

## RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

João Batista Gomes Moreira<sup>(\*)</sup>

*1. Antecedentes históricos. 2. Responsabilidade objetiva. 3. Responsabilidade objetiva do Estado. 3.1. Teoria da culpa (ou falta) do serviço ou do acidente administrativo. 3.2. Teoria do risco. 3.3. Causas de exclusão. 4. Resultados práticos do caráter objetivo da responsabilidade do Estado. 5. Avaliação crítica. 6. Direito comparado.*

### *1. Antecedentes históricos*

O movimento constitucionalista, com os princípios da legalidade e de separação dos Poderes, trouxe a concepção de que o Estado, em igualdade de condições com os súditos, se subordina à lei e ao controle por órgão independente. Em consequência, foi caindo em desprestígio a tese, defendida até a primeira metade do Séc. XIX, da irresponsabilidade estatal e de responsabilidade exclusiva do agente por danos ao particular.

O primeiro passo nesse rumo foi a classificação dos atos da Administração em *atos de império* e *atos de gestão*, para se poder admitir, em relação a estes, o controle e a responsabilidade do Estado baseada na culpa civilística, isto é, desde que provada, pelo lesado, culpa do funcionário ou preposto.

Tal classificação tem raízes: a) em reforma feita por Luís XV, no início do Séc. XVIII, com a finalidade de restringir o poder dos *Parlamentos* (tribunais da época), subtraindo-se-lhes a competência para julgar questões de interesse do Estado, as quais passaram a ser apreciadas pelos Conselhos do Rei<sup>(1)</sup>; b) na *teoria do fisco*, desenvolvida na Alemanha, segundo a qual as questões patrimoniais envol-

(\*) Juiz Federal da 1ª Região.

(1) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. SP: Atlas, 1991, p. 17.

vendo o Estado estariam sujeitas ao direito privado e submetidas, em conseqüência, a tribunais independentes;<sup>(2)</sup> c) no objetivo de excluir a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares durante a convulsão por que passou a França após a queda da realeza.<sup>(3)</sup>

Os autores consultados não indicam até quando prevaleceu a referida dicotomia. Limitam-se a dizer que foi sendo abandonada gradativamente para dar lugar à responsabilidade do Estado por quaisquer atos danosos, independentemente de sua natureza, embora ainda com base nos critérios do Direito Civil, até o final do Séc. XIX, quando se instaurou uma fase de transição para a responsabilidade objetiva.

Na seara das relações privadas, a situação também se transformava. A teoria subjetiva da responsabilidade, se adequada à simplicidade das relações sociais nos primeiros tempos do liberalismo, passou a não corresponder à ordem instaurada a partir da revolução industrial. A complexidade do novo ambiente forçou a ampliação do conceito de culpa, de modo a comportar situações que significavam, na realidade, meras presunções. Era a necessidade de propiciar segurança sem causar entraves ao processo de desenvolvimento econômico.

Daquelas mesmas transformações econômicas e sociais surge, hipertrofiado, o Estado intervencionista, alimentado por idéias socializantes, de que são sintomas: a) o conceito de propriedade destinada à função social; b) o dirigismo contratual; c) a responsabilidade civil objetiva.<sup>(4)</sup>

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil do Estado, tal como hoje concebida, é fruto, em primeiro plano, da institucionalização do princípio da legalidade (evolução do regime de irresponsabilidade, autoritário, para o de responsabilidade, democrático; o Estado também subordinado à lei) e da complexidade das modernas relações econômicas e sociais, causadora de progressiva objetivação do conceito de culpa, até chegar à responsabilidade objetiva.

## 2. Responsabilidade objetiva

Característica da responsabilidade objetiva, como a própria designação indica, é a desconsideração do aspecto subjetivo, anímico, do agente, pessoa humana, como determinante de resultado danoso. Relevante para a sua configuração é apenas o evento ligado a uma causalidade material, física e externa.

Seja permitido relembrar que duas principais teorias procuraram estabelecer critérios para determinação da causa de um evento danoso: a da *equivalência das condições*, ou *conditio sine qua non*, e a da *causalidade adequada*.

---

(2) CANOTILHO, José Joaquim, citando Otto Mayer. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Almedina, s/d., pp. 37, 44 e 53.

(3) CRETELLA JR., José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. SP: Saraiva, 1980, p. 67.

(4) PIETRO, Maria Sylvania Zanella de. *Op. cit.*, p. 24.

Nenhuma delas consegue responder satisfatoriamente a todos os questionamentos sobre causalidade, tendo maior aplicação a segunda, com apoio de critérios auxiliares que lhe foram adicionados para resolver a dificuldade da interrupção do nexo causal: *imediatidade e necessariedade*.<sup>(5-6)</sup>

### 3. Responsabilidade objetiva do Estado

São pelos autores citados, como marcos no caminho para a adoção da responsabilidade objetiva do Estado, o *Caso Blanco*, de 1873,<sup>(7)</sup> e o *Caso Anguet*, de 1911,<sup>(8)</sup> dentre vários outros decididos pelo Conselho de Estado da França, que sempre se manteve na vanguarda do processo de evolução do Direito Administrativo.

De acordo com Canotilho, “ao aproximar-se o final do Séc. XIX, as idéias do princípio da igualdade e do risco, que tinham permanecido ocultas num mundo preocupado com o livre desenvolvimento do indivíduo e alheio à distribuição dos danos fortuitamente causados ou derivados de actividades isentas de culpa, passam a ganhar a atenção dos filósofos, sociólogos e juristas, concordantes no facto de o acréscimo incessante da possibilidade de causação de danos pelo Estado não poder ser satisfatoriamente resolvida nos limites dos quadros da responsabilidade subjetiva”.<sup>(9)</sup>

#### 3.1. Teoria da culpa (ou falta) do serviço ou do acidente administrativo

De acordo com a teoria do *acidente administrativo* ou da *culpa do serviço*, que prevaleceu a partir do final do Séc. XIX, para a configuração de responsabilidade do Estado bastaria a prova, a cargo do lesado, de que o dano resultara de mau desempenho da máquina estatal, abstraindo-se a participação do elemento humano, agente ou preposto.

Convencionou-se que configurava acidente administrativo se o serviço: a) não funcionava; b) atrasava no funcionamento; c) funcionava mal; d) funcionava com infração a preceito regulamentar.<sup>(10)</sup>

Traduziu essa teoria uma fase intermediária de passagem para a idéia propriamente objetivista na definição da responsabilidade estatal.

Embora seja, pela maioria dos autores, tida como primeiro estágio da responsabilidade objetiva, há quem conteste tal rótulo, sob a alegação de que *falta do serviço* significa, na verdade, presunção de culpa. Sua inserção no capítulo das

---

(5) SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*. SP: Saraiva, 1974, p. 128.

(6) RTJ 143/270.

(7) CRETELLA JR., José. *Op. cit.*, p. 28.

(8) *Idem*, p. 94.

(9) *Op. cit.*, p. 56.

(10) MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., SP: Max Limonad, s/d, p. 311.

teorias objetivas teria sido resultado de errada tradução do termo *faute*, como *falta*, quando o significado literal, correto, seria *culpa*.<sup>(11)</sup>

### 3.2. Teoria do risco

A teoria do *accidente administrativo*, conquanto tenha representado avanço, ainda não satisfazia aos anseios de justiça, pelo fato de a indenização do dano ficar dependente da prova de ocorrência de uma daquelas quatro situações anormais na prestação de serviço público.

Pela *teoria do risco*, que lhe seguiu, o dever de indenizar ainda depende de demonstração do dano e respectiva causa, a cargo do lesado (em princípio), mas sem restrição àqueles itens, podendo a causa consistir até mesmo num ato lícito.

Sustenta-se como seu fundamento que o Estado, no desempenho de suas atividades, cria situações de perigo e causa efetivamente danos ao particular, pelos quais deve responder com o patrimônio formado pelos tributos pagos pela comunidade, em benefício da qual foi instituído. É a ligação da teoria do risco, aplicada também no setor privado (*risco proveito ou risco criado*), com a da *equitativa distribuição dos ônus e encargos públicos*.

Outros fundamentos aventados para a responsabilidade objetiva do Estado (teorias do *sacrifício*, *Otto Mayer*, da *segurança social*, *Diguit*, e da *lesão*, *Orlando*), tiveram menor influência.<sup>(12)</sup>

### 3.3. Causas de exclusão

Apontam-se como causas de exclusão da responsabilidade do Estado o *fato de terceiro*, a *força maior* e a *culpa da vítima*. Não o *caso fortuito*.

Na realidade, as três hipóteses apontadas como excludentes o são porque, quando determinantes únicas do resultado, configuram ausência de causalidade atribuída ao Estado.

O fato de terceiro, quando vinculado à Administração, e a culpa parcial da vítima podem determinar divisão da responsabilidade com o Estado.<sup>(13)</sup>

Quanto aos fenômenos da natureza, se poderiam mas não foram prevenidos por obras públicas, não excluem responsabilidade, o que, em última análise, afasta um dos requisitos da *força maior*, que é a inevitabilidade pelos meios normais.

---

(11) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., SP: Malheiros Editores, 1994, p. 481.

(12) GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires: Macchi, 1995, p. XX.10, repercussão da teoria do *enriquecimiento sem causa* na jurisprudência argentina.

(13) CRETELLA JR., José. *Op. cit.*, p. 137.

Como *caso fortuito* apontam-se as falhas imprevisíveis da máquina (coisas de fabricação humana, de um modo geral), insusceptíveis de controle pelos meios razoáveis.

Alguns autores ramificam a *teoria do risco* em *teoria do risco administrativo* e *teoria do risco integral*, a última justificando indenização de danos pelo Estado sem qualquer hipótese de exclusão.<sup>(14)</sup>

#### 4. Resultados práticos do caráter objetivo da responsabilidade do Estado

4.1. O resultado principal da teoria objetiva é a dispensa de verificação de eventual culpa do servidor ou preposto do Estado. Basta o exame da causalidade, o que embora às vezes impõe verificação da conduta do agente público, servidor ou preposto (nas chamadas *obrigações de meio*), como é o caso dos serviços profissionais.<sup>(15)</sup>

4.2. Outro resultado importante é o deslocamento da responsabilidade, que deixa de ser exclusiva, pessoal e direta do servidor ou preposto para ser assumida pela pessoa jurídica estatal, a qual, presume-se, tem maiores condições financeiras para suportar o pagamento de indenização.

4.3. Corolário da responsabilidade objetiva é ainda o dever de indenização de danos causados mesmo por ato lícito, desde que produtor de um resultado anormal e especial.<sup>(16)</sup> Esta é uma peculiaridade da responsabilidade civil do Estado, porque só o Estado, detentor do poder de império, é capaz de intervir lícitamente na esfera patrimonial (Ex.: fechamento de rua ou elevação de via pública, causando desnível às construções vizinhas — *expropriação aleatória*, no dizer de Canotilho<sup>(17)</sup>) e de outros direitos individuais (ex.: prisão cautelar). Aqui considera-se o simples resultado danoso, o lado passivo da relação, não aparecendo como suporte da responsabilidade a teoria do risco, pelo menos no seu conceito restrito.<sup>(18)</sup>

Haveria possibilidade de o particular, na esfera extracontratual, praticar ato danoso lícito sujeito a indenização? Há quem afirme positivamente, citando-se como exemplo as atividades potencialmente poluidoras, autorizadas pelo Poder Público.<sup>(19)</sup> A diferença está, porém, em que a autorização para o exercício de atividade potencialmente poluidora é dada com ressalva de direitos de terceiros e de responsabilidade por resultado danoso, podendo tal resultado ser obstado preventivamente.

---

(14) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., SP: Malheiros Editores, 1995, p. 557.

(15) SILVA, Almiro do Couto. "Responsabilidade extracontratual no direito brasileiro", *RDA* 202:19/41.

(16) Canotilho, *op. cit.*, pp. 118/9.

(17) *Idem*, p. 121.

(18) RIVERO, Jean, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 483.

(19) SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 2ª ed./2ª tir., SP: Malheiros Editores, 1997, p. 216.

4.4. A irrelevância do *caso fortuito* pode, da mesma forma, ser listada como efeito da responsabilidade objetiva, fundada no risco e na presunção de culpa. É um resultado importante se considerada a crescente mecanização e automatização das atividades estatais.

4.5. Finalmente, no campo do Direito Processual, a responsabilidade objetiva, pelo fundamento do risco e em consideração à freqüente inferioridade das vítimas, recomenda tratamento favorável ao lesado quanto aos meios de prova, indo até à hipótese de inversão do respectivo ônus.<sup>(20)</sup> Em certas situações, demonstrado razoavelmente, ou às vezes apenas precariamente, o dano e a respectiva causa, se a Administração não logra fazer prova contrária, a dúvida resulta em benefício do autor da ação.

### 5. *Apreciação crítica*

5.1. Como conclusão geral, sustento que, quanto à natureza, a distinção da responsabilidade do Estado por danos, em relação ao setor privado, é apenas de grau, chegando em alguns casos a não haver diferença (setor de transporte, energia, acidentes de trabalho e de atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, em que predomina a teoria objetiva).

O mais apregoado fundamento da responsabilidade civil do Estado — *justa distribuição dos ônus e encargos* — não é fundamento propriamente jurídico. Não há, do ponto de vista jurídico, correlação direta, muito menos matemática, entre o pagamento de tributos e a indenização por danos causados na prestação de serviços públicos. Por outro lado, tributos não são a única fonte de receitas do Estado, que produz, paralelamente, em grande monta, receitas originárias, estas constituindo a principal categoria de receitas das empresas estatais prestadoras de serviços públicos comerciais e industriais, remunerados por preços públicos.

Em última análise, juridicamente falando, o que motiva o pagamento de indenização pelo Estado e suas empresas é o fato de serem titulares de patrimônio e, no regime democrático, estarem sujeitos à Constituição, às leis e aos princípios gerais do Direito (relembrem-se as origens históricas), cabendo a cada regime jurídico estabelecer o caráter mais ou menos objetivo da atribuição de responsabilidade.

Uma palavra deve ser dita, nesse contexto, sobre o *interesse público*, princípio que marca e orienta toda a atividade administrativa.

Na doutrina italiana faz-se classificação entre interesses primários e secundários da Administração. Observa a propósito Celso Antônio Bandeira de Mello que a Administração “poderia ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagera-

---

(20) DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 7ª ed., RJ: Forense, 1983, pp. 85/96.

dos. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade”.<sup>(21)</sup>

5.2. Se é verdade que há situações de risco criadas pelas atividades estatais, não se pode ignorar, por outro lado, que nem todas as atividades públicas são perigosas, sendo algumas desempenhadas em condições bem semelhantes às do setor privado.<sup>(22)</sup>

Nem todas as vítimas são hipossuficientes (o que dizer da lide instaurada entre poderosa organização privada e um pequeno Município?).

O patrimônio público é indisponível. Este princípio, no sistema brasileiro, afasta a presunção de verdade dos fatos decorrente da revelia, faz dilatar em favor do Poder Público os prazos processuais, dificulta a conciliação, impede a penhora de bens, determina remessa obrigatória do processo à segunda instância e condiciona os pagamentos feitos pela Fazenda Pública, em virtude de decisões judiciais, aos precatórios. Nenhuma dessas regras está expressamente afastada na hipótese de ação de indenização movida contra o Estado.

Tais aspectos impedem seja generalizada a situação de favorecimento do autor de ação de indenização contra o Estado, devendo, sim, haver tratamento casuístico, à semelhança do que está delineado no art. 6º, VII, do nosso Código do Consumidor (“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”).

5.3. A assunção, pelo Estado, da obrigação de indenizar, com base na teoria objetiva, deve ser acompanhada de cuidadoso controle para responsabilizar, regressivamente, seus servidores faltosos. Se a responsabilidade objetiva, direta, do Estado previne o emperramento da Administração e a timidez de servidores dedicados a atividades perigosas,<sup>(23)</sup> a ausência de sanções, prontas e adequadas, aumenta a arbitrariedade. Conforme opina *Agustín A. Gordillo*, “la inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales; entendemos por ello, en suma, que el problema de la responsabilidad del Estado nunca debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos”.<sup>(24)</sup>

---

(21) *Op. cit.*, p. 22.

(22) CRETELLA JR., José, *op. cit.*, p. 100.

(23) CRETELLA JR., José, *op. cit.*, p. 89.

(24) *Op. cit.*, p. XX-2.

5.4. Tendendo para o *Estado-mínimo*, o atual momento histórico torna inadequada a teoria do risco social, que justificaria o funcionamento do Estado como gigantesca empresa de seguros, responsabilizando-se por todos os danos (públicos e privados), tal como preconiza o Prof. Wilson Melo da Silva, ex-Diretor da Faculdade de Direito da UFMG, em sua primorosa obra *Responsabilidade Civil sem Culpa*.

#### 6. *Direito comparado*

Estatuto Civil da Rússia, de 1923: “Aquele que tenha causado um dano a uma outra pessoa ou a um bem alheio, fica obrigado a ressarcir o prejuízo correspondente. Ficará, contudo, liberado de tal obrigação se provar que não pôde impedir o dano, ou que teve o direito de causá-lo, ou que o dano resultou, intencionalmente, de negligência não escusável, atribuível à própria vítima”.

Constituição da República Portuguesa (1976): “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem” (art. 22). .... “Os funcionários e agentes do Estado e as demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas suas ações e omissões de que resulte violação dos direitos ou dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica” (art. 271).

Constituição Italiana (1987): “Os funcionários e os dependentes do Estado e das entidades públicas são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados com violação de direitos. Nesses casos, a responsabilidade civil estende-se ao Estado e às entidades públicas” (art. 28).

Constituição da Espanha (1986): “Os particulares terão direito, nos termos da lei, a ser indenizados pelas lesões dos seus bens, salvo nos casos de força maior, sempre que as lesões sejam consequência do funcionamento dos serviços públicos” (art. 106.2).

Constituição do Japão: “Todos poderão mover ação judicial pedindo reparação de conformidade com o que estipula a lei do Estado ou de uma entidade pública, desde que tenha havido dano decorrente de ato ilegal praticado por qualquer funcionário público” (art. 17).

Constituição da República de Cuba (1987): “Toda pessoa que sofreu dano ou prejuízo causado indevidamente por funcionários ou agentes do Estado, por motivo do exercício das funções próprias de seu cargo, tem direito a reclamar e obter a correspondente reparação ou indenização na forma que a lei estabelecer” (art. 26).

Constituição da República Popular da China (1987): “Os cidadãos que sofrerem prejuízos em consequência de uma violação de seus direitos cívicos por parte de qualquer órgão ou funcionário do Estado têm direito a ser indenizados nos termos previstos em lei” (art. 41, última parte).



Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (em vigor na França por força do preâmbulo da Constituição de 1958): “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização” (art. 17º).

Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, § 6º).

### *Bibliografia*

- AFONSO DA SILVA, José. *Direito Ambiental Constitucional*, 2ª ed./2ª tir., SP: Malheiros, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., SP: Malheiros Editores, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra: Almedina, s/d.
- CRETELLA JR., José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, SP: Saraiva, 1980.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 7ª ed., RJ: Forense, 1983.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade Administrativa na Constituição de 1988*, SP: Atlas, 1991.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Macchi, Buenos Aires: t. 2, 1995.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., SP: Max Limonad, s/d.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., SP: Malheiros Editores, 1995.
- SILVA, Almiro do Couto. “*Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro*”, *RDA* 202: 19/41.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*, 2ª ed., SP: Saraiva, 1974.