eu le temps de passer au guichet, mais qui a l'intention de payer sa place, soit en cours de route au contrôleur, soit à la gare d'arrivée.

On suppose donc un contrat de transport et un accident survenant au voyageur au cours du transport. Quelle est la nature de la responsabilité du voiturier? Peut-on dire qu'elle est contractuelle? Tout dépend de savoir si le contrat passé a mis à la charge du voiturier une obligation de sécurité relativement à la personne du transporté. Que est donc le contenu du contrat? Certes, ce contrat impose des obligations qui sautent aux yeux parce qu'elles sont essentielles: le transporté a l'obligation de payer le prix; le transporteur a celle de conduire le voyageur de tel endroit à tel autre endroit, et même, bien qu'ici l'obligation soit déjà moins apparente, de le transporter dans le délai fixé par les horaires. Si donc l'une de ces obligations n'est pas remplie et qu'un dommage en résulte, si, par exemple, un préjudice est causé à un voyageur par le retard d'un train, le problème de la responsabilité se

place sur le terrain contractuel. Mais n'y a-t-il pas d'autres obligations qui naissent du contrat? Le transporteur n'assume-t-il pas, vis-à-vis du voyageur, une obligation de sécurité?

Pendant longtemps, la jurisprudence refusa de trouver pareille obligation dans le contrat; elle affirmait que la responsabilité en cas d'accident ne pouvait être que délictuelle. Mais la Cour de cassation, suivie par toutes les juridictions, s'est ralliée, en 1911, à l'opinion contraire défendue par le procureur général Sarrut. La jurisprudence est unanime aujourd'hui à décider que le contrat de transport oblige le voiturier à assurer la sécurité du voyageur et que, par suite, la responsabilité contractuelle du transporteur peut être engagée en cas d'accident. La solution paraît raisonnable. Le voyageur entend bien que la compagnie assure sa sécurité; il exige même un certain confort, variable d'ailleurs selon la classe choisie; par exemple il veut, en hiver, être chauffé; il sera donc en droit d'intenter contre la compagnie une action en responsabilité contractuelle s'il tombe malade à la suite d'un chauffage insuffisant des voitures; à plus forte raison la responsabilité contractuelle du transporteur sera-t-elle engagée, si le voyageur est broyé dans un tamponnement. La compagnie répondra qu'il n'était pas dans son intention à elle d'assumer pareille obligation; par suite, que le contrat ne s'est pas étendu jusque-là, faute d'un accord de volontés. Mais l'argumentation n'est pas sérieuse; au moment où elle a délivré le billet, son intention était bien qu'aucune collision ne se produise entre ses convois; elle ne prévoit l'accident que quand il s'est réalisé. C'est bien le cas de rappeler, comme le fait M. Lalou à propos de toutes les obligations de sécurité, que "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" (art. 1135 C. civ.), ce qui ne signifie point d'ailleurs que le juge puisse, au nom de l'équité, aller à l'encontre de la volonté des parties, mais que, au cas de silence des parties, il doit recourir aux règles découlant de l'équité, considérées comme l'expression de leur volonté implicite. Un lien existe entre l'obligation de réaliser le transport d'un voyageur et l'obligation de conduire ce voyageur en bon état, assez étroit pour que l'on puisse penser que les deux obligations n'ont pas été séparées dans la volonté des parties." (7)

(7) Ob. cit. pág. 166-170, nrs. 152, 153, 154.

Não é outra a lição de Eduardo Espinola ao ensinar que a apreensão da responsabilidade do transportador entre nós sempre obedeceu ao princípio do "receptum" consagrado no édito pretoriano, princípio este pelo qual se orientaram tôdas as legislações modernas como base das obrigações resultantes do contrato de transporte em geral, compreendendo na sua extensão atual a incolumidade da pessoa como obrigação imposta ao condutor. ⁽⁸⁾

Como observa o ilustre Aguiar Dias,

"A doutrina repele uma definição estreita dessa garantia, conforme a qual a obrigação do transportador se limitaria a assegurar que agiu de acôrdo com o padrão do homem prudente e diligente para estabelecer que o dever de incolumidade é obrigação determinada de não causar acidentes e não simples obrigação geral de prudência e diligência. Mazeaud et Mazeaud explicam muito bem: "O transportado pretende que o transporte não seja para êle causa de acidentes; não só exige que o transportador aja com diligência, para evitar atrasos, mas também que se empenhe em conduzir-se com prudência para evitar acidentes".

Ê, pois, indubitável, face à teoria do risco, adotada pela Constituição Federal vigente, que basta que se comprove a existência do contrato de transporte e que o sinistro dêle resultou. Sòmente excluirão a responsabilidade do transportador o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva do passageiro.

A responsabilidade do Estado e a sua obrigação de indenizar o dano decorre, então, do inadimplemento do contrato de transporte.

O eminente professor Ruy Cirne Lima, com a segurança que caracteriza tôdas as suas lições, escreve a respeito da responsabilidade da Administração:

"A responsabilidade da pessoa administrativa funda-se, nesse caso, em uma falta — não atribuível a um agente determinado, — mas à organização e funcionamento do serviço. Ê o que se denomina a falta do serviço.

A noção de falta do serviço implica, entretanto, certa imputabilidade do serviço público, que não é, sem dúvida, considerado pessoa distinta da Administração, mas que, sob êsse aspecto, é havido como se fôra uma pessoa. Bem é de ver-se, realmente, que a responsabilidade não

decorre de um fato do serviço (como se êste fôra uma cousa), mas de uma falta do serviço (como se êste fôra uma pessoa). No caso do dano produzido pelo jôrro d'água, saído de um cano de abastecimento rompido, o fato da cousa poderia talvez atribuir-se a caso fortuito. A falta do serviço determinou, porém, a responsabilidade da administração. Exige, com efeito, a conceituação de falta do serviço que se veja, no Serviço Público, essa imanência de personalidade, tão sensível nas próprias filiais e sucursais das corporações privadas, que a sua organização especializada, de alguma forma, limita e circunscreve, dando-lhe quase expressão objetiva". ⁽⁹⁾

* Como já se ressaltou, é o princípio do risco que domina atualmente a doutrina da responsabilidade civil do Estado.

Orozimbo Nonato, em brilhante conferência proferida no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 27 de setembro de 1930, já acentuava o sentido moderno da teoria do risco no problema da responsabilidade. Dizia êle: "A velha noção romana e escolástica de culpa não basta mais às exigências da vida moderna e o direito deve e tem de procurar outros critérios, sem preocupações de ordem psicológica e tendentes a manter o equilíbrio das atividades e a segurança do comércio jurídico".

"As questões de culpa e de imputabilidade estão fora do quadro que deve traçar o legislador civil e, por isso, leis modernas consagram, em certos casos, um princípio digno de se generalizar a tôdas as relações civis: — deve pagar o dano o seu autor, bastando a causalidade objetiva que une o fato ao prejuízo." ⁽¹⁰⁾

A civilização moderna, determinando relações sociais cada vez mais complexas, e sujeitando as pessoas a uma amplitude de riscos, sem paralelo em outro momento histórico, exige princípios mais eficientes para regular a indenização do dano causado pelos instrumentos que ela criou.

A fórmula civilística da responsabilidade, baseada na noção subjetiva da culpa, não corresponde às exigências dos tempos atuais.

Marton, em passagem recordada pelo brilhante A. Ernesto Salas, resalta exemplificativamente as dificuldades de prova com que, não raro, se depara o prejudicado, que não consegue determinar a verdadeira causa do dano que sofrera e menos ainda identificar o seu autor pessoal, frente à complexidade de fatores concorrentes e a organização técnica dos serviços, caso em que, na expressão de Josserand, o acidente deve considerar-se anônimo.

(8) Responsabilidade civil das estradas de ferro e de outras emprêsas, in *Direito*, vol. III, pág. 10.

(9) *Princípios de Direito Administrativo*, pág. 193.

(10) Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva, in *Pandectas Brasileiras*, vol. 8.º, pág. 181.

É que a técnica mecânica e industrial moderna tem tornado cada vez mais vacilante a segurança da pessoa e mais difícil a prova da culpabilidade daquele que deu causa ao acidente. Josserand disse com muita justeza que “esta prova se torna cada vez mais difícil à medida em que o acidente se realiza de maneira mais mecânica e mais anônima: seria irrisório pedir à vítima de um descarrilamento, de uma colisão de trens, de um barco a propulsão mecânica, de uma electrocução, que provasse a culpa da companhia ferroviária ou do empresário. O axioma tradicional — “*pas de responsabilité sans faute prouvée*” — terminava de fato e na maioria dos casos por suprimir toda a responsabilidade: a regra de direito era neutralizada por sua falta de praticabilidade. (11)

A transformação que se opera nesse terreno, “permite conciliar, entre o sistema da responsabilidade moral e o sistema do risco, sob o signo do bem comum, interesses diversos que merecem consideração.”

A culpa e o risco criado pela atividade humana envolvem problemas e noções que se harmonizam e se completam. A culpa envolve uma atitude moral da pessoa que, por agir com imprudência, negligência ou imperícia, se torna autora de danos e prejuízos ao direito do próximo. O risco criado, gerando também a obrigação de indenizar, se produz em consequência de atividade lícita da pessoa, na qual não se chega a identificar a falta ao dever de prudência e diligência a que está obrigado o homem no meio social. O conceito da culpa e do risco estão intimamente ligados ao mesmo mundo natural que cerca a pessoa. Relativamente à culpa se pressupõe que os fenômenos que se produzem como efeito da ação humana, encontram-se numa zona ao alcance da inteligência e da previsão do homem, cujas relações e leis ele conhece, podendo, de certo modo, evitar as consequências prejudiciais. Relativamente ao risco, em que está inteiramente ausente a noção de culpa, o evento danoso pertence ao mundo de fenômenos naturais, cuja causalidade não foi ainda desvendada e fixada completamente pela inteligência do homem, o que impede a sua previsibilidade.

Na culpa, é o princípio moral que preside a obrigação de indenizar; na teoria do risco, são os efeitos sociais da ação que determinam o dever jurídico do ressarcimento. Através da teoria do risco, o direito protege o interesse lícito lesado pela ação involuntária do homem, porque ao lucro que este persegue pela atividade que o meio social proporciona, deve corresponder a obrigação de indenizar os danos causados no curso daquela atividade.

(11) Acdeel Ernesto Salas, La Responsabilidad por los daños causados por las cosas, Buenos Aires, 1945, pág. 23-24; Marton, Les fondements de la responsabilité civil, pág. 15; Ripert, Le regime démocratique, pág. 331; Louis Josserand, Cours, t. 2, n. 530; Saleilles, Accidents de travail, pág. 74. Antonio Cammarota, Resp. extracontractual, Buenos Aires, 1947, t. 1.º, pág. 17. Louis Josserand, Evolução da Resp. Civil, in Rev. Forense, vol. 86, pág. 548.

A responsabilidade constitui uma espécie de ônus que se liga ao benefício da livre atividade do indivíduo. Em se tratando do Estado, mais justo é o princípio do risco, determinando a sua responsabilidade civil, porque, como realizador do direito e protetor da pessoa, deve sempre ser obrigado a indenizar os danos causados pelos seus prepostos, na atividade a que se propõe.

Como acentua Jean Dabin, (12) encarando o problema da responsabilidade civil na moral e no direito,

“C’est que les points de vue sont différents: tandis que la morale cesserait d’être elle-même si elle se désintéressait de l’élément volontaire, qui est l’élément humain par excellence, l’organisation juridique est tenue d’envisager d’abord les effets sociaux de l’action. Or l’ennemi, ici, c’est le dommage, facteur de déperdition et d’insécurité; contre ce péril, il s’agit de mener la lutte par tous les moyens préventifs et répressifs que peut suggérer l’expérience, sauf à ne pas décourager l’action utile et modérée, source de progrès. Tel est le rôle de conciliation et d’équilibre de tout système juridique de responsabilité. Étant donné la fin poursuivie, à savoir le bien commun, et puisque, dans le domaine des intérêts purement temporels, l’État est en droit d’exiger, de la part des citoyens, certains sacrifices, pareille politique est aussi légitime aux yeux de la morale — la morale *politique* — que parfaitement conforme à la règle suprême de l’ordre juridique”.

A responsabilidade pelo risco deve ser, no entanto, a exceção; e, por isso, para que ela se constitua, será necessário que a lei o tenha previsto, como decorrência do fato, como uma espécie de culpa presumida. O que hoje está na área do risco, amanhã situar-se-á na esfera da culpa.

(12) in “La Philosophie de l’ordre juridique positif”, Paris, 1929, pag. 554-55.