

JUIZO DOS FEITOS DA FAZENDA MUNICIPAL

ACÇÃO DE PERDAS E DAMNOS

DE

Antonio Martins Marinhos

CONTRA

A Fazenda Municipal

RAZÕES FINAES

Limitou-se a Ré a treplicar por negação (fls. 28 v.); de modo que ás laconicas proposições articuladas na contestação de fls. 23 se reduz quanto por parte da defesa se contém nos autos.

Seguil-as, pois, uma por uma, oppondo-lhes á brevidade infundada e inconcludente a evidencia material e juridica da causa, será, se nos não enganamos, o melhor methodo, para firmar de facto e de direito a nossa intenção.

Nessas allegações, que traçarão, o rumo ás nossas, pretende a ré:

I Que o auctor carece de titulo legitimo, para o ser na acção pendente (1);

II Que a acção, por sua vez, carece de fundamento:

1º. porque o auctor violara o destino da concessão, explorando-a fóra dos termos estipulados (2);

(1) Ver estas razões, pag. 5-9.

(2) *Ib.*, pag. 11-18.

2º. porque, transgredindo as leis da hygiene publica, obrigara a ré a átalhar o abuso, contra cuja cohibição reclama (3);

3º. porque os actos, de que se queixa, são, na sua generalidade, legaes, e, onde o não são, só poderão envolver a responsabilidade civil do funcionario culpado. (4)

Rebateremos successivamente essas evasivas, demonstrando a responsabilidade civil do municipio, quer á luz dos principios da culpa aquiliana, quer á dos da culpa contractual. (5)

(3) *Ib.*, pag. 19-31.

(4) *Ib.*, pag. 33-36.

(5) *Ib.*, pag. 87-93.

I

FALTA DE TITULO

«O auctor não provou ter titulo legitimo, para propor a presente acção e muito menos ter interesse juridico para se pretender ferido pelos actos da municipalidade, contra os quaes reclama.» fl. 23.

Na culpa, contractual, ou extracontractual, base da acção de perdas e danos, o elemento necessario é o *facere aut non facere contra jus*, a lesão de um direito.

Na hypothese, o direito, que se averba de lesado, é o do auctor como proprietario do mercado da Gloria.

O «titulo legitimo, para propor a presente causa», pois, era o de senhor daquella propriedade. Ora, a petição inicial já se apresentou instruida com a escriptura de fls. 7, instrumento pelo qual, aos 29 de janeiro de 1896, a companhia Obras Publicas e Emprezas do Estado de Minas Geraes transferiu

solememente ao A. o dominio e posse daquelle predio.

Senhora daquelle immovel desde 1890 (fl. 8), a compradora o vendera ao A. em 14 de janeiro de 1891 (1) pela quantia de que nessa data lhe passou recibo, sendo o contracto approved, aos 4 de julho de 1894, em assembléa geral da sociedade vendedora, cuja acta se publicou no *Diario Official*, e esta inscripta em notas do cartorio, por onde se lavrou a referida escriptura (fl. 8 v. e fl. 9), destinada a dar fórma solemne á venda contractada e paga dois annos antes.

Mas, se na sua materia e fórma é irreprensivel essa escriptura; se ella consigna em termos absolutos a compra pelo A. do mercado da Gloria; se não pode haver meio de aquisição mais efficaz do que a compra e venda, quando o vendedor é pessoa habil para vender e o comprador idonea para comprar; se, tractando-se, emfim, de damno aos direitos de um proprietario no uso e gozo de um immovel, o criterio da competencia pessoal, em quem demanda a reparação, consiste na prova da propriedade, ou da posse, não atinamos, para mover este litigio, que outro titulo se poderia offerecer mais legitimo do que a escriptura exhibida.

(1) Docs. a fls. 8 v., fls. 65 v. e fls. 67 v.

Não acertamos, pois, com a decifração do mysterio, a que allude o passo transcripto, salvo se elle calcula jogar, quando a Ré descubra as suas baterias, até agora discretamente mascaradas, com a anterioridade dos factos, onde a petição inicial põe a origem do damno, fixando-os em 1892 e 1893, á compra do predio em questão, concluida em 1891, mas solemnizada em 1896.

Se isso é, porém, o que a R. cogita em arguir (e não lhe vemos outra possibilidade), na propria escriptura de fl. 7 se encontra peremptoria a resposta. Attesta, com effeito, esse documento, em termos formaes, que a Companhia Obras Publicas e Emprezas do Estado de Minas Geraes vendeu ao A. «todo o dominio, direito, posse e senhorio», que nesse predio tinha,

«comprehendendo nesses direitos o que pertencia a ella outorgante vendedora de reclamar indemnização pelos prejuizos resultantes do fechamento das casas comprehendidas no mesmo edificio, e intimação indebita aos locatarios para se retirarem, com prejuizo de todos os alugueres, e mais tarde occupação forçada por ordem do governo ». (Fl. 9.)

Ora, quando, em 1892, o prefeito, a titulo de exigencia de salubridade municipal, ordenou que se desoccupasse o mercado da Gloria, era sua dona aquella companhia, que o houvera por compra desde 1890 (fl. 8), e a ella por isso dirigiu a prefeitura a intimação para esse effeito. (Fl. 15.)

Proprietaria do immovel e lesada pelo procedimento culposo da auctoridade local, a Companhia Obras Publicas e Emprezas do Estado de Minas Geraes era a titular do direito á indemnização pelas perdas e damnos.

Cedendo ella, portanto, ao A. esse direito, pela mesma escriptura em que lhe vendeu o immovel, para o A. se transferiu, com a propriedade deste, o titulo daquelle.

Nesse titulo se estriba a acção pendente.

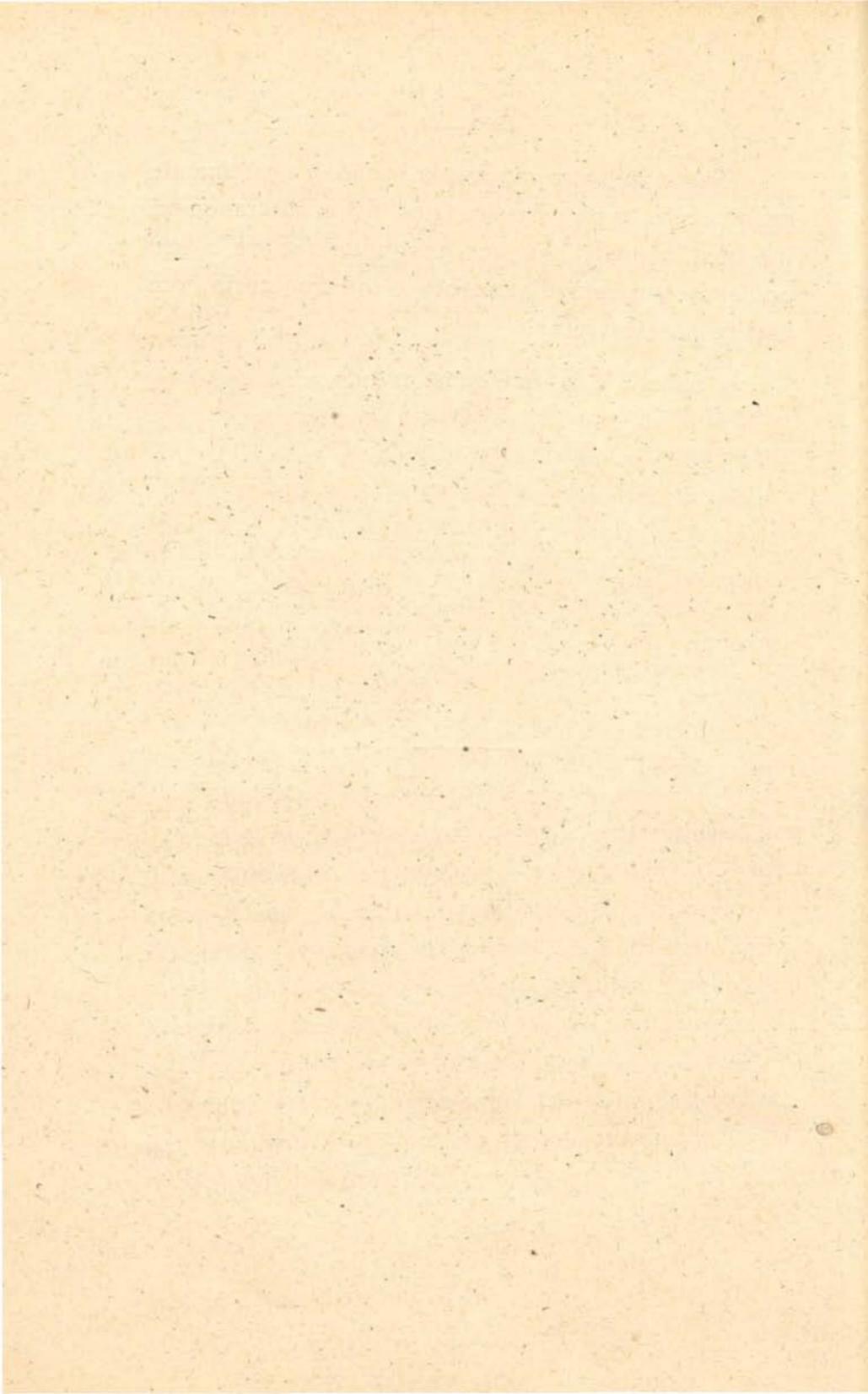
Que outro se imaginará mais legitimo?

Mas, se, por clausula expressa e cathgorica de uma escriptura solemne, ao A. ficou pertencendo, como á sua primitiva dona pertencia, o direito a reparação pelos actos do prefeito municipal em 1892 e 1893 contra o mercado da Gloria, não estará *especificadamente* demonstrado com isso o seu «interesse juri dico, para se pretender ferido por esses actos»?

Que laia de «interesse juridico» será, logo, essa, que a R., com o seu «muito menos», argue o A. de ter deixado por provar?

Negar de mais não revela senão o systema de negar, cujo typo classico nos ficou na franqueza inteiriça daquelle réo, que, perguntado sobre o seu nome, fechou immediatamente o interrogatorio com esta resposta ao juiz :

« Saberá V. S. que eu nego tudo. »



II

CULPA DO AUCTOR

§ 1º

Infracção do contracto

«O alludido predio tinha grande parte ou a maior dos seus compartimentos occupados por misteres diversos d'aquelles, a que eram destinados » (fl. 23)

E' antiga, da parte da Ré, a pretensão de honestar com essa evasiva os seus abusos contra os proprietarios daquelle immovel. Vai já por doze annos que, por ella provocados, os tribunaes se tiveram de pronunciar sobre o valor desse pretexto, e então o assumpto ficou para sempre decidido por um aresto, que, entre os concessionarios do mercado da Gloria e a municipalidade, constitue *res judicata*.

E' o que provaremos, avivando-lhe a memoria, com a certidão ora junta sob n. 1. Nella se exaram

as peças capitaes da acção ordinaria, onde se proferio esse julgado, cuja especie succintamente recordaremos.

Intentou a camara municipal desta cidade, em julho de 1886, contra a Companhia da Praça da Gloria, a quem a Companhia Obras Publicas e Empresas do Estado de Minas Geraes comprou depois esse immovel, mais tarde vendido ao A., um pleito, com o declarado intuito de annullar a concessão feita, em 1852, a Ignacio de Barros Cajueiro, constructor do mercado, e chamal-o, sem indemnização alguma, ao patrimonio municipal, em razão de não ter o concessionario dado áquelle predio o só destino, a que se suppunha adstricto. Obrigara-se Cajueiro, allegava o libello, «a construir, além de obras, uma casa para mercado, com as condições constantes da respectiva planta » ficando « investido em funcções e direitos », aos quaes correspondiam certos « deveres ». Mas, continuava a camara municipal, « não serviu o edificio construido para o mister, para que foi levantado; e, em vez de mercado, é um vasto cortiço, fóco de infecção, dentro da área prohibida a taes habitações ».

Respondendo ao allegado, contestava o concessionario, mostrando que « todas as suas obrigações tinham sido pontualmente cumpridas », e, se se mallograra o plano de estabelecer alli o mer-

cado, que se projectava, a culpa era só e só da municipalidade.

Transcreveremos :

« Com relação ao mercado a obrigação unica, contrahida pelo empresario, foi a da construcção do edificio para esse fim destinado e nas condições prescriptas, como effectivamente se acha construido, e nunta a de abastecimento do mesmo mercado, nem muito menos a da concurrencia diaria de vendedores e compradores de fructos, legumes e outros generos alimenticios.

« Se effectivamente não funccionava no edificio construido uma praça de mercado, nenhuma culpa cabe ao empresario, nem á companhia cessionaria, que não se sujeitariam a um impossivel, qual o de coagir uma parte da população a levar para alli os seus generos e outra ir abastecer-se delles.

« A responsabilidade do insuccesso, aliás *todo em detrimento dos interesses da Ré* » (a cessionaria do

mercado), «corre inteira e exclusivamente por conta da A., *que nunca cogitou da realização das obras complementares do mesmo plano*, as quaes se tornavam indispensaveis ao fim, que se tinha em vista, taes como a remoção da grande quantidade de pedras, que obstruem o littoral, e a construcção de uma dóca para abrigo das pequenas embarcações, que se destinam ao trafego de um mercado publico, sendo facil de ver que ellas não encontram a precisa segurança, nem as facilidades de embarque e desembarque dos generos transportados, no ponto de que se trata, totalmente desabrigado e combatido da violencia do mar, maximé durante as resacas que frequentemente se manifestam em a nossa bahia.

«Concluidas, como desde longos annos se acham as obras estipuladas no contracto, as unicas a que se sujeitou o empresario, *só depende da vontade do A. a mauguração do mercado*, bastando que se disponha a remover os embaraços apontados.

«Se uma não pequena parte do edificio serve actualmente de habitação para as classes pobres, é porque a Ré, bem comprehendendo os seus interesses, entendeu não dever deixar em pura perda e absolutamente estacionarios os avultados capitaes, que alli dispendeu, sem rendimento algum, emquanto não fôr permittido dar ao mesmo edificio o destino, para que foi levantado.

«Assim procedendo, tem a Ré usado de um direito, desde que se trata de uma propriedade exclusivamente sua.»(Doc. n. 1)

Na vistoria, a que se procedeu, concordes declararam os peritos :

«Que o contracto de fl. 14 teve plena execução por parte do contractante J. de B. Vieira Cajueiro, hoje representado pela companhia, quanto ás obras que deviam ser construidas.

«Que os logares do caes destinados para embarque e desembarque não estão abrigados para dóca, ou

outra qualquer obra d'arte, que sirva de ancoradouro ás embarcações, que os procurarem para abastecimento do mercado, estando, portanto, expostas ás resacas e violencias dos temporaes, sem offerecerem nenhuma segurança e precisas facilidades de abrigo e desembarque as referidas embarcações.

«Que o edificio está com os precisos elementos, para funcionar como mercado.

«Que facilmente se comprehende que o rendimento actual do edificio, proveniente dos alugueres que pagam os locatarios, é naturalmente inferior ao que poderia ser, se nelle funcionasse um mercado regular; sendo certo que, nesse caso, alem dos maiores alugueres a posse de cada banca custaria luvas, que só por si constituiriam avultada renda.»

(Doc. n. 1).

Nenhuma prova adduzio a seu favor a camara municipal. Tão leviano era o seu tentamen de se apoderar do alheio, additando a sua fazenda com a aquisição gratuita de um edificio valioso, erigido a custa

alheia, e a reabsorção violenta dos terrenos, que para essa construção ella propria vendera aõ edificador. E' que as pessoas publicas, entre nós, ainda não esqueceram a moral do «errar e agarrar», legada ás nossas auctoridades fiscaes pelo erario d'el-rei.

Mas, como entre a bolsa dos particulares e a mão do fisco ainda ha juizes, o da primeira vara civil, em 3 de março de 1886, proferiu sentença, denegando á municipalidade todo o direito pleiteado, e reconhecendo expressamente á Ré o de alugar para casas de habitação os aposentos daquelle edificio, emquanto o municipio não cumprir, de sua parte, os compromissos, a que se empenhara, para lhe dar as condições essenciaes á sua exploração como praça de mercado.

Eis as palavras do magistrado nessa decisão :

«Ficou patente que o edificio construido tem o caracteristico de mercado publico, de accordo com os estylos da epocha em que foi construido e com todos os elementos essenciaes para promover o mercado, tendo sido, portanto, observada a clausula do contracto.

«O facto de ahi não funcionar o mercado não é por culpa da Ré, que

não pôde obrigar a população a ir alli pôr a venda os productos de sua lavoura ; facto esse, que não lhe deve prejudicar, pois que, segundo respondem os peritos, os seus lucros seriam maiores, se ahi funcionasse tal mercado. » (Doc. n. 1)

A esta sentença não se oppoz a camara condemnada, antes formalmente a acceitou, desistindo, por termo nos autos, dos recursos leaes. (Doc. n. 1)

E' materia julgada, pois, e com o explicito assenso da Ré, a faculdade, para os senhores daquelle predio, emquanto a camara não construir o caes e a doca, de usufruil-o por aluguer de seus commodos para moradia particular.

A tal respeito já não lhe era licito suscitar questão, se ainda não foi revogado o principio de que a coisa julgada constitue lei entre as partes.

Infracção da Hygiene

« Os actos da municipalidade foram tendentes a impedir que o mercado da Gloria se tornasse um fóco de molestias infecciosas.

« O alludido predio . . . achava-se em deploravel estado sanitario . . .

« A Ré não póde ser responsavel por actos praticados pelo proprio A., que, se tivesse obedecido ás prescripções hygienicas (por si ou por seus antecessores na posse do immovel), certo teria evitado os factos, de que se queixa. » (Fl. 23.)

Já em 1886, no pleito com que nos acabamos de occupar, se soccorria a camara municipal á fabula da insalubridade desse predio, da sua influencia de-leteria sobre a visinhança.

Dê «fóco de infecção» qualificava-o, naquelle tempo, o advogado do municipio, e assim o torna

a classificar hoje o municipio, chamando-lhe, pelo seu illustre procurador, «fóco de molestias infecciosas» (Fls. 23.) Daquella vez terminou a pendencia sentençaando a justiça «não existirem fócos de infecção» (doc. n. 1), verdade que o municipio subcreveu, conformando-se solememente com o julgado. Desta, não tendo feito mais que reincidir na mesma inexactão, terá de receber, pela prova dos autos, a mesma repulsa.

A duas vistorias se procedeu no feito, uma de engenheiros, outra de medicos; e em ambas a opinião predominante se volta de todo em todo contra a Ré, tendo os dois desempataadores, na primeira, como na segunda (fls. 126 e 127), abraçado a opinião dos peritos favoraveis ao A. (Fls. 74, 77, 105 e 116.)

Interrogados pelo representante da fazenda municipal acêrca do abandono, em que se achava o predio, e a epocha, de que devia datar essa condição, os engenheiros (fls. 108 e 127) opinaram que de tres ou quatro annos pouco mais ou menos, isto é pouco mais ou menos de 1892, tempo em que o prefeito o mandou fechar (fl. 15), se considerarmos que as vistorias se effectuaram em 1896. (Fl. 77.)

«A deterioração do predio», affirma o voto predominante dos engenheiros, «é devida ao abandono, em que tem estado, e ás consequencias desse aban-

dono.» (Fl. 76.) Se grande parte do edificio está hoje em « condições de insalubridade », esta situação attribuem-n'a elles á « falta de conservação » inherente ao desamparo, em que se deixou ficar o edificio. (Fl. 75 v.)

A contraprova desta presumpção, o signal certo da sua veracidade, revela-se no facto de que as partes do predio subtrahidas á medida municipal, isto é, continuadas a alugar, se encontravam perfeitamente habitaveis.

« Os quatro compartimentos actualmente occupados », certificam os medicos (fls. 127), « acham-se em bom estado de conservação e asseio, attestando que são objecto de constantes cuidados por parte do proprietario ou locatarios. »

O mesmo dizem os engenheiros :

« Os aposentos, que continuaram occupados, apresentam actualmente um estado regular de conservação. » (fls. 75 e 126).

Mas se, em um predio, que até o engenheiro menos desfavoravel á Ré, o seu perito, confessa de « solida construcção » (fl. 70), feito com « material de primeira qualidade » (fl. 71), se em um predio construido todo elle na mesma epocha e todo uniformemente, a deterioração da parte abandonada contrasta com a conservação da parte habitada, não é logica a illação de que o abandono deteriorou a primeira, e a

presença de habitantes conservou a segunda? Não é irrecusavel a consequencia de que a parte habitada apresentaria os mesmos estragos que a outra, se estivesse como ella deshabitada? Não é fatal a illação de que á ausencia de moradores, á desoccupação, ao abandono deve a parte desoccupada a sua damnificação actual?

Evidentemente. Por isso, perguntados «se a deterioração do predio é, ou não, devida ao abandono, em que tem estado, e á consequente falta de conservação», responderam os engenheiros (fls. 76 e 126) affirmativamente.

Entretanto, ainda quanto á parte do edificio abandonada, os cuidados e reparos agora mesmo necessarios para o repôr em condições de habitabilidade normal são de natureza tão accessoria e tão facil exequibilidade, que, certamente muito mais faceis cinco annos atraz, quando o prefeito ordenou a desoccupação geral do predio, deixam manifesta a precipitação, com que obrou essa auctoridade, começando pela medida extrema, antes de intimado o proprietario a melhorar o estabelecimento consoante os reclamos da hygiene municipal.

O proprio perito da municipalidade, na vistoria dos engenheiros, reduz «os reparos necessarios para tornar habitaveis os aposentos, que os não são, fazendo-os iguaes aos que estão occupados» ao

concerto de telhados, vidraças e mezaninos. (fls. 70 e 71 v.)

Medicamentemente considerada essa parte da construção, eis como opina a seu respeito o laudo vencedor:

« Se os commodos do pavimento inferior, calçados com lages, não se prestam a habitação, servindo, porém, para pequenos estabelecimentos commerciaes, os commodos do pavimento superior, convenientemente limpos e reparados, pela sua capacidade, pela sua exposição á luz, sufficientemente ventilados, prestam-se a habitação, desde que seja a sua lotação fixada.

« Não constituirão taes compartimentos o ideal hygienico em materia de habitação; mas, em uma cidade como a nossa, dotada de tão poucas casas para pessoas menos ábastadas, ou operarios, onde as existentes, salvo algumas excepções, são constituídas pelas nefandas estalagens e immundos cortiços, onde, além disso, os terrenos já attingem preços fabulosos, são elles toleraveis,

como o são nas capitaes civilizadas com assentimento de competentes hygienistas. (Fl. 107 e v.)

No mesmo sentido se enuncia ainda, a fl. 111 e fl. 114, esse parecer, o adoptado pelo arbitro desempatador.

Estudando em partícular cada uma das condições de salubridade do edificio, o laudo predominante só estabelece reservas quanto ao systema de esgotos.

Entretanto, não o reprovava em absoluto. «O systema de esgotos do edificio *não é completo, e deixa a desejar* sob o ponto de vista hygienico.» (Fl. 108 v.) Reconhece aliás que «o systema adoptado é *o melhor sob o ponto de vista hygienico.*»

Censura-o, comtudo, em razão de ser «máo o estado de conservação das latrinas», de «não serem ellas convenientemente ventiladas no syphão», de «não funcionarem com precisa regularidade», e de só existirem oito, quando eram necessario mais tres. (Fl. 108 v.) Mas, desses quatro reparos, como se vê, o ultimo faz o calculo das latrinas precisas para duzentas e vinte pessoas, isto é, figura habitado o predio na plenitude da sua lotação, e os demais (acção irregular das caixas de lavagem, insufficiencia de ventilação nos syphões e conservação

incompleta das latrinas) eram susceptíveis de remedio prompto, se o prefeito o exigisse, em vez de começar pelas do cabo. Antes de se abalançar á providencia radical, mandando fechar o edificio, não estava o bom senso, a prudencia, o respeito ao direito alheio indicando que se notificasse o dono da casa a melhorar as latrinas?

Que pede mais a hygiene? Agua? Ar? Luz? De agua o edificio « é abastecido », affirmam os peritos vencedores fl. 115 e fl. 117, necessitando apenas de « mais ampla distribuição de accordo com os fins a que foi destinado ». (*Ibid.*) Ar não lhe falta : « Os commodos superiores da praça do mercado da Gloria são providos de ar sufficiente para o arejamento interno, *com as portas e janellas fechadas* ». » (Fl. 114.) Duzentas e sessenta e oito portas conta o predio e outras tantas janellas (fl. 116), sendo que « a disposição fronteira destas e daquellas é a melhor, sob o ponto de vista hygienico, garantindo aos differentes commodos a ventilação natural. » (*Ibid.*) Luz? « A profusão de portas e janellas, de que é dotado o edificio, a situação d'elle em uma praça, a feliz disposição das portas e janellas, a ausencia das detestaveis alcovas, infelizmente tão frequentes nas casas desta capital, auctorizam a affirmar que o edificio é dotado de bastante illuminação natural, condição essa de

grande valia hygiênica, no que respeita á sua sanificação». (Fl. 116 v.) Oiçamos agora em synthese o juizo dos peritos vencedores sobre o edificio e a medida municipal, sobre a coisa e o caso:

« Presumindo que as condições de habitabilidade de então fossem as mesmas de hoje, *não havia razão bastante para o fechamento do mercado, e sim deveriam ser prescriptas as medidas sanitarias necessarias.*» (Fls. 109 v. e 110)

Mas a vistoria se realizou em janeiro de 1897 (fl. 116 v.), e o mercado se fechou, ao aceno do prefeito, em novembro de 1892 (Fl. 15.)

Tinham mediado, pois, mais de quatro annos, em que o edificio, entregue ao abandono, convertido por muito tempo em quartel, sujeito, até, á acção de combates dentro e em torno d'elle, não recebeu o menor cuidado, e soffreu constantemente a influencia dos agentes mais destruidores: o tempo, o deleixo, a guerra. Indubitavel é, pois, que as suas condições de habitabilidade, em 1892, eram muito mais vantajosas do que em 1897. Logo, muito mais injustificavel havia de ser em 1892 a medida radical do prefeito, que ainda em 1897 a vistoria medica não justificava.

Entretanto em 1892 a prefeitura fulminava, com um traço do seu poder, a condemnação absoluta daquelle predio, apontado como «escandalo pertencente á ordem dos que não podem ser commentados» (fl. 15), quando, cinco annos mais tarde, a hygiene, representada por nomes de cujo alto valor dá copia o trabalho de fl. 105 a fl. 116, pronuncia a seu respeito este laudo: «Não ha razão, para ser reputado incommodo, ou perigoso á saude publica o edificio denominado praça do mercado da Gloria». (Fl. 110) E ainda: «Uma vez limpo e reparado, com a lotação determinada *não ha motivo poderoso e justificado, que legitime a clausura do edificio por insaneavel.*» (Fl 116 v.)

E desta verdade temos a próva pratica num factó irresponsivel, certificado pelos documentos aqui annexos sob ns. 2 e 3. De 18 de setembro de 1893 á 28 de novembro de 1894, isto é, durante mais de quatorze mezes, aquartelou naquelle edificio o 1º batalhão de artilheria da guarda nacional. Pois bem: o commandante desse batalhão attesta

que durante esse tempo, nenhuma das praças do seu corpo soffreu de molestia adquirida por más condições sanitarias do logar;

que entre os seus commandados só

se deram enfermidades de caracter commum ;

que nenhum caso alli houve de infecção, de epidemia, mesmo durante os dois periodos de febre amarella e colerina. (Doc. n. 2.)

Ainda mais: no decurso daquella quadra se estabeleceu na praça da Gloria uma enfermaria militar, e os doentes de infecções graves, adquiridas no serviço externo, iam recobrar alli a saúde, sem que houvesse um só caso de obito entre elles.

E' o que attesta o medico do corpo, o dr. Ignacio Francisco Goulart, no doc. appenso n. 3, assim :

«Exerci o logar de medico do 1º regimento de artilheria de campanha da guarda nacional durante o periodo de tempo em que esse corpo esteve aquartelado na praça da Gloria. Na enfermaria, que então se estabeleceu ahi no mesmo quartel, foram tratadas muitas praças do dito corpo, por soffrimentos e molestias contrahidas no penoso serviço de vigilancia do littoral e destacamentos em diversos outros pontos, onde faltavam

todas as condições de hygiene e alimentação, recolhendo-se á enfermaria, á qual acima me referi, muitas praças do regimento em estado grave por infecções diversas, sendo nellas medicadas, e tendo-se restabelecido todas, *sem que*, durante o tempo do meu exercicio clinico, *se tivesse dado um só caso de obito entre esses doentes.*»

Dest'arte, pois, a infecta praça, a cortiço pestilento, o escandalo da hygiene municipal, escapo não se sabe por que milagre ao camartello do presidente da intendencia, vingou-se da calumnia immerecida, prestando á legalidade, nos maus dias da revolta, obscura, mas excellentemente, os serviços de *sanatorio militar*.

Já é tempo de se lhe fazer justiça, e não continuar a confundir com as *Cabeças de Porco* o refugio hygienico, a cuja salubridade se acolhiam, em busca de vida e forças, essas victimas da vocação das armas na defesa do governo.

E' o que este solemnementemente acaba de fazer, comprando ao A. aquelle edificio, para aquartelar tropas.

Os actos do governo da União respondem aos do presidente da intendencia. O predio, que este

infama e inutilisa como incompativel com a saúde publica, a administração federal aproveita em serviços hospitalares, e acaba por converter em quartel.

Não se podia evidenciar melhor a leviandade, com que obrou a administração municipal.

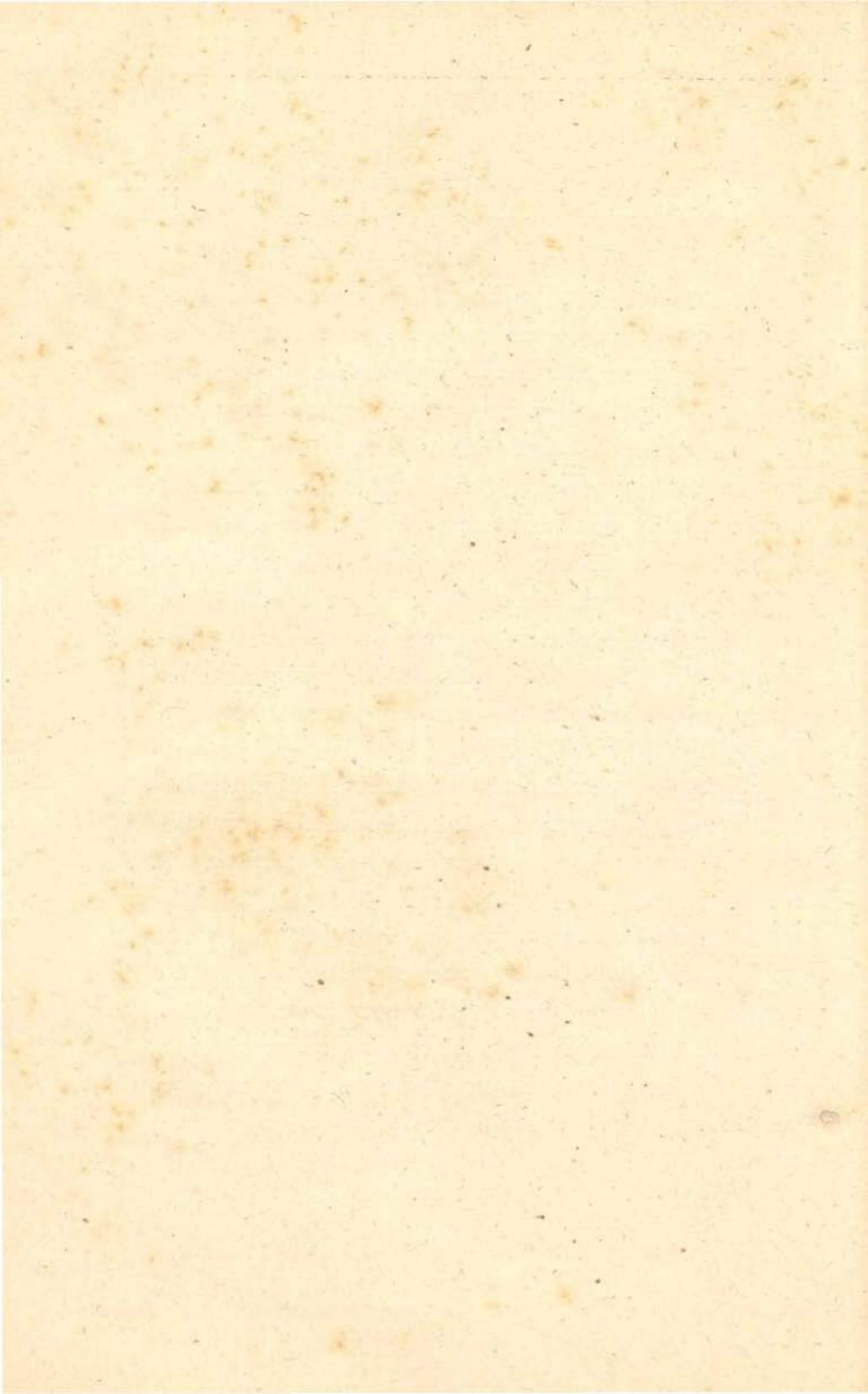
O que, porém, lhe aggrava ainda mais a culpa, é que, depois de vedar por inhabitavel e deleterio aquelle estabelecimento, intimando ordem absoluta de despejo aos locatarios e terminante preceito á arrecadação municipal de se não concederem mais licenças a quitandas e casas de negocio naquella praça, antes que o predio soffresse o menor reparo, ou melhoramente, antes que se alterassem de qualquer modo as suas condições de asseio e hygiene, diversos quitandeiros e negociantes lograram obter, mediante a paga do imposto, a faculdade, retirada pela interdicção geral ao proprietario, de occuparem compartimentos no immovel condemnado.

Não se retirou a prohibição, nenhuma notificação teve o senhorio de que ella cessasse, o edificio decahiu, pelo abandono, em limpeza e salubridade; mas já a intendencia achava um meio termo accomodaticio, para lhe reconhecer a habitabilidade, entrando em boa ayença com os inquilinos habeis em conhecer as entradas e sahidas á severidade municipal, aos cerbéros da sua medicina.

Só não mudára a situação para o proprietario; porque a infamação do seu estabelecimento subsistia, sellada pela interdicção sanitaria, o predio continuava para elle inutilizado, e, para exercer a inspecção de hygiene com todo o proveito esperavel dos bons propositos, á sua vontade, sem obices, como em casa sua, os agentes municipaes tinham ageitado traços de senhorear as chaves do predio, que tiveram por logradouro seu, guardando nelle animaes domesticos, e não as restituiram ao dono, ao A., senão mais de tres annos depois, em 19 de março de 1896, no acto da vistoria preliminar a este feito, como provado está com o depoimento de tres testemunhas (fls. 42-43, fl. 46 v., fls. 48-49), a primeira das quaes é o juiz que a essa diligencia presidiu. (fl. 42.)

Era, portanto, a praça da Gloria habitavel, ou inhabitavel, pestuada, ou sã, conforme a individualidade, o humor, ou a conveniencia dos funcionarios municipaes.

Por onde se patenteia que, onde faltava saúde, onde se padecia de má hygiene, era na administração municipal, já então começada a corroer pelos vicios, que afinal a tornaram a fabula da relaxação, da incompetencia e da anarchia, numa epocha em que tantos e taes são os candidatos á palma nesse concurso.



§ 3º

Responsabilidade do Municipio

« Os actos da municipalidade foram em geral legaes.

« Se na execução de alguns dos alludidos actos tiver havido excesso, ou violencia, por parte dos funcionarios della encarregados, destes, e não da Ré, deve o A. reclamar indemnização. »

(Contestação a fl. 23.)

Quer isto dizer: se são legaes os actos em questão, a sua legalidade absolve de toda responsabilidade o municipio; se exorbitaram da lei, o responsavel é o funcionario, que exorbitou. Por outra: em caso nenhum é, nem póde ser responsavel a municipalidade pelos actos dos funcionarios municipaes. Temos por deante, pois, nem mais nem menos, a theoria da irresponsabilidade absoluta da administração publica pelos factos dos seus empregados.

Em antagonismo com as tradições da nossa jurisprudencia, que nunca puzeram em duvida a responsabilidade civil do estado, reemerge agora entre nós das reacções impenitentes do interesse fiscal contra o direito essa doutrina exotica e irracional, «reproducção em figura moderna da antiga formula despotica da omnipotencia, da irresponsabilidade, da impeccabilidade do estado». (1)

Sob uma constituição, que timbrou em varrer até aos ultimos vestigios o antigo regimen, os appetites administrativos, recuando além do imperio, cujos tribunaes não hesitavam em reconhecer a responsabilidade civil da administração publica, agitam de novo as antigas pretensões do erario colonial. Renasce o dogma regalista da infallibilidade do soberano, transsubstanciado agora no governo da republica, nos estados, nos municipios, nos herdeiros democraticos da irresponsabilidade civil dos Cesares, sob cujo systema era sacrilegio duvidar que o principe tivesse feito nos seus representantes uma selecção immaculada (2), ou suppor que lhes houvesse

(1) MEVOCI: *Instituzioni di diritto amministrat.*, 1892, pag. 278.

(2) «Il sistema dell' irresponsabilità dell' amministrazione publica ha le sue tradiziozi alte. Era il sistema dei *regalisti*, che proclamavano la *impeccabilità* del sovrano, e dicevano sacrilegio il dubitare che il Principe avesse scelto non degnamente i suoi rappresentanti. E soggiungevano: Il Principe non doversi presumere mai aver dato il mandato a mal fare.» MEVOCI, *Dir. amministr.*, pag. 244.—L. d. De crim. sacr. L. 1, C. D. divers. rescr. (1, 26).

dato o mandato de malfazer. Tenta-se dest'arte acclimar sob as instituições republicanas uma noção iniqua e extorsiva, que só se concilia com o despotismo e a absorpção do individuo pelo estado. (1)

Nenhuma theoria é menos juridica e mais exicial que a desse grave erro de direito, diz CHIRONI, pelo qual se entregão à incerteza, ao mysterio, ao arbitrio de uma das partes as relações contrahidas pelos particulares com o estado, que, contra o movimento social dos nossos tempos, se superpoz dest'arte à lei civil, lei geral, da garantia commum nas obrigações reciprocas entre os individuos e o poder. (2) «O sustentar em geral que o estado, a administração publica, não deve responder pelo facto dos seus funcionarios equivale a destruir de todo as obrigações da administração, contra a essencia e o

(1) «Lo Stato non può nell'esercizio della propria gestione ledere gli altrui diritti, senza essere obbligato a risarcire il danno... Un concetto diverso ripugnerebbe non solo alla ragione e alla naturale giustizia, ma non potrebbe predominare, che in un regime dispotico, in cui lo Stato è tutto e l'individuo è nulla.» Cassa. di Roma, sent. de 19 dezembro de 1875. *Raccolta*, 1878, pag. 158, parte 1^a.

(2) «La teorica della irresponsabilità assoluta dello Stato superiore al codice civile è senza dubbio affermazione di un grave errore giuridico.» CHIRONI: *Colpa extra contrattuale*, v. I, n. 240, pag. 364.

«Nessuna teoria è meno giuridica, e più ericiale di questa. Non giuridica perché in materia di responsabilità per la colpa dei suoi funzionari lo Stato non può sottrarsi alle norme della legge civile, che è legge generale: i privati hanno diritto di conoscere gli effetti delle relazioni che possono stringere con lo Stato, e la teoria accennata tende invece a circondarle di oscura incerteza, como se questo possa a sua voglia violare la legge generale, protestando che mai i suoi atti debbano esserne regolati, e debba così avere in sua balia i diritti tutti dei particolari. Che poi questo teoria si esigiale, e dimostrato dal fatto ch'è contraria al movimento giuridico sociale tendente a definire le attribuzioni dello Stato in riguardo al suo fine: non dev'essere posto sopra la legge, deve andare soggetto.» CHIRONI: *Colpa Contrattuale*, ed. de 1897, n. 20, pag. 474.

escopo de todo instituto juridico, contra todo principio de razão, contra a propria lei positiva, que foi dictada especialmente para a declarar não só obrigada, senão obrigada por direito commum e mediante as vias processuaes ordinarias, a responder aos particulares por qualquer direito civil ou politico offendido. (1) Com effeito, se a publica administração contrae obrigações, só as póde contrahir por acto dos seus funcionarios.» (2)

Verdade seja que ninguem põe absolutamente em duvida a responsabilidade *contractual* do estado. Todas as theorias o apontam como responsavel pela culpa dos seus funcionarios, se ella é convencional. São unanimes as opiniões em que o governo do paiz, como as outras administrações publicas nelle existentes, responde pelos contractos, que em nome dellas celebrarem os seus empregados. (3) Mas, se e pessoa pública da administração é responsavel pelos actos dos seus agentes na celebração e execução dos contractos, se a obriga, nessa especie de actos, a culpa dos seus representantes, em virtude do principio de representação, que faz do facto do representante o facto do representado, não se concebe por

(1) Lei ital. do contencioso administrat., de 20 de março, 1865.

(2) MEUCCI : *Dir. amministrat.* pag. 255.

(3) CHIRONI : *Colpa contrattuale*, pags. 490, 531. MEUCCI : *Della responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche*. *Archivio Giuridico*, v. XXI (1878), p. 346, 353.

que motivo ha de cessar essa responsabilidade na culpa extra-contractual, quando, os actos, a que ella corresponde, originarios da funcção pública exercida pelo empregado como empregado, constituem do mesmo modo, innegavelmente, verdadeiros *actos de representação*. (1) «Se, pois, se admite, e ninguem por certo a nega, a responsabilidade directa das administrações por dolo e culpa contractual, necessario é admittil-a pela culpa aquiliana. São connexas as duas coisas. E a logica nos conduz a negar a responsabilidade contractual, desde que admitimos em principio a irresponsabilidade nos quasi-delictos.» (2) A ficção da identidade entre o representante e o representado é a mesma nas duas hypotheses: se desaparece, quando o representante, no exercicio da representação, viola direitos, não se atina a que deve, prevalecer, quando, no mesmo character, o representante contrae obrigações. (3)

Já no direito romano vamos encontrar entrevista a responsabilidade indirecta do ente moral pelos actos provenientes dos seus funcionarios no exercicio das suas funcções. (4) Actos do proprio Cesar

(1) CHIRONI: *Colpa contrattuale*, pags. 492, 525, 531.

(2) MAUCCI, *Archivio Giuridico*, XXI, p. 377.

(3) «Non si comprende perché quando il rappresentante contragga per l'interesse del rappresentato, la fizione della ideutità delle due persone valga; quando invece danneggi un altro per lo interesse stesso la fizione sparisca e reste in causa il solo rappresentante non più rappresentante.» *Ib.*, p. 363.

(4) *Ib.*, p. 365.

reputavam-se os dos seus representantes. (1) « *Quæ acta gestave sunt a procuratoribus Cæsaris sic ab eo comprobantur, perinde ac si ab ipso Cæsare acta sunt.* » (2) E, se não se póde affirmar que os romanos fizessem remontar até ao estado ou ás communas em si mesmas a responsabilidade pelos factos illicitos dos seus empregados, se essa responsabilidade terminava nos agentes directos e nos *nominatores seu creatores, id est qui aliquem ad duumviratum vel aliquod munus publicum nominant, idest creant suo periculo sua fide* (3), este principio bastaria logicamente, para os levar até á responsabilidade da administração. (4) Entretanto, não os levou : o estado, em Roma, não podia ser obrigado a comparecer em juizo (5); não respondia, logo, pelo damno feito aos particulares. Mas porque? Pelo principio da irresponsabilidade do poder, inherente aos absolutismos: *princeps a legibus solutus est*, (6) escrevia ULPIANO; e pelo facto da confusão de todos os ramos da auctoridade soberana, a legislativa, a executiva e a judiciaria, nas mesmas mãos. *Cogens et coactum requirunt distintas personas*, dizia GROCIO.

(1) Fr. 2, § 1 D. *quod melius causa*. Fr. 13 D. *de per. et comm.* T. C. *de magistratibus conveniendis*. CUIACIO in rubr.: f. 11 D. *ad municip.*; L. 6 C. *de mag. conveniendis*.

(2) F. 1 D. *de officio procuratoris Cæsaris*.

(3) CUIACIO, *Glos. ad f. 2, § 7 D. de adm. rer. ad civ. pert.* (L. 8.)

(4) MEUCCI, *Archivio Giurid.*, XXI. p. 379-380.

(5) MOMMSEN: *Dir. Public Roman*, 1887, p. 197, 200.

(6) Fr. 51. D. *de legibus*.

(1). Se a administração, cuja é a culpa do damno, se amalgama, nas mesmas mãos, com a lei, que tem de regel-a, e a justiça, que ha de julgal-a, impossível é a responsabilidade do estado: *nullus enim proprie cogitur a se ipso.* (2)

O direito publico romano era, portanto, incompativel com a responsabilidade civil da administração. Mas as constituições modernas crearam o estado juridico, a saber, a subordinação do governo á responsabilidade, e distribuiram as funções da soberania de tal sorte, que o acto publico lesivo de um direito privado «não resulta daquellé poder que lhe tem de julgar os effeitos, nem daquell'outro, por quem o direito se declara.» (3) Dahi, pela antithese entre a noção moderna e a noção antiga do estado, a introducção do principio ordinario da responsabilidade no dominio das relações entre o estado e os individuos.

Mas, se no organismo do direito romano não podia encontrar sancção juridica o principio da responsabilidade nessas relações, lá estava ao menos o seu elemento primordial na indemnização dos particulares em varios casos de expropriação por utilidade publica, indemnização realizada ora sob a fórma

(1) *De jure belli et pacis.*, lib. II, c. 14, n. 2.

(2) S. THOMAS: *Summa*, *Questio* XCVI, art. 5.

(3) PROVENZ. PALAZZO: *Teoria della responsabilità civile dello Stato per gli atti legali del potere* (1889), p. 13.

directa do pagamento do preço (1), ora sob a da exoneração de certos encargos communs (2), ora sob a de permuta entre o immovel tirado ao particular e um predio subtrahido ao dominio publico (3), comquanto, salvo uma novella de Justiniano, concernente aos bens das igrejas e mosteiros (4), não se nos depare, no corpo do direito romano, lei geral, que estatúa para a administração publica a obrigação de indemnizar o expropriado. (5) Realmente «uma lei de expropriação por causa de publica utilidade, que, regendo os casos vindoiros, esfreiasse o arbitrio do imperador, era incompativel com a maxima do *quod principi placuit, legis habet vigorem* ». (6) Entretanto, nessas excepções ao arbitrio imperial, nessas concessões ao direito de propriedade, estava lançada a semente do principio geral da indemnização nas expropriações, principio em cujas consequencias se encerra, em todas as suas applicações actuaes, o da responsabilidade do estado, pela culpa dos seus agentes.

Para este já se principiava a caminhar no baixo imperio, em que a regra da obrigação do empregado

(1) L. 53 C. Theod. *De oper. public.*, 15, 1.

(2) L. 1 C. Theod. *De aquaeductu*, 15, 2.

(3) L. 53 C. Theod. *De aquaeductu*, 15, 1.

(4) Nov. VII, c. 2, § 1.

(5) BELLAVITE: *Della responsabilità dello Stato nei danni aventi attinenza diretta od indiretta con esso* (1894), p. 24-25

(6) GAIO: I, § 5. — BELLAVITE, *ib.*

auctor directo do damno começou a ceder, quanto aos subalternos, á da responsabilidade do funcionario superior, arguivel de culpa na escolha, pelos actos dos inferiores. (1) Na idade media, ante o novo conceito da *universitas*, como entidade solidaria com os individuos componentes da sua existencia commum, opposto á idéa romana, que nas *universitates* figurava pessoas collectivas, distinctas, na sua representação moral, da somma das unidades physicas abrangidas no seu todo visivel, o dogma antigo da irresponsabilidade do estado pelos actos injustos dos seus agentes era insustentavel.

Se a communitate respondia pelos actos illicitos de todos os seus membros, a *fortiori* não se podia furtar a responder pelos actos illicitos dos seus empregados no exercicio da auctoridade, que a communitate lhes conferia. Era a consequencia, de que o direito medioevo se devia approximar, atravez das reacções, hesitações, distincções e contradicções naturaes á transição. Já no seculo quatorze se reconhecia obrigada a communa pelos excessos dos seus agentes, quando na selecção do empregado se verificasse a *culpa in eligendo*, restricção aliás a que repugnava a tendencia dominante na opinião, empenhada em estabelecer a responsabilidade geral da collectividade e

(1) BELLAVITE: *Op. cit.*, p. 34-35.

do estado pelos abusos dos seus agentes no exercicio dos poderes governativos.

Contra a amplitude dessa idéa liberal luctaram cerca de dois seculos os soberanos, cuja astucia, auxiliada pela subserviencia de certos juristas, deturpando em seu proveito uma instituição romana de direito privado, a *noxae-deditio*, forcejou por assentar a jurisprudencia de que o principe e a cidade se podiam subtrahir á reparação do damno causado pelos seus funcionarios, entregando-os á noxa, á acção penal. Mas já no seculo dezeseite se cessava de invocar essa falsa analogia entre a situação dos arremtantes de contribuições publicas em Roma nas extorsões commettidas pelos seus escravos e a da administração publica nos excessos dos seus empregados. Apenas se assentou que o estado não responderia pelos prejuizos dessa procedencia *ultra limites mandati officii sive prepositionis*. (1) Já MENOCHIO, STRYKIO e outros repulsam a these da responsabilidade absoluta do principe; já FARINACIO e outros admittem a responsabilidade official pelos factos da cohorte (2); já GROCIO compara os magistrados aos *procuradores e insittores*. (3)

(1) LOENNING: *Die Haftung des Staats aus rechtsvidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschen Privat- und Staatsrecht*. Frankfurt a. Mein, 1879, ps 24 sgs. 57, 39.—BELLAVITE: *Op. cit.*, p. 34-40.

(2) *Archivi giuridico*, v. XXI, p. 380.

(3) *De jure belli et pacis*, l. III, c. 22, § 4.

Ora admittida á situação legal do funcionario o character da relação institoria, a simples applicação do direito romano conduzia necessariamente á idéa actual da responsabilidade da administração publica pela culpa dos seus agentes ; visto que o *institor* não obrigava o preponente só *in contrahendo* (1), senão também *in delinquendo*, do que nos dá exemplo o caso da responsabilidade do padeiro pelo dinheiro do pão adeantado pelos freguezes aos seus empregados (2), o do libitinario (*mortuorum sepultor*), quando o servo *pollinctorem habueritisque mortuum spoliavtrit* (3), no do dono da pharmacia, se o institor *venena pro medicamentis vendiderit* (4)

Nestas premissas estava encerrado o principio da responsabilidade civil do estado, a cuja admissão plena o obstaculo não consistia tanto no estado das noções de direito em materia civil, no conceito incompleto e quasi rudimentar do ente moral e da pessoa juridica entre os romanos e os romanistas, ao que suppõe MEUCCI (5), como nas instituições politicas, na confusão da soberania com o governo, na encarnação da soberania no principe e na absorção

(1) « *Aequum est sicut comoda sentimus ex actu institorum ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri.* » ULPIANO. Fr. 1 D. de *institoria actione* (XIV, 3).

(2) F. 5, § 9 D. de *institoria actione* (XIV, 3.)

(3) *Ibid.*, § 8.

(4) VOER *ad Pandectas de inst. act.*—*Archivio giuridico*, XXI, p. 360.

(5) *Archivio giuridico*, XXI, p. 365.

pelo soberano de todos os poderes em uma individualidade irresponsavel. Esse principio não podia deixar de triumphar em toda a sua latitudo, com a nova feição impressa, nos nossos dias, ao organismo politico e a formula dada pelos codigos modernos á lei da responsabilidade civil. A resistencia governativa devia continuar, como tem continuado, não já na forma das instituições, senão na poderosa pressão dos interesses do erario e das forças do estado sobre os órgãos judicarios da administração e os tribunaes administrativos. Mas contra essas conveniencias e preocupações forçosamente havia de preponderar com immensa superioridade, na evolução scientifica e nas decisões judiciaes, o principio do direito commum.

O art. 1.384 do codigo Napoleão firmara em termos absolutos a responsabilidade dos patrões pelo damno proveniente de actos dos seus famulos e prepostos : « *Les maitres et les commetants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques e préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.* » Nesta parte o legislador francez adoptou a presumpção *juris et de jure* pela responsabilidade do preponente, recusando a este o direito á prova liberatoria de que o preposto *bonos mores mutavit in malos*. Meio seculo mais tarde o cod. civil italiano consagrava a mesma theoria dos quasi - delictos, e, definindo as relações

do contracto exercitorio, procuratorio, ou institorio, responsabilizava (art. 1. 153) « *i padroni ed i committenti pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali il hanno destinati.* »

Ora, em face desses textos se perguntava : o funcionario é, ou não, commissario da pessoa publica, por quem funciona ? A pessoa publica é, ou não, preponente do seu funcionario ? No espirito dos modernos legisladores o fundamento juridico da responsabilidade do committente já não era propriamente o mesmo que entre os romanos. Punham-n'os estes na selecção do preposto, mostrada na qual a ausencia de culpa cessava a responsabilidade. (1) Nos trabalhos preparatorios do codigo civil francez, porém, começou a se accentuar, em vez dessa, a idéa de *representação* como origem das obrigações do preponente pelo facto do preposto : « Accaso não é o serviço utilizado pelo patrão o productor do damno, que elle ha de resarcir ? » dizia o relator. E « nestas suas palavras se acha *inteira a razão da lei*. : o serviço, a obra feita no *interesse de outrem.* » (2) Ora, exercitando o *funcionario* um officio, em que se concretizam funcções do estado, ou da pessoa

(1) CHIRONI : *Colpa extra-contrattuale*, v. I, n. 175, pag. 290.

(2) *Ibid.*, pag. 275, n. 164.

publica regularmente constituida, a quem serve, claro está que, nessa qualidade, *representa* o ente, cuja personalidade por intermedio seu se manifesta e realiza. (1) Mas, se o funcionario representa a pessoa do estado, si *ejus auctoritas in causa futi, quare delictum commissum est*, porque se ha-de esse committente excluir da obrigação, geral a todos os committentes, pela culpa dos prepostos?

Por direito commum toda pessoa, *physica*, ou *moral*, que prejudique a outros no seu direito, pagará o prejuizo. « *Quarunque fatto dell' uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno.*» (Cod. civ. it., art. 1.151) « *Ognuno è risponsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche pel propria negligenza od imprudenza.*» (Ibid., art. 1.152.) « *Ciascuno parimente è risponsabile non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche pel quello che viene arrecato col fatto delle perione delle quali deve rispondere, o delle cose che ha in custodia.*» (Ib., art. 1.153.) Ora, o funcionario representa o estado, e o acto do representante é acto do representado: *Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum.*

Logo, a culpa do funcionario cae sob o principio

(1) CHIRONI: *Colpa contrattuale*, pag. 483.

de direito commum, a responsabilidade do committente, a menos que uma lei especial derogue, em relação ao estado, essa disposição geral. (1) «Se tal lei não ha, temos então deante de nós o factio juridico de um damno causado, que a lei não declara immune a responsabilidade» (2), e a que essa responsabilidade, logo, se ha de applicar segundo as regras da lei commum. « O principio da representação conduz, pois, necessariamente á consequencia da responsabilidade, não só directa, mas tambem *indirecta*, da administração publica. *Neste ponto se equipara ella a outra qualquer entidade moral.*» (3)

Nas disposições dos codigos hodiernos, que regem as questões de damno, culpa e responsabilidade, não ha, com effeito, excepções, ou reservas em prol da administração publica. « Todo committente responde pelo seu preposto. Ora, parece obvio que o estado é committente dos seus empregados. » (4) « Toda vez que», diz um sabio professor de direito italiano, « nas administrações publicas, o estado obra por meio dos seus agentes, ou empregados, os quaes de sua parte operam em nome

(1) PROV. PALAZZO: *Op. cit.*, p. 23.

(2) *Ib.*, p. 38.

(3) MEUCCI: *Archivio Giuridico*, v. XXI, p. 369.

(4) SANLAVILLE: *De la responsabilité civile de l'Etat en matière de postes et télégraphes* (Par., 1886), pag. 80.

FILIPPIS: *Il Filangieri*, an. II (1877). *Giurisprudenza*, p. 4.

e por conta do estado, este é committente e aquelle preposto, na estricte e juridica significação do texto do art. 1.153. » No dominio de taes relações, portanto, não se podia subtrahir o estado á jurisdicção do codigo civil. (1)

Verdade é que a esse corollario da regra fundamental no assumpto se tem desenvolvido por parte dos preconceitos administrativos tenaz resistencia, representada especialmente pelos advogados fiscaes, pelo tribunal dos conflictos e pelo conselho de estado em França, assim como pela maioria dos auctores de direito administrativo, educados em geral na escola estreita das tradições do erario. Mas o mesmo conselho de estado, não poucas vezes, naquelle paiz, reservando aliás a competencia para os tribunaes administrativos, tem pronunciado condemnações contra a administração como civilmente responsavel por accidentes devidos aos seus empregados. Ora, não ha tribunal, judiciario, ou administrativo, a que seja licito pronunciar uma sentença contra quem quer que fôr, quanto mais contra o estado, se não houver texto, que o auctorize. « Mas fóra dos arts. 1.382, 1.383 e 1.384 do codigo civil, nenhum texto edicta contra o estado essa responsabilidade. »

(1) «Le questioni sulla colpa sono sempre soggette al codice civile.» CHIRONI: *Colpa extracontrattuale*, v. II, pag. 7.

(1). Logo, são as disposições do código civil que o conselho de estado, em França, applica á administração publica, é a responsabilidade civil della o que elle reconhece.

Para obscurecer evidencia tamanha, era mister a pertinacia das tradições regalistas, que entretêm, na França, em estado chronico o conflicto entre a jurisdição administrativa e a dos tribunaes ordinarios (2); era preciso « essa influencia que o espirito de corporação exercita sobre as auctoridades governativas » (3) e « a lucta do poder contra as consequencias logicas dos principios juridicos ». (4) Mas fóra do meio onde actua a atmospheria administrativa, a doutrina da sujeição do estado, pela culpa dos seus prepostos, á responsabilidade de direito commum é a que reúne a generalidade das opiniões entre jurisconsultos e magistrados. E' a de BERTRAND DE GRENELLE, relatando os trabalhos do código perante o Tribunato, (5) a de ZACHARLÆ, AUBRY e RAU (6), a

(1) SANLAVILLE : *Op. cit.*, p. 79.

(2) DE FILIPPIS. *Il Filangieri* (1877). *Giurisprudenza*, p. 4.

(3) BONASI : *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli ufficiali pubblici secondo le leggi del regno e della giurisprudenza*. Bologna, 1874 Pg. 15².

(4) PROVENZANO PALAZZO : *Op. cit.* p. 6.

(5) Sessão de 16 pluviose anno XII (6 fev. 1803). *Loché*, v. XII, p. 42.

(6) « O estado, representado pelos diversos ministerios e administrações publicas, é, como todo committente, responsavel pelo damno, que causarem os seus empregados, agentes, ou serventuarios, no desempenho das suas funcções e serviços ». *Cours de dr. civ. franc.*, v. IV, § 447, p. 759.

de SOURDAT (1), a de DALLOZ (2), a de LAURENT (3), a de DEMOLOMBE (4), a de MARCADÉ (5), a de BAUDRY-LACANTINERIE (6), a de HUC (7), a de SANLAVILLE (8), a de BORSARI (9), a de RICCI (10), a de MANCINI (11), a de MEUCCI (12), a de DE FILLIPIS (13), a de BEL-LAVITE (14), a de PROVENZANO PALAZZO (15), a de WINDSCHEID (16), a de STOBBE (17), a de MEYER (18) e, afinal, a de CHIRONI, cuja obra exhaustiva e mo-

(1) *Traité génér. de la respons.*, v. II, p. 400.

(2) *Répertoire. V. Responsabilité*, ns. 554 e segs.

(3) *Principes*, v. XX, ns. 418 e segs., 493, 592 etc.

(4) *Cours de Code Napoléon*, vol. XXI, n. 523.

(5) Vol. V, p. 271. Acerca do art. 1384.

(6) *Précis de droit civil* (1882), v. II p. 923, n. 1292.

(7) *Commentaire théor et prat du code civ.*, vol. VIII, n. 447.

(8) *Respons. civ. de l'E'tat en mat. de postes et de télégr.*, ns. 34-6. p. 73-84.

(9) *Commentario del Codice Civile.*, v. III, parte II, p. 350

(10) *Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti*, t. III, c. IV, p. 533-581, ns. 289, 310.

(11) Projecto na camara dos deputados, Italia, em 25 de novembro de 1866, art. 4. Apud Meucci, *Diritto amministrat.* (1892), p. 20.

(12) *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 241, 314. «Noi crediamo che la responsabilita indiretta si convenga allo Stato, come ad ogni altro ente giuridico, senza distinzione di rappresentanza, poste soltanto le condizioni che si riferiscono alla indole del rapporto institorio, non alla qualità della funzione dello Stato.» P. 271-2.

(13) *Il Filangieri* (1877). *Giurisprudenza*, p. 2-7.

(14) *Della responsabilita dello Stato nei danni aventi attienza causale diretta ad indiretta con esso*, p. 50 segs.

(15) *Teoria della responsabilita civile dello Stato per gli atti legali del potere.* Palermo, 1889.

(16) *Pandekt.*, § 470 e 765.

(17) «Quer o funcionario contracte como representante do fisco, quer exerça a sua acção no caracter de servidor ou preposto do estado, como o faria no interesse de outro preponente, são applicaveis ao caso os principios de direito privado concernentes á representação: o estado fica adstricto aos contractos, se o funcionario procedeu na esphera dos seus poderes, e responde pelo dolo ou culpa de quem o representa. Outrosim, se o funcionario exerce, não como representante, senão como orgão do estado, as soberanas attribuições a este incumbentes, e já por actos illegaes, ou inadvertidos, já por omissões offensivas do seu dever, acarretar damno a outrem, obrigado é tambem o estado a resarcir o damno; porquanto, não actuando jamais senão pelos seus funcionarios, não responde, para bem dizer, nesse caso, por actos de outrem, mas pelos seus proprios actos.» STOBBE: *Deutsches Privatrechts*, vol. III, n. 21.

(18) *Deutsches Staatsrechts*, p. 436.

numental sobre a culpa esgotou a questão. (1) «Nelle conseguenze d'indole civile» (attesta um auctor insuspeito, porque escreveu em defeza da these regalista) «che susseguono all' atto amministrativo, è *communemente ritenuto che l'imputazione dell'atto grava in via ordinaria sulla amministrazione*». (2) Pouco adeante accrescenta: «*Di regola, nell'Europa continentale l'atto amministrativo legale formalmente è imputabile all' ente astratto in nome del quale è compito, ben inteso allora quando si tratti di conseguenze civili rispetto ai privati.*» (3) E termina: «*La commune opinione degli scrittori ritiene, pertanto, che di fronti alle ragioni civili dei privati, il fatto compito nell'ambito delle funzioni legittime conferite al funzionario, quando non sia ingiusto per dolo specifico del funzionario stesso, il quale abbia artificialmente alterato lo scopo del servizio amministrativo, è imputabile all' amministrazione, e che con tale imputazione sparsice, all' effecto della responsabilit  civilt, la persona del funzionario,*

(1) *Colpa contrattuale* (ed. de 1897). ns. 210-245, ps. 470-549.—*Colpa extra contrattuale* (ed. de 1886), v. I, p. 352-72, v. II, p. 1-36.

(2) VACCHELLI: *La responsabilit  civilt della pubblica amministrazione ed il diritto commune* (Milano, 1892), p. 49.

(3) *Ibid.*, p. 50. «On the continent the rule is that the government is liable to be sued by an individual in contract and also in tort, where the tortious act is not committed in the performance of functions of a distinctly public legal character and where the fault of the officer is not purely personal to himself, but consists rather in bad service, in an order badly given, no understood or imprudently executed.» GOODNOW: *Comparative administrative law* (1893), vol. II, p. 161.

che resta come tolto di mezzo.» (1) Eis ahi a situação actual da opinião jurídica, definida por um escriptor hostile: sobre o estado recae a imputabilidade da culpa do funcionario, commettida no exercicio de suas funcções, como se o funcionario não existisse, e ella fosse directamente obra da pessoa do estado.

Essa é, com effeito, a jurisprudencia da côrte de cassação em França (2), onde neste sentido se contam decisões desde o sexto lustro do seculo actual. (3) Essa egualmente a italiana (4), cuja doutrina se define neste aresto da côrte de cassação da capital do reino: «Il disposto nell'art. 1.151 cod.civ., che obbliga chiunque arreca danno a resarcirlo, ed il rispetto dovuto alla proprietà sono principii di si imperiosa prevalenza, che s'impongono a chiunque, sia che

(1) *Ibid.*, p. 50-51.

(2) «In Francia, dove per qualche tempo prevalsero le vedute del consiglio di Stato, si è finito col trionfo dei veri principi del giure su questo argomento. La corte di cassazione franceza, anche a sezioni riunite, ha abbandonata la giurisprudenza della camera civile sostenuta dal procuratore generale, e sul rapporto di Defacqz, uno dei magistrati più eminenti della Francia, si è pronunciata per la responsabilità dello Stato. Ha stabilito il principio che la responsabilità ammessa dagli articoli 1582 e 1583 del codice francese è una regola di diritto naturale applicabile allo Stato come ad ogni persona, senza eccezione che non sia espressamente fatta dalla legge.» *Il Filangieri*, v. II, parte II, p. 7.

(3) Sentenças de 19, julho, 1826; 30, janeiro, 1833; 29, fev., 1836; 3, junho, 1843; 30, jan., 1844; 22, nov., 1848; 1, abril, 1845; 12, jan., 1849; 12, maio, 1851; 19, dez., 1851; 19, dez., 1854; (sinev) 27, 1, 232, 33, 199, 36, 1, 293, 43, 1, 937, 44, 1, 360, 43, 1, 700, 45, 1, 363, 49, 1, 43, 51, 1, 349, 55, 1, 265.

Sentenças de 19 de nov. 1883 e 26 ag. 1894. CHIRONI: *Colpa extra-contr.*, v. II, p. 11.

(4) «La nostra giurisprudenza ritiene che lo Stato risponda civilmente in solido coll'impiegato dei danni che questo cagiona con atti illeciti.» *BELLAVITE: Op. cit.*, p. 51.

l'offesa parta del cittadino privato, *sia che provenga dalla pubblica amministrazione*». (1) No mesmo principio da responsabilidade civil da administração publica tem embebido a côrte de cassação belga varios julgados. (2) E na Allemanha, desde a primeira metade do seculo, varios tribunaes superiores, como o de appellação de Cassel, estabeleceram jurisprudencia constante de que «o estado responde pelos actos de officio illegitimos dos empregados, a cujo cargo confiar qualquer parcella do seu poder soberano, sendo assim obrigado a resarcir á parte prejudicada a lesão, que no exercicio dessas funcções lhe infligirem». (3)

Na jurisprudencia brasileira nunca logrou entrada a theoria da irresponsabilidade da administração pelos actos dos seus empregados. Apesar de profundamente repassada na influencia do direito

(1) Côrte de cassação de Roma, em sessões reñidas, sent. de 19 dezembro, 1875. No mesmo sentido: cassação de Turim, 28 de dezembro de 1878, 20 de dezembro 1871, 15 de abril de 1869, 21 de janeiro de 1889, 10 de março de 1891; côrte de appellação de Ancona, 3 de abril de 1880; corte cassação de Florença, 15 de dezembro de 1879 e 10 de fevereiro de 1880; corte de Cassação de Roma, 21 de fevereiro de 1879, 13 de abril de 1880 e 22 de janeiro de 1881; corte de appellação de Veneza, 2 de agosto de 1882; corte de appellação de Genova, 31 de dezembro de 1877; c. de cassação de Palermo, 7 de fevereiro 1868, 14 de abril 1883; c. de cassação de Napoles, 15 de maio, 1369. PALAZZO: *Resp. Civile dello Stato*, p. 76-8.—Ricc: *Obbligazioni*, p. 538, 555-62.—VACHELLI: *Respons. Civ. della pubblica. amminstr.*, p. 110. — *Archivio Giuridico*, V. XXI. p. 343. — CHIRONI: *Colpa contratt.*, p. 506.

(2) Sent. 18 de maio 1868, 3 de agosto 1874, 9 de dezembro 1880, 25 maio 1882. — PALAZZO: *Op. cit.*, p. 79. — CHIRONI: *Colpa contratt.*, p. 501, n. 1.

(3) BELLAVITE: *Op., cit.*, p. 40.

romano, a nossa evolução jurídica, modificada pelo concurso dos elementos liberaes que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espirito dos nossos tribunaes essa revivescencia democratica dos privilegios regalistas. Sempre se professou nos nossos cursos, e nos nossos auditorios se proclamou sempre a noção da imputabilidade das pessoas moraes pela culpa, contractual, ou aquiliana, dos seus representantes. O velho professor RIBAS ensinava :

« Deve-se convir na responsabilidade das pessoas juridicas pelo não cumprimento das obrigações contrahidas pelos seus representantes, ou pelos quasi delictos destes, commettidos no exercicio de suas funcções, muito mais se dahi lhes proveio algum lucro; portanto, sendo em seu proveito creadas essas funcções e feitos esses serviços, assim como têm direito aos beneficios, devem-se sujeitar aos onus, que dahi lhes possam provir. » (1)

(1) RIBAS: *Direito Civil brasileiro*, v. II, p. 192-193.

Pelo damno causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em responsabilizar municipalidades, provincias, estados, o governo do imperio, o da republica, tendo por idéa inconcussa a de que, no ministro, no presidente, no governador, no prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a administração publica verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo principio da representação, desaparece na do preponente. Não desanimam, é certo, os procuradores do erario. Mas, não obstante o brilho superficial que ás velleidades regalistas vae emprestando hoje, entre nós, o reflexo dos MANTELLINIS, a linha da tradição antiga ainda se não quebrou: os julgados, na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em acções de perdas e danos, vão dia a dia augmentando o thesoiro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudencia, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas.

E, não ha muito, em nova homenagem ao mesmo principio, a lei n. 221, de 20 de novembro de 1891, art. 13, veiu facilitar as reparações contra os abusos officiaes, creando uma acção especial, uma acção summaria, para «as causas, que se fundarem *na lesão de direitos individuaes por actos e decisões das auctoridades administrativas da União.*»

Esse meio reparatorio não abrange todas as eventualidades possiveis de lesão por actos do governo federal, visto cogitar unicamente da infracção de direitos *individuaes*, e não comprehender, portanto, os originarios de contractos, concessões e outros semelhantes. Mas, nas especies a que attende, a nullidade do acto illegal, prevista no § 9º, implicará de necessidade a satisfação do damno causado pelo acto illegal e nullo.

No direito brasileiro, pois, é inquestionavel a responsabilidade civil do estado. Actos judicarios e monumentos legislativos conspiram em firmal-a.

Até em relação a casos particulares tem sancionado o congresso nacional essa doutrina, adoptando a lei n. 425, de 5 de dezembro de 1896, que abriu ao governo o credito de *quatro mil contos de réis*, afim de resarcir prejuizos soffridos por alguns italianos habitantes no paiz; incumbencia de que se desempenhou a administração quatro dias depois, apressando-se em expedir o decreto n. 2.397, de 7 daquelle mez. (1)

Antes disso já o poder executivo adherira tambem praticamente a esse principio, embolsando a PIERRE DENIS & C. 250:000\$, em reparação do damno

(1) *Relatorio do ministerio das relações exteriores*. 1896, 1 97, pgs. 22 110 e 114.

proveniente de actos de agentes do governo (1), a DOMENECK BALVERDU & C., 110:000\$, em indemnização de depredações, saqueio e violencias pessoas (2), a LEON BASTIDE e sua mulher 50:000\$, em desagravo de abusos commettidos por agentes de policia e officiaes de justiça. (3)

Dessa responsabilidade formulou CHIRONI com estricta precisão a regra nestes termos:

«Pode-se estabelecer como theoria geral a *responsabilidade do estado (committente) pelo damno resultante da culpa attribuivel aos seus funcionarios (prepostos)*

(1) *Ib.*, anno de 1895, p. 222.

(2) *Ib.*, p. 229.

(3) *Ib.*, p. 226.

Claro está que absolutamente em nada altera a feição juridica destes casos a circumstancia de serem estrangeiros os prejudicados. O maximo de direitos admissiveis ao estrangeiro no territorio de um paiz tem o seu limite nos direitos reconhecidos aos nacionaes. As constituições mais favoraveis ao estrangeiro são as que, como a nossa (art. 72), em materia de liberdade, segurança individual e propriedade, não fazem differença delle para o nacional. Esta noção, aliás de puro bom senso, muitas vezes recordada pelos governos americanos aos europeus a proposito de reclamações internacionaes por perdas e danos, já mereceu uma vez á chancellaria brasileira as seguintes ponderações:

« A garantia de segurança para o estrangeiro lhe é devida, não por essa qualidade, mas sim pela de *habitante* do paiz. O estrangeiro não tem direito senão a uma protecção *igual* á que cabe aos nacionaes. Quando o estrangeiro vai a um paiz, tem, sem duvida alguma, *direito á segurança* de seus bens e de sua pessoa; mas é preciso não esquecer que esta garantia lhe é devida, não porque elle é estrangeiro, mas porque *torna-se habitante do paiz*. Esta disposição, como mui bem disse Mr. Descombes, é a verdadeira base dos direitos do estrangeiro e da protecção que elle póde invocar em seu apoio. « Il y a une règle fondamentale dans chaque pays », disse Mr. Rouzet, « c'est que l'étranger ne peut pas avoir un droit plus étendu que les régnicoles ». (Nota ao ministro da Italia, em 17 nov. 1870. No relatório do ministerio das relações exteriores, 1893.)

nessa qualidade e no exercicio das suas funcções, quando por lei se não estatuir a sua só responsabilidade pessoal.» (1)

Ora essa fórmula, instituida a respeito do estado, o maximo dos entes moraes, das pessoas publicas, vigora, com maioria de razão, para as collectividades inferiores, como a provincia e o municipio. (2) «Concorrendo le condizioni generali necessarie per la reponsabilità del rappresentato, *la responsabilità del comune, o della provincia è fuor di dubbio.*» (3) Estende-se essa responsabilidade a todos os empregados no serviço provincial, ou municipal, inclusive até os serventuarios de infima cathegoria, como os bombeiros. (4) Mas é sobretudo nas supremas funcções da administração e (cingindo-nos ao que toca á nossa hypothese) no chefe da municipalidade, maire em França, syndico na Italia, prefeito entre nós, que mais se accentua em todas as suas conse-

(5) «Può affermarsi come teoria generale *la responsabilità dello stato (committente) per l'ingiuria recata da colpa imputabile ai suoi funzionari (commessi) in questa qualità e nell'esercizio delle loro funzioni, quando per legge non sia stabilita la loro sola responsabilità personale.*» *Colpa contrattuale*, p. 52. Cfr. p. 525-8, 527-31.

(3) «La teoria che qui vien proposta è la stessa enunciata di già rispetto allo Stato.» *CHIRONI: Colpa extra-contrat.*, v. II, pag. 26, n. 258.

(4) *Ib.*, pag. 29, n. 259.—«La responsabilidade indirecta, si convenga allo Stato, come ad ogni altro ente giuridico, senza distinzione di rappresentanza.» *Archivio Giuridico*, v. XXI, pag. 368.

(5) *CHIRONI: Colpa extra-contrat.*, II, n. 262, pag. 33.

quencias o principio da representação. (1) Seja embora esse funcionario nomeado pelo governo. Não importa. A representação não é menos verdadeira, por ser legal, por ser necessaria. (2) «Por virtude especial de sua nomeação tem esses funcionarios uma função administrativa, *que lhes attribue a representação directa da pessoa juridica.*» (3)

No que toca em particular aos actos do chefe da municipalidade em materia *de policia local*, cathegoria em que se inscreve o caso vertente, não se acha menos reconhecida na doutrina franceza que na italiana o caracter *municipal* delles. «Le droit de police locale n'est pas une concession de la puissance publique», dizia, já em 1837, VIVIEN, num relatorio á camara dos deputados; «il a sa source dans cette règle du droit naturel qui autorise tous les individus et, par conséquent, les corporations d'habitants qui, relativement à la grande famille, ne sont elles mêmes que des individus, à veiller à leur conservation. Ces principes ont décidé la commission à *retablir les*

(1) CHIRONI : *Colpa extra-contratt*, pag. 481-2, n. 1 á pag. 482.

«On a, d'autre part, souvent condamné les communes à reparer les dommages causés par les pompiers en combattant un incendie, à cette seule condition qu'il s'agit de propriétés, qui étaient, par leur situation, à l'abri des atteintes du feu.» L. MICHOUD; *De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents. Revue de droit public et de la science politique*, vol. VII (1897), p. 44.

(2) CHIRONI : *Colpa extra-contratatt.*, n. 257, v. II, pag. 27-8.

(3) CHIRONI : *Colpa-contratatt.*, pag. 482.

pouvoirs de police du maire dans la catégorie des actes propres à l'autorité municipale, et qui sont placés sous la simple surveillance de l'administration supérieure.» (1) No mesmo sentido resolvem a questão os mais modernos escriptores de direito administrativo, «L'idée, très juste d'ailleurs, du caractère mixte des attributions de police», escreve um delles, «ne doit rien modifier la théorie de la responsabilité. Elle signifie seulement que l'E'tat doit avoir, sur les attributions de cet ordre, un contrôle plus positif, parce qu'il y est lui même intéressé, et que dans certains cas il peut se substituer à la commune, si celle-ci n'agit pas; mais elle *n'empêche pas que l'acte du maire ne reste un acte communal, car il est fait principalement dans l'intérêt de la commune.»* (2)

Temos dest'arte assentada uma premissa capital para a nossa conclusão :

O damno causado pelo prefeito obriga o municipio.

Contra o resultado logico da applicação deste principio ao caso armou a Ré uma evasiva, pre-

(1) DALLOZ : *Répert.*, v.º *Communes*, pag. 255.

(2) L. MICHOUX : *Op. cit.*, pag. 73.

tendendo que os actos do presidente da intendencia, na especie, «foram, *em geral*, legaes».

Já na resalva «*em geral*» teriamos aqui a confissão de que o procurador do municipio não se julga habilitado a defender *inteiramente* a legalidade dos actos do prefeito, ou presidente da intendencia.

Queremos, porém, que fossem de todo em todo legaes. Não constitue isso escusa á responsabilidade civil; porque,

se o acto legal da auctoridade lesa o particular no seu direito, incontestavel é o da pessoa lesada á reparação do damno.

Vão as provas.

No *jus commune*, nas relações de particular a particular, não ha collisão possivel entre dois direitos. Em havendo lesão juridica, foi illicito o acto, que a produziu. Aquelle, que feriu o direito alheio, *ipso facto* está claro que não usou do seu. (1) No campo do *jus commune*, pois, a lesão de um direito illegitima o facto, que a gerou. (2) Mas, por uma alteração do *jus singulare* a essa regra geral, o acto do estado póde ser legal, e, comtudo, nas suas conse-

(1) Prov. PALAZZO : *Op. cit.*, pag. 60.

(2) *Ib.*, pag. 61.

quencias, ferir direitos do individuo, fundados igualmente em lei. Nesses casos, o antagonismo apparente entre o direito do estado e o do individuo se concilia pela compensação do direito expropriado, ou pela reparação do damno soffrido. « L'atto dello Stato quando ha per oggetto la funzione pubblica ed è posto in essere dalle autorità competenti, perciò stesso è legale; infatti tale requisiti integrano il concetto della legalità, del atto del potere; sicche anche se questo atto leda i diritti privati, esso non diviene illegittimo, siccome lo divengono gli atti dei privati, che ledono i diritti altrui, ma resta legale.» (1) D'ahi a *theoria da responsabilidade do estado pelos actos legaes do poder*.

Dos negadores que esse principio tem encontrado, uns lhe oppõem o principio contrario de que a responsabilidade cessa ante a legalidade perfeita do acto do funcionario (2), outros imaginam evital-o substituindo o conceito de *indemnização* pelo de *compensação*, mediante a *theoria* de que, no damno feito por actos legaes do poder a administração *compensa*, não *indemniza*. (3) Mas estes, reconhecendo aliás que a idéa technica de *compensação* está subordinada ao

(1) *Ibidem*.

(2) « La perfetta legalità dell'atto del pubblico funzionario esime questo di ogni responsabilità. » GABBA: *Responsabilità civile dello Stato pel danno dato ingiustamente ai privati dai pubblici funzionari*. Fano, 1881, pag. 28.

(3) MEUCCI: *Archivio Giuridico*, XXI, pag. 390.

mesmo principio superior (1) que a de indemnização, não fazem mais que uma questão de palavras (2), desde que, n'uma e n'outra hypòthese, confessam o vinculo da obrigação, e a ligam ao damno causado. Quanto aos primeiros, depois de estabelecerem a formula cathgorica da irresponsabilidade do estado nos actos legaes do poder, para logo se põem virtualmente de accôrdo com a doutrina opposta, exceptuando á regra os casos de injusta lesão de um direito particular e os de prejuizo resultante aos particulares *dos effctos* do acto administrativo não inherentes a elle (3); com o que se reconhece, pelo modo mais formal, *que os actos legaes do governo podem trazer lesão a direitos do individuo, e por essa lesão responde o estadô.*

Nem é difficil mostrar como a legalidade do acto e a legalidade do direito por elle offendido concorrem, sem se excluïrem, nas relações do estado com o individuo. Quando, por exemplo, a lei confia ao poder executivo e, mediante elle, ás auctoridades militares a defesa do territorio, «implicitamente lhes faculta o uso de todos os meios convenientes a esse fim». Mas, se, supponhamos, uma manobra militar,

(6) «...quantunque fosse subordinata ad un medesimo superiore principio.» *Ibidem*

(7) PROV. PALAZZO: *Op. cit.* pag. 47-8.

(8) GABBA: *Op. cit.*—PROV PALAZZO: *Op. cit.*, pag. 33-9, 46-7.

não declaradas ainda as hostilidades, não verificada a situação de *guerra guerreggiata*, destroe uma lavoura, ou arruina uma propriedade, a jurisprudencia assente reconhece ao proprietario direito á indemnização do prejuizo, não obstante ser incontestavelmente legal o acto, que o occasiona. (1) Pode, pois, o facto exprimir, por parte do estado, não só um direito, senão um dever, o mais imperioso, até, dos deveres da auctoridade, e, não obstante, constituir a fazenda publica na obrigação de reparar os estragos, que desse facto se originam. Não ha mais solemne dever, para o estado, que a defensiva militar do paiz; e, entretanto, o mesmo MANTELLINI convem que « pel danno premeditato recato dallo Stato in un fatto di guerra, *il privato ha titolo civile.*» (2)

Sentenceava a corte de cassação de Turim, em 29 de dezembro de 1881, que os damnos de proveniencia militar, resultantes de actos voluntariamente praticados pelo estado no seu territorio, a bem da sua defensão bellica, « *fondano nei privati danneggiati diritto a risarcimento verso lo Stato.*» (3) Este é hoje o *jus receptum* entre jurisconsultos e publicistas em materia de damno militar. (4) A theoria

(1) PALAZZO: *Op. cit.* pag. 61.

(2) *Apud* PROV. PALAZZO: *Op. cit.* pag. 46.

(3) *Ib.* p. 81. Ver os arestos nesse sentido *ibi*, p. 82, n.

(4) GIRODI: *Danni di guerra. Digesto Italiano.* — LAURENT: *Principes de droit civ.*, v. XX n. 460. — CHIRONI: *Colpa extracontr.*, v. II, n. 539, p. 400. — RICCI: *Obblig.*, p. 534 segs.

acceita, portanto, affirma a responsabilidade geral do estado pelos actos *legaes* do poder em assumptos attinentes á guerra, a menos que se prove o caso fortuito, ou força maior, isto é, sujeita esses casos ás normas liberatorias, communs em materia de obrigações. E que significa, nesta ultima hypothese, de feito, applicar o principio da força maior aos damnos soffridos pelos particulares em razão de factos de guerra, senão applicar os principios de direito privado ás relações juridicas entre o estado e o individuo prejudicado por actos *legaes* e soberanos do poder? (2)

Identico é o direito admittido no tocante a outras especies de damno procedente de actos *legaes*. Tal o que o emanar de operações militares (3), prejuizos resultantes de exercicios de fogo no interior dos quartéis (4), occupação de edificios particulares com o alojamento de tropas empregadas em estabelecer cordões sanitarios. (5) Até a jurisprudencia dos tribunaes administrativos em França tem subscripto esta doutrina; do que dão testemunho varias decisões do conselho de estado, naquelle paiz, responsabilizando o thesoiro pelo

(1) CHIRONI: *ibid.*

(2) PROV. PALAZZO. *Op. cit.*, p. 82.

(3) *Archivio Giuridico*, XXI, pag. 381.

(4) RICCI: *Obbligazioni*, p. 557-63.

(5) *Ib.*, p. 548 segs.

damno, resultante a proprietarios visinhos, do estabelecimento de polygonos de tiro, e abrangendo no valor da indemnização, além dos prejuizos derivantes da acção dos projectis, a depreciação da propriedade. (1) Em todos esses casos, sobre praticar actos legaes, exercia o estado funcções de imperio. E, não obstante; ainda aquelles que consideram inacessivel a responsabilidade o estado por actos de imperio, o tem como responsavel pelas consequencias de taes factos, quando offenderem o direito privado: « Il principio che l'atto d'imperio non espone la pubblica amministrazione a risarcimento di danni, *soffre eccezione nel caso in cui, in conseguenza dell'atto stesso, si privi un privato di un diritto riconosciuto e garantito dalla legge.* » (2)

Não se cerceia com essa jurisprudencia a acção do governo, antes se chega praticamente a facilitar-a, e se proporciona aos orgãos administrativos maior liberdade no desempenho da sua missão, despreoccupando-os do receio de collisões com o direito individual, tranquillo pela expectativa da reparação nos casos de damno. Nem tão pouco se diminue o prestigio da auctoridade moral á

(1) Decisões do cons. de est. 25 jun. 1859, 27 fev. 1869, 9 ag. 1865 (DALL'oz 1860, 3, 11. *Ib.*, 1 62, 2, 38. *Ib.* 1866, 2, 27.)

(2) Ricci: *Op. cit.*, p. 547-8

acção do governo; porquanto (são palavras de uma sentença do tribunal de cassação de Roma) «a inquirição aberta pelo magistrado ordinario sobre o damno acarretado a particulares por um acto da administração publica não induz nem ao louvor, nem á censura a seu respeito, antes se limita a verificar se desse acto promanou o damno, *podendo bem succeder que o acto fosse excellente, recommendavel, e, sem embargo, desfalcasse o patrimonio de alguém.*» (1)

Logo (insistamos na premissa, agora demonstrada)

a legalidade do acto, ainda que irreprehensivel, não obsta á responsabilidade civil da administração, desde que haja damno a um direito.

Quaes são, pois, alem do prejuizo ao direito, isto é, afóra a existencia de um direito e a certeza de uma lesão a esse direito, as outras condições juridicas dessa responsabilidade? (2)

(1) «Il risultato pratico della responsabilit  civile dello Stato   appunto questo: lasciar libera l'amministrazione nel compiere la propria missione, e nello stesso tempo dar modo ai privati di essere rivalsi dei danni sofferti per l'interesse pubblico.» PROF. PALAZZO, p. 40.

(2) Sentença de 19 d z. 1877 (*Raccolta*, 1878, p. 158, parte 1^a Apud PAVENZANO, p. 62): «La ricerca fatta dal magistrato ordinario del danno cagionato da un'opera della pubblica amministrazione non tende al biasimo n  alla lode dell'amministrazione, ma tende solo a stabilire in fatto se da quella opera, com' , ne   venuto danno; e potrebbe anche succedere che l'opera fosse perfetta e commendevole e che nondimeno producesse un danno nel patrimonio di un privato.»

Nascendo a responsabilidade, como nasce, da consideração de se ter como do representado o acto do representante, facil-é d'ahi deduzil-as; e isso poderemos fazer, estabelecendo, em resumo, a regra de que não se verifica a responsabilidade, se o representante 1º) não obrou como representante, 2º) no exercicio de funcções da representação e 3º) mediante o emprego das facultades, de que ella o dota.

Primeira condição:

Que o acto se commettesse pelo empregado no caracter de empregado. (1) Se elle causou o mal, não nessa qualidade, mas na de sua pessoa individual, *tanquam privatus agisse censetur*, não foi do representante o acto. Logo, não foi do representado.

Para se realizar, por esse lado, o facto juridico da representação, basta, porém, que o cargo investido no operante lhe fornecesse para o acto o prestigio, a auctoridade e a posição, de onde se perpetrou o acto criminado. Essa idéa era corrente já entre os romanos, em cujo direito, para se obrigar o preponente, não se havia mister mais que declarar o preposto operar no interesse do mandante, ainda que o fizesse a bem do proprio. Assim o capitão do navio, que

(1) CHIRONI : *Colpa-extrac.*, II, p. 12

(2) *Archivio Giuridico*, vol. XXI, p. 399.

contrahisse um empréstimo declaradamente, *specialiter, ad navis causam*, ainda que se appropriasse do dinheiro, obrigava o preponente, *imputaturus sibi cur talem preposuerit*. (1)

Na especie, a verificação desse requisito é indubitavel. Não foi o dr. BARATA RIBEIRO quem mandou fechar e despejar a praça da Gloria: foi, sim, o presidente da intendencia, com o poder, os meios, os auxiliares da sua posição official, operando em nome dos interesses da municipalidade.

Segunda condição:

Que o facto se praticasse pelo funcionario *no exercicio das funcções* encarregadas á sua auctoridade: *nel esercizio delle funzioni affidategli*. (2) O codigo civil francez dizia simplesmente « *dans les fonctions* », enunciado que MOURLON censurou de insufficiente, aconselhando a substituição dessa fórmula por est'outra: « *dans l'exercice de leurs fonctions* ». (3) Essa substituição, fel-a o cod. civil italiano, art. 1.153: « *nell'esercizio delle incumbenze alle quale li hanno destinati.* » Não basta achar-se o funcionario investido nas funcções: é

(1) F. 1 § 9 D de exercitoria actione (xiv, 1).

(2) CHIRONI: *Colpa contrattuale*, n. 232, p. 527.

(3) *Répétitions écrites*, sobre o art. 1384 c. civ.—LOMONACO: *Instituzioni di diritto civile italiano*, v. V. p. 5. Sent. da corte de cassaç. de Roma, 27 abril 1878, e trib. de apell. de Perugia, 10 jan. 1881. RICCI: *Obbligazioni*, p. 578 80.—BELLAVITE, *op. cit.*, p. 51.

necessario que pratique o acto culposo, *exercendo-as*, e que haja um laço de filiação entre esse acto e as funcções, em cujo exercicio se consummou. O cocheiro, que, precipitando os animaes do coche, ou regendo-os mal, estropiou um transeunte, obriga o patrão pelo damno causado. Se, porém, encontrando um inimigo, lhe vasasse intencionalmente, de uma tagantada, o olho, não haveria imprudencia, mas maldade, não haveria acto de officio, mas acto pessoal. O patrão não teria responsabilidade.

Não basta, pois, entre as funcções e o damno a simples occasionalidade ou coincidencia de lugar e tempo: cumpre que haja *causalidade de serviço*, a saber, que o *acto diga respeito ás funcções e ao seu objecto*. (6)

Ora, não pode soffrer duvida, na especie, que a medida lesiva foi posta em uso pelo presidente da intendencia, *exercendo a prefeitura, só porque exercia a prefeitura e em materia concernente ás funcções da prefeitura*: a hygiene municipal.

Terceira condição:

Que o acto em si mesmo *caiba nas attribuições do cargo*, o que equivale a dizer nos limites do mandato. (7)

(1) *Archivio Giuridico*, v. XXI, p. 398

(2) CHIRONI: *Colpa extra-contrattuale*, v. II, p. 12.

Fóra, com effeito, do circulo do mandato não ha representação, e, não havendo representação, não ha unificação juridica da pessoa do mandatario á do mandante, não ha, portanto, responsabilidade alguma deste pelos actos daquelle. « Il principio che fuori delle facultà commessi non c'è mandato dell'amministrazione è innegabile. » Actuando no perimetro das funcções, que se lhe commetteram, « o preposto é o proprio committente ; pelo que actos deste se reputam juridicamente todos os daquelle. São pessoas, que se confundem, de tal sorte que o representado vive e opera na acção do representante. » (2) *Ergo*, se não são attribuições do empregado as que elle exerceu no facto arguido, não ha, pelo mal d'ahi resultante, responsabilidade civil da administração. (3)

Ora, seria impossivel negar, no caso vertente, que a attribuição, de que se utilizou, *ainda que mal e culposamente*, o prefeito, seja uma das attribuições da prefeitura : velar pela hygiene da cidade, policiar a saude dos mercados, despejar e cerrar os estabelecimentos insalubres.

Logo, todas as tres condições que determinam a existencia do vinculo da representação, a relação

(1) MIVUCCI, *Archivio Giuridico*, XXI, p. 398.

(2) CHINOSI: *Colpa contrattuale*, p. 538-9.

(3) *Ib.*, p. 527-9.

jurídica de preponente a preposto, temos verificadas no facto em litígio.

O presidente da intendencia :-

- 1º obrou como presidente da intendencia ,
- 2º no exercicio dessa presidencia ,
- 3º exercendo attribuições della.

Mas, para a existencia da responsabilidade, não basta existir *representação*, se não existe *culpa*.

Onde a culpa, se o prefeito exercia a prefeitura dentro nas suas attribuições?

Onde? Em que exerceu essas attribuições *incorrectamente*, isto é, com precipitação, com violencia, com preterição, não só do criterio commum, senão das normas regulamentares, destinadas a conciliar a seriedade da fiscalização sanitaria com as exigencias do direito individual.

« E' d'uopo si tratti di esercizio *non corretto, illegitimo*, delle funzioni domandate dalla legge all'impiegato. » (1)

As providencias adoptadas estavam na competencia do funcionario municipal ; mas foram aventuradas com imprudencia, com atropello, com força, abusivamente.

(1) CUIRONI : *Colpa extra-contractuale*, v. II, p. 13.

Está, com effeito, demonstrado, na prova dos autos, por documentos e vistoria :

que o edificio em questão é salubre ;
que reúne condições, não só para
mercado, mas para moradia ;

que para moradia tinha o A. o direito
de alugar-o ;

que, quando muito, lhe poderia a au-
toridade exigir reparos de facil execução ;

que a vistoria preliminar á condem-
nação do predio foi clandestina, sem cita-
ção do proprietario ;

que este não recebeu intimação para
obras de saneamento no immovel ;

que a mesma intendencia tinha co-
nhecimento e certeza da salubridade do
predio, pois de outro modo não conti-
nuaria a conceder licenças individualmente
a varios negociantes, para lhe occuparem
os compartimentos ;

que a concessão de auctorizações taes,
após a ordem peremptoria de esvasiar e
fechar o edificio e antes de qualquer me-
lhora nas suas condições sanitarias, evi-
dencia, quando não a má fé, pelo menos
o apressuramento, a indiscreção e a incon-

sciencia, com que se houve a administração municipal, contradizendo-se, desmentindo-se, e exauctorando-se a si mesma.

Mais, ainda :

na propria vistoria clandestina, cujo resultado se estampa na publicação official a fls. 14, reconheceram, em 5 de novembro de 1892, os medicos municipaes que « *podiam ser conservadas as casas commerciaes e pequenas officinãs alli estabelecidas.* »

Não obstante,

o presidente da intendencia, não só ordenou, em 11 desse mez, que se desocupasse o edificio de todos os seus habitantes, como expediu, em 30 do mez seguinte, a portaria constante de fls. 16, determinando não se concedessem mais licenças, para funcionarem naquelle immovel estabelecimentos commerciaes.

D'ahi resultou :

a desocupação total do immovel e sua subtracção á posse e gozo do proprie-

tario, em condições que importaram de facto verdadeira expropriação por espaço de annos.

Portanto,

se a auctoridade municipal ordenasse as medidas de saneamento ao proprietario, antes de cuja resistencia a esse dictame legal era injustificavel a providencia extrema de lhe fecharem as portas ;

se para a vistoria medica se tivesse feito citar o A., cuja representação, por facultativos independentes, no exame tecnico do immovel, submetteria ao contraste de profissionaes insuspeitos o juizo dos arbitros municipaes ;

se, pelo menos, feita a vistoria ainda nas condições irregulares em que se fez, o presidente da intendencia se limitasse a vedar a locação dos compartimentos do edificio para moradia aos inquilinos ;

não se teria visto privado o A. do usufructo de seu predio nesse longo decurso de tempo, soffrendo os graves prejuizos consequentes a essa anomalia.

Houve, pois, da parte da auctoridade *omissão*, *preterição* manifesta dos cuidados elementares, das precisas diligencias, das verificações indispensaveis, das formas legais, para chegar ao conhecimento exacto da verdade, e, adulterada esta pela insufficiencia dos meios empregados em sua busca, aforçramento, irreflexão, excesso nos remedios administrativos utilizados.

Ora, a administração publica responde, na culpa aquiliana, *por qualquer negligencia* do empregado, ainda que minima seja a culpa verificada.

« Lo Stato risponde di qualunque negligenza de funzionario, non occorrendo, come nella colpa contrattuale, question di grado nel valutarla. » (1)

Nem se objecte que, havendo *excesso*, não se verifica responsabilidade; porquanto esta cessa, ultrapassando o funcionario as raias das suas attribuições. Seria fallaz o argumento; pois não houve *excesso na attribuição*, mas apenas no *modo*, na *oportunidade* e nas *condições* de applical-a. Não se confunda o excesso do mandato *nas*

(1) CHIRONI: *Colpa contrattuale*, p. 536.

«Né v' ha differenza quanto a grado di colpa.» *Archivio Giuridico* v. XXI, p. 389.

relações entre mandante e mandatario com o excesso nas suas relações para com terceiros. Todo mau uso do mandato é excesso para com o mandante ; mas pode estar e está nos limites do mandato para com terceiros. (1) Ha-de entender-se o excesso «na accepção da faculdade considerada, abstrahindo-se das suas condições, e unicamente no que respeita ao seu fim e destino. Só haverá *excesso* e, em consequencia, irresponsabilidade, quando o *funcionario usurpe faculdades, que em caso nenhum lhe ompe-tiriam.* » (2)

Considera-se, pois, estar no exercicio das suas funcções, e obrigar, pelos seus actos, a administração o empregado, que transcende, não as funcções, mas apenas as condições do poder, que lhe assiste, como o juiz instructor que mande prender em caso alheio aos de imputação, « ou o syndico municipal, que proceder no interesse do municipio, sem as necessarias auctorizações e approvação do conselho». (3) « Não importa que o funcionario transcurasse ou

(1) «Lasciamo l' eccessiva e fiscale interpretazione che nell' esercizio significa nel retto uso delle facoltà, cio che è puramente la negazione di ogni responsabilita indiretta di ogni ente morale, e confonde l' eccesso del mandato nei rapporti fra il mandante e il mandatario e ne' rapporti verso i terzi. Ogni mal uso del mandato è un eccesso verso il mandante ; ma può essere ed è nei limiti di esso verso i terzi.» *Mevca: Diritto amministrativo*, p. 303.

(2) «Allor solo vi sarà un tale eccesso da caggonare irresponsabilita dell'amministrazione, quando l'ufficiale usurpe facoltà che non ha in nessun caso.» *Ib.*, p. 306.

(3) *Ib.*, pag., 308.

transgredisse as formas prescriptas por lei ao exercicio das suas faculdades : uma intimação exigida, por exemplo, ou a acquiescencia prévia de um superior. Essa omissão poderá gerar a nullidade ou inefficacia do acto a bem da administração, mas não tolher que elle seja praticado pelo funcionario nesse character, no exercicio das suas funcções, e que, portanto, se fôr damnoso, constitua abuso, pelo qual a administração haja de responder.» (1) Ainda na hypothese, logo, da preterição de condições legaes, cuja ausencia determine a invalidade do acto, não se realiza a escusa liberatoria da responsabilidade civil, uma vez que a attribuição exercida pertença ao funcionario, que a exercer. O que exclue a responsabilidade da administração, é o uso, pelo seu preposto, de attribuição alheia ao cargo ; por outra é a incompetencia do empregado.

« Não colhe a objecção de que o estado não autoriza abusos », diziam, definindo com muita clareza este ponto, n'uma sentença do supremo tribunal federal, os srs. JOSÉ HYGINO e FIGUEIREDO JUNIOR.: «E' preciso não confundir o *abuso*, isto é, o *mau uso* das attribuições legaes, com o *excesso de poder*, consistente na practica de actos exorbitantes daquellas attribuições. Se neste ultimo caso é evidente a irres-

(1) *Ib.*, pag. 308.

posabilidade do estado, não menos evidente é que, no primeiro, subsistindo o principio da representação, o estado responde pelo damno causado a terceiros por culpa dos seus agentes no exercicio de suas attribuições. » (1)

Na especie, basta a negligencia do presidente da intendencia, deleixando os meios de esclarecer se, esquecendo as cautelas preventivas de erro, faltando ás garantias moraes e regulamentares, defensivas do direito individual, para constituir o municipio em obrigação incontestavel de reparar o mal causado.

Ainda nas funcções *politicas*, se o funcionario *incorre em culpa na execução*, infligindo prejuizos ao direito de particulares, não se exime de lh'os resarcir o estado pela natureza politica da faculdade em exercicio no caso. (2) Emquanto o funcionario, obrando segundo a lei, *a executa regularmente*, poderá sustentar-se que não se permite ao individuo valer-se do direito civil, para constranger a administração publica á satisfação do damno; mas, se este se dá *por negligencia do funcionario*,

(1) *O Direito*, vol. LXXIII, p. 511.

(2) «Perchè in materia di danno dato *ingiustamente* per colpa del funzionario, basterà dirè per rendere irresponsabile lo Stato, ch'esso avvenne nell'esercizio di funzione politica? S'intende che questa funzione è legittima finchè sia esercitata entro i limiti consentiti dalle leggi, nel qual caso l'azione è giusta; ma, se il funzionario è *in colpa nell'esecuzione*; se *infligge danno al diritto dei privati*, il fatto rimane sempre ingiusto, ancorchè si tratti di eseguire atti giusti per se.» CHIRONI: *Colpa contrattuale*, n. 216, pag. 504.

a hypothese *já não cabe no direito publico*, não é legitimo o acto, e nasce, portanto, a obrigação de resarcir (1)

Emtanto os actos politicos são actos de imperio, isto é, actos mais ou menos discricionarios do poder. Havemos de inscrever nessa cathegoria as funcções concernentes á policia de hygiene? Mas, ainda assim, agora mesmo acabamos de ver que, ainda na pratica de actos dessa natureza, de actos de imperio,

(1) « Finchè il funzionario agisce secondo la legge, e la eseguisce regolarmente, attesochè non si possa dire che nell'atto suo è mancanza o abuso di diritto, il privato non può valersi della disposizione della legge civile obbliggante chiunque rechè danno a ripararlo, perchè è il diritto pubblico, è la legge che ha autorizzato l'atto; ma quando per colpa, per negligenza del funzionario è dato ingiuriosamente danno, non si ha atto legitimo, e sorge quindi l'obbligazione di risarcire». *Ib.*, n. 228, pag. 522.

« Quando lo Stato pone in essere un provvedimento, ed ordina o fa eseguire un atto relativo al diritto pubblico, il privato non potrà in modo alcuno sollevare questioni sulla violazione ingiusta del suo diritto, invocando all'uopo le disposizioni del codice civile. Ma ciò, finchè lo Stato agisce entro i confini della legge che nell'interesse generale autorizza a compiere atti contrari ai diritti dell'individuo: sia lesa un interesse, sia un diritto (la distinzione non è gran fatto buona), lo Stato agisce legittimamente, né può essere questione di responsabilità. Non si può concepire il fatto illecito se manchi l'elemento fondamentale della *ingiuria, del facere sine jure*, e qui lo Stato agisce manifestamente con diritto.

« Ma non è tale la questione. Certo, posta in queste termini, non si può fare a meno di rispondere ch'essa neppure può sorgere. Sorge, quando nell'attuare la misura di diritto pubblico, l'attuazione avvenga in modo da *dare un danno non consentito dalla legge*. Qui il diritto pubblico può esercitare influenza per *dedurne la irresponsabilità* dello Stato? No: la prescritta quando l'azione avvenga *conformemente alle sue disposizioni*, nella quale ipotesi il danno del privato non può dar luogo a risarcimento; quando poi si *faccia* cosa che esse *non consentano*, non si agisce più *jure*, ma *sine jure*: allora compare l'elemento della *ingiuria*, della quale la *responsabilità* è necessaria conseguenza.

« E siccome l'efficacia delle norme di diritto pubblico sta sin quando esse siano strettamente e giustamente osservate, così, *qualora non lo siano*, non si può più invocare il diritto pubblico, le cui *disposizioni furono violate*, e si viene, *stante ingiuria, sotto l'impero del codice civile.*» *CHIRONI: Colpa extra-contratua'e*, v. II, p. 5.

ha culpa e responsabilidade, portanto, do estado, se o funcionario ommitte, ou négligencia as condições de regularidade e exactidão legal no exercicio de suas funcções.

Por outro lado, já tivemos occasião de asentar que

«o principio de que o acto de imperio não expõe a administração publica á reparação do damno, *soffre excepção, quando, em consequencia desse acto, se privar o individuo de um direito reconhecido e affiançado em lei.* » (1)

Lavra, por exemplo, uma peste. Para lhe obviar a propagação, manda o governo estabelecer cordões de tropas, defendendo as zonas ameaçadas. Em consequencia dessa medida, porém, soffre o proprietario de um predio, temporariamente despojado da sua propriedade por actos da auctoridade militar. São as circumstancias de um pleito, julgado, em 25 de maio de 1886, pela côrte de cassação de Roma. (2) Não ha duvida, sentenceou ella, que as providencias ordenadas pelo governo e pelo comman-

(1) Ricci: *Obbligazioni*, n. 296, p. 547-8.—Vide o texto italiano a pag. 66 deste arrazoado.

(2) *Ib.*, p. 548-50.

dante militar tocam ás altas funcções de protecção da saude publica, constituem, portanto, actos de imperio, e, como taes, se acham fóra dos limites assignados á competencia da magistratura. Mas ante « as consequencias » desse acto, « *a interrupção no gozo da propriedade, infligida ao seu dono* », não pode a justiça desconhecer « *um caso de direito civil* », e recusar ao prejudicado a compensação reparadora. » Differente, observava o aresto, respondendo provavelmente á defeza do erario, « differente é a hypothese do procedimento da policia sanitaria, mandando, com observancia rigorosa de todas ás formulas legaes, alijar ao mar a carga eivada de infecção (1), ou inutilizar uma provisão de vinho exposto á venda e reconhecido como deleterio (2) ; porque, nesta e na outra emergencia, verificada estava a incompatibilidade entre a saúde publica e o direito do individuo, a quem apenas se vedava fazer da sua propriedade uso defeso pelas leis : envenenar por meio della a população. » Analoga devia ser a apreciação juridica no caso, resolvido pelo mesmo tribunal (3), das auctoridades de hygiene mandando supprimir um esgoto de espurcias. « Não se póde invocar a lei »,

(1) Cassação de Roma, 13 de junho, 1883, *Ib.*, p. 550, 576-^v.

(2) *Ib.*, p. 550.

(3) Sent. de 14 nov. 1889. *Ricci* : op. cit., p. 544-5.

concluía o aresto, «para haver indemnização pela perda de coisas, que a lei, sobre não assegurar, prohibe».

O facto em questão, porém, não emparelha nem com o da sentina pestilenta, nem com o dos vinhos corruptos, nem com o da goleta infeccionada, mas com o da propriedade transitoriamente furtada ao seu dono pelo effeito do cordão sanitario. Se alli era irrecusavel a reparação, muito mais aqui. Trata-se com effeito, neste momento, dos direitos inherentes á posse de um valioso immovel, estribadã na lei e em um contracto com a municipalidade. Desse predio soffreu o A. expropriação effectiva e prolongada, ainda que não declarada e formal, por effeito de uma resolução adoptada sob um pretexto de hygiene, contrario á verdade, agora judicialmente verificada e *então facilmente verificavel, se a auctoridade municipal a quizesse verificar*, dando ensejo á defeza do proprietario, em vez de o surprehender, contra todo o direito, antes de qualquer intimação, ou requisição, com a medida violenta e lesiva.

Solemnes decisões conta a jurisprudencia republicana condemnando o governo á indemnização do damno causado a particulares por actos *de auctoridade*, isto é, actos praticados *jure imperii*. Tal o accordam proferido, em dezembro de 1897, pelo tribunal de justiça de S. Paulo, obrigando o municipio da capital

aos prejuizos de um acto *jure imperii*, como era a medida policial contra a Companhia Frontão Paulista, e o accordam pronunciado pelo supremo tribunal federal, em 6 de março de 1897, contra o estado de Pernambuco. (1)

O proprio governo federal subscreveu essa doutrina, requisitando, o anno passado, ao congresso, em mensagem especial, a quantia de £ 1.998,19,2, para resarcir aos proprietarios do vapor inglez *Stannmore* o damno, que soffreram por actos da policia sanitaria, no porto de Santos. (2)

(1) O DIREITO, vol. LXXIII, pag. 337.

(2) « Srs. membros do Congeesso Nacional. — O vapor inglez *Stannmore*, o qual sahira de New-Port, ultimo porto de sua esca'la, na Inglaterra, no dia 13 de agosto de 1892, e depois toc'ara em Las Palmas (ilhas Canarias), tendo dahi zarpado a 23 do corrente mez, com destino á Santos, chegou a este ultimo porto a 8 de setembro seguinte.

« Vigorava então o acto do governo que havia declarado suspeitos de *cholera-morbus* os portos das ilhas Britanicas, a contar de 19 do dito mez de agosto, pelo que estacionava á entrada da barra de Santos um vaso de guerra brasileiro afim de fazer as devidas intimações aos navios, que demandavão aquelle porto.

« Occorreu que, ou por ter havido engano por parte do commandante do *Stannmore* na transmissão do signal indicativo da data da sahida do porto de procedencia da embarcação, ou por ter sido o *alludido signal mal interpretado a bordo do navio de guerra brasileiro*, foi o vapor *Stannmore* considerado sujeito a tratamento sanitario e compellido, havendo chegado o dito navio de guerra quasi a fazer uso de sua artilharia, a seguir para o lazareto da Ilha Grande, o que effectivamente realizou.

« Verificado neste estabelecimento quarentenario que fôra *descabida* a suspeição do vapor de que se trata, porquanto sahira de New-Port antes do dia em que começou a ser observado o interdicto sanitario dos portos das Ilha Britanicas, teve *Stannmore* livre pratica immediatamente, e solicitaram os respectivos proprietarios que se lhes indemnizassem os prejuizos resultantes da travessia, a que havia sido *indevidamente* obrigado o navio, travessia durante a qual se vio forçado a queimar parte do carregamento, á falta de combustivel.

« Discutida a questão, que a legação britanica apoiára, chegou o governo, por intermedio do ministerio das relações exteriores, ao accôrdo de pagar aos reclamantes a quantia de £1.098,19,2 como *indemnização dos prejuizos soffridos*.

« Para effectuar o pagamento venho pedir-vos o necessario credito.

« Capital Federal, 12 de julho de 1897. — Prudente J. de Moraes Barros, Presidente da Republica. » (*Diario Official* de 17 de julho de 1897.)

Não se attenta contra a independencia e soberania dos actos discricionarios, quando, sem os atacar na sua origem, na sua essencia, ou na sua acção immediata, se trata de antemurar *contra as suas consequencias*, pelo principio da reparação do damno, um direito legal e fundamental como o de propriedade. Até o damno procedente de actos de guerra, de medidas concernentes á defeza militar da nação, *os mais ineluctaveis de todos os actos de imperio*, não escapa á responsabilidade civil, senão quando o estado mostre, consoante a regra de VATTEL, « que foi occasionado por *necessidade inevitavel* ». (1)

Nada ha, entretanto, do *incursus hostium* nas luctas armadas, da invasão impetuosa do contagio nas molestias de indole perigosa e diffusiva (*pestis est bellum divinum*), da força irruptiva dos elementos nas inundações (2), nada ha dessa *vis major cui resisti non potest*, que estabelece a irresponsabilidade nos actos do poder, como nos do individuo, nada ha, que de longe sequer se pareça com essas situações exculpatórias dos actos supremos de defeza individual ou social, nada ha disso na attitude gratuita, irreflexiva, violenta a frio do administrador, que, sob o pretexto de insalubridade irremediavel contra

(1) VATTEL: *Droit-des gens*, l. III, § 232. — LAURENT: *Princ. de droit civil*, v. XX, ns. 459 e segs.—CHIRONI: *Colpa extra c.*, v. II, pg. 400.

(2) Cassac. de Roma 20 de julho de 1896. Ricci: *Obblig.*, n. 295, p. 545-7.

um predio absolutamente salubre, pouco depois utilizado pelo governo como sanatorio official, o desacredita, o despova, o fecha, o condemna á improductividade por muitos annos,—tão negligente e desmemoriado, que lhe decreta a inhabitalidade, e depois favorece a diversos com a permissão de habital-o, que lhe cerra as portas, e, sem saber, lhe deixa ficar as chaves pelas mãos dos seus agentes (fls. 42 v. 43, 46, 49-49), que confisca praticamente ao proprietario todas as vantagens do dominio util, sem ter consciencia de que o está prejudicando, e leva a incuria, o esquecimento, o desmancho ao ponto de não sentir enxertar-se na sua intrusão, superpor-se ao seu abuso, substituir-se á sua anomalia, a anomalia, o abuso, a intrusão do governo, empalmando sem cerimonia, para aboletar batalhões, o predio vedado pelo interdicto municipal, e cujas chaves, os empregados municipaes chamaram de novo á sua posse, quando a força armada o despejou.

III

CULPA CONTRACTUAL

Até agora, porém, para prevenir a questão pela face mais grave, temos discorrido, como se versara sobre um caso *de culpa extra-contractual*, isto é como se não existissem entre a municipalidade obrigações originarias de mutuo compromisso, vinculos resultantes de uma convenção. Só no que diz respeito á culpa aquiliana, com effeito, se controverte, entre a escola juridica e a escola fiscal, o principio da responsabilidade do estado pela culpa civil nos actos do poder.

Tractando-se, pelo contrario, de culpa *contractual*, são unanimes, quanto a essa responsabilidade, as opiniões, na jurisprudencia e na doutrina. Ainda os mais extremados adeptos da irresponsabilidade do estado, os que a proclamam em regra geral, modificada apenas por um minimo de excepções, estão de accôrdo em que, pelos contractos que

celebra, a administração publica se subordina ao direito privado, perde, portanto, a faculdade de rompê-los, e, se os rompe, incorre na obrigação commum de restituir. Não se dissolvem taes laços nem mesmo pela força do arbitrio legislativo, que, comquanto soberano e irresponsavel no circulo da sua competencia constitucional, nenhuma auctoridade tem, para resilir contractos legalmente concluidos pelos individuos, ou por governo. Se o fizesse, attentaria contra as normas fundamentaes, que asseguram o direito de propriedade, e vedam a retroactividade das leis. Nunca se invoçou a immuni-
dade civil pelos actos de imperio senão nas hypotheses de culpa aquiliana. Perante um contracto violado, não colhe a differença entre actos de gestão e actos de auctoridade. Se esta obra na esphera de suas funcções, e se inspira no bem publico, poderá valer-lhe a escusa, para interdizer aos tribunaes a annullação da medida; mas não vale, para a exonerar da responsabilidade pelo damno.

E' por isso que, profundamente imbuido na tendencia fiscal, não hesita, comtudo, um dos mais modernos expositores da theoria da irresponsabilidade civil applicada aos actos administrativos em consideral-a absoluta, para o poder publico, em qualquer das suas espheras, desde a localidade até a nação, nas *hypotheses de culpa contractual*.

Eis as suas palavras :

« La commune est encore responsable lorsque l'acte d'autorité renferme la violation d'un contrat. La jurisprudence n'a jamais hésité, et avec raison, à n'admettre aucun motif d'irresponsabilité en ce qui concerne la faute contractuelle. L'acte qui contient la violation du contrat peut être en lui même un acte d'autorité pris par l'administration en vue des intérêts généraux dont elle a la garde. Les tribunaux compétents pour statuer sur le contrat n'ont pas le droit d'annuler cet acte, ni d'en arrêter les effets, parce que l'administration ne peut pas, par un contrat, renoncer aux droits de puissance publique qui lui appartiennent. Mais elle a pu valablement s'engager à indemniser son cocontractant au cas où elle exercerait ses droits contrairement à la convention. » (1)

(1) L. MICHOUB: *De la responsabilité des communes*. Loc. cit., pag. 61.

E' MANTELLINI, e, a summa cmoar sebosuctori-
dade, a mais festejada hoje entre todas, ao menos aqui,
entre os adeptos da theoria que nega responsabilidade
civil do estado, E, todavia, tratando-se de culpa *con-*
tractual, esse auctor formal e peremptoriamente a
reconhece :

« Lice al privato l'agire *civilmente* con
lo stato, quando il privato agisce di privata
ragione o come singolo, e per rapporti dove
lo stato assuma veste civile ; o, se ed in
quanto lo stato possegga, *contrati* o litighi.
Persona giuridica, o di diritto, lo stato ente
politico nell'impero o nella giurisdizione,
aggiunge veste civile nella gestione, se ed
in quanto possiede, *se ed in quanto contratta*,
se ed in quanto piatisce. » (1)

Quando pleitêia, quando possue, quando *con-*
tracta, o estado é *pessoa civil*. Em responsabilidade
civil incorre, pois, o estado, quando quebra os seus
contractos. Mas, se essa regra se applica ao estado,
o mais alto dos entes politicos, das personificações da
soberania organizada, com maioria de razão cabe ás
municipalidades.

(1) MANTELLINI: *Lo Stato e il codice civile*, v. I (1883, pg. 53).

Por isso os auctores mais inclinados á theoria da irresponsabilidade civil do estado e ainda os que, a esse respeito, equiparam completamente ao estado o municipio, não hesitam, comtudo, em estabelecer como principio preliminar a responsabilidade civil dos municipios pela quebra dos contractos com elle celebrados.

Por todos, neste sentido, bastará citar o exemplo de GEORGIO GIORGI, que se exprime deste modo ;

«Per aprirme la via comincerò dall' osservare, che non vi può esser dubbio sulla responsabilitá civile del municipio pe-fatto illecito dei suoi impiegati nello inadem-pimento dei contratti. » (1)

Ora, como tivemos occasião de vêr, no começo destas razões (II, § 1º, pgs. 12-18), é a propria Ré quem considera firmar-se o dominio do A. sobre o mercado da Gloria em um contracto bilateral, allegando a violação de cujas clausulas pelos concessionarios pretendeu annullal-o, em 1886, por acção ordinaria, de que, vencida em primeira instancia, desistiu.

(1) *La dotrina delle persone giuridiche*, vol. IV, pg. 404.

Mais na sentença, com que se conformou a Ré, que dest'arte passou em julgado, e que, portanto, faz lei entre as partes, consiste o fundamento do julgado na existencia *de um contracto* infringido pela Ré e cumprido pela outra parte, em cujos direitos está hoje subrogado o A.

Dizia, com effeito, o juiz prolator :

« Ficou patente que o edificio construido tem o caracteristico do mercado publico, de accôrdo com os estylos da epocha em que foi construido, e com todos os elementos essenciaes para promover o mercado, tendo sido, portanto, observada a clausula **DO CONTRACTO.**» (1)

Logo, tendo esquecido e nullificado inteiramente esse contracto, ainda que sob o pretexto de actos de auctoridade, o municipio responde pelo damno ; porque, como, ha pouco, demonstrâmos, quando o acto de auctoridade transgride um contracto municipal, ainda que se não possa annullar por sentença, indubitavelmente, pelo menos, constitue o municipio em responsabilidade civil pelo prejuizo. (2)

(1) V. *supra*, pg. 17.

(2) V. *supra*, pg. 89.

Sejam quaes forem, pois, as concessões admissíveis á defesa e o lado, por que se encare a situação jurídica da Ré, no mesmo resultado vamos dar sempre: a culpa e responsabilidade civil.

Quanto á importancia dos prejuizos, cuja avaliação pelo A. a Ré acoima de excessiva, teremos azo, na execução, de mostrar o contrario, aliás já demonstrado pela prova dos autos.

RUY BARBOSA.

