

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM INDENIZAR

Diná Solange Alves
Advogada

O termo *responsabilidade*, se não for cuidadosamente conceituado, poderá prestar-se a ambigüidades, em razão da pobreza, sob muitos aspectos, do vocabulário jurídico¹.

Por outro lado, recorde-se que há uma capacidade de se obrigar e de ser responsável, como existe uma capacidade de adquirir. Esta capacidade reside na personalidade jurídica que é o centro de todas as capacidades.

Não há *responsabilidade* sem prejuízo. O prejuízo ocasionado é o *dano*. Em nenhum caso, a *responsabilidade* das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidades da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato.

Por esse motivo, no campo jurídico, a responsabilidade pressupõe: a) aquele que infringe a norma; b) a vítima da quebra; c) o nexó causal entre o agente e a irregularidade, e d) o prejuízo ocasionado – o dano a fim de que se proceda à reparação, ou seja, tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no status econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial.

“Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrada no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar”².

No campo do direito, a pessoa física pode produzir *dano*, empenhando a *responsabilidade*, quer no âmbito do direito público, caso em que a pessoa física é o funcionário público, agente do Estado, quer no campo do direito privado, quando a pessoa física é preposto de pessoa jurídica, quer seja fundação privada, quer corporação privada.

Obrigação pública de indenizar em decorrência de “atos de gestão”

O Estado é responsável, civilmente, por danos causados aos particulares sempre que se trate de gestão. Assim, atos de alienação, aquisição, empréstimos, contratos de toda espécie, cuidando na gerência e emprego da fortuna pública, recebimento de impostos, incluem-se entre os atos de gestão e, pois, fatos geradores da responsabilidade civil do Estado.

¹ cf. GUIDO ZANOBINI, Corso de diritto amministrativo, p. 269, 1950.

² SILVIO RODRIGUES, Responsabilidade Civil, 1979, p. 13.

Rivero (1977), diz que: “A responsabilidade do Estado foi, mesmo na ausência de texto que a apoiasse, reconhecida para os denominados *atos de gestão*, que não punham em jogo a *soberania* do Estado”.

Também Pedro Lessa comenta: “Até há poucos anos, era geralmente dada a essa inter-rogação uma só resposta, baseada numa distinção muito conhecida: será reparado o dano pela pessoa moral, se emanou de um *ato de gestão*; se, porém, proveio de um *ato de autoridade*, a indenização não é devida, porquanto o poder público é irresponsável. A União, o Estado, a Província, o Município praticam duas espécies de atos: ora agem como um particular na gestão do seu patrimônio; ora, usando da sua autoridade, ordenam como um poder irresistível. No primeiro caso, temos a pessoa moral da União, do Estado, da Província ou do Município; no segundo caso, temos o poder público de uma dessas circunscrições políticas e administrativas. A compra e venda de um prédio para um serviço público, um contrato de fornecimento feito pela administração pública, um desastre ocorrido numa estrada de ferro do Estado, ou numa fábrica por este explorada como um serviço administrativo, eis aí os fatos do domínio da pessoa moral da União, do Estado, ou dos seus sub organismos. A sentença de um magistrado, a demissão de um funcionário público, uma ordem administrativa para que se feche um estabelecimento insalubre, ou uma casa que ameaça ruína, aí estão fatos do domínio da União, do Estado, ou dos seus sub organismos, considerados como poder público. Entre os atos do Estado há uma antítese contínua e irredutível: de um lado os atos de gestão, do outro os de autoridade. O Estado tem duas faces: ora é pessoa moral, ora é pessoa civil, ora é Governo. A pessoa moral está sujeita ao direito privado, como os particulares, no que respeita à indenização dos danos que causa. O Governo, ou o poder público, não está subordinado às normas do direito civil e, pois, não indeniza os prejuízos que por suas decisões, atos de qualquer espécie, ou omissões, ocasiona aos particulares, pessoas singulares ou coletivas”.

Por ser difícil precisar o conceito de *ato de gestão*, em primeiro lugar, depois, por ser injurídico exigir a presença do elemento *culpa*, na caracterização da responsabilidade civil do Estado, a teoria dos atos de *império e de gestão* foi gradativamente abandonada para dar lugar a outras teorias.

Obrigação de indenizar em decorrência de “culpa administrativa”

Vários adeptos da *doutrina da culpa administrativa* sustentam que a responsabilidade civil do Estado estará caracterizada sempre que se provar a existência do elemento *culpa*, mas o *conceito de culpa*, para efeito da apuração da responsabilidade da Administração, não se circunscreverá ao modo em que entendido aquele elemento, no campo civilístico.

No âmbito da *responsabilidade administrativa*, a *culpa* é compreendida de maneira ampla. É a *culpa publicista* que, positivada, obrigará o Estado a indenizar. Caso contrário, mesmo havendo *dano* para o administrado, a Administração é isenta do ressarcimento.

Em comentário de Aguiar Dias (1979), encontramos: “Aliás, ao falar em *culpa administrativa*, não se tem em vista a *culpa civil*. Ela ocorre, quando há *acidente* imputável à Administração.

Não se confunde, *culpa*, no sentido amplo em que a entendem os administrativistas.

A teoria da culpa oferece a seguinte dificuldade: por vezes se verifica o dano, mas não se conseguia fixar a responsabilidade pessoal do funcionário. Ausente o elemento intencional ou, presente, mas não identificado, o particular ficava desprotegido, mesmo sofrendo a ação danosa produzida pelo mau funcionamento do serviço público.

Havia prejuízo e ninguém respondia por ele, pela simples razão da impossibilidade de descobrir-se o *elemento humano*, ou subjetivo, cuja atividade tivesse dado como consequência o dano.

Se houve dano, afetou pessoas ou coisas, contribuiu para a diminuição do patrimônio econômico ou moral do administrado, haverá então, ressarcimento a cargo da pessoa jurídica pública, desde que se prove o *nexo causal* entre a *pessoa responsável* e o *dano causado*.

Basta que o *serviço público* tenha funcionado mal para que o Estado seja obrigado a indenizar, quer tenha havido subsequente identificação do agente causador do dano, culpa pessoal do agente, quer tenha havido “culpa anônima”, sem identificação concreta do causador do dano.

Havendo *dano* e *nexo causal*, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o *prejuízo* e a *pessoa jurídica pública*, fonte da descompensação ocorrida.

Qual o *fato* ou *ato* necessário e suficiente para dar origem à responsabilidade civil do Estado? Em que condições o Estado é obrigado a indenizar?

Em primeiro lugar, cumpre recordar que o *instituto da responsabilidade* gira em torno do *dano*, consequente necessário de uma *causa*, pessoal ou material, que lhe deu origem. No fundo, em última análise, a *causa* é sempre o *homem*, porque as máquinas estão ou devem estar sob contínua vigilância do agente público.

A fonte primeira da responsabilidade civil do Estado é o agente público, que se exterioriza ou por meio de *atos administrativos*, ou por meio de *atos administrativos*, ou, ainda, por *omissões*.

Os *fatos administrativos* concretizam-se em *atos materiais*, não matizados de juridicidade, como a demolição de edifícios, a “penetração”, em imóvel, declarado de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, o fechamento de casa em obediência a decisão da polícia, a dispersão de manifestantes, que perturbam a ordem pública, a expulsão de estrangeiros indesejáveis, a detenção policial de delinqüente, a apreensão de gêneros estragados. Toda ação material que objetiva efeitos práticos, no interesse da pessoa jurídica que a executa, recebe o nome de *fato administrativo*, conforme Arnaldo de Valles (1965).

Ainda nos diz Matos de Vasconcelos (1936), “o *fato administrativo* é consequência do ato administrativo. Tem lugar quando a Administração, objetivando um fim determinado,

executa o ato administrativo. É o ato em ação ou na sua expressão concreta, na sua fase dinâmica. Exemplo que podemos citar é o poder de polícia do Estado. *Fato administrativo* é ato material praticado pelo Estado, no exercício da Administração.

Tanto *lícitos* como *ilícitos*, os atos e os fatos provenientes dos agentes administrativos podem causar danos aos cidadãos, originando a responsabilidade do Estado e, pois, o *dever de indenizar*.

Além disso, pode não haver nenhum ato nem fato, mas simples falha inexplicável do próprio serviço, das máquinas, por exemplo, ocasionando danos, culpa ou falha do serviço público, acidente administrativo.

Nessas condições, de um modo geral, o dano ou prejuízo, que é consequência, ou efeito, pode ter origem nas seguintes causas: ato administrativo ilícito; fato administrativo ilícito; ato administrativo lícito; fato administrativo lícito; falha da máquina.

Nos quatro primeiros casos, o *fato gerador* da responsabilidade ou *causa* da responsabilidade é a máquina. Máquina pertencente ao Estado.

Fatos que obrigam o Estado a indenizar

Em qualquer momento ou lugar, a responsabilidade do Estado pode ocorrer, em virtude da verificação de evento danoso, oriundo de fato, ato, operação ou comportamento de pessoas ligadas ao serviço público.

A *causa do dano* ora é *ilícita*, ou seja, proibida por norma jurídica que, de modo direto ou indireto, tutela um sujeito, ora é *lícita*.

Não basta, para que haja *responsabilidade*, a simples ilegalidade, inoportunidade ou inconveniência do fato, mas que tenha havido lesão de um direito subjetivo. Pode haver fatos ilegítimos ou inoportunos que não lesem nenhum direito subjetivo e que, portanto, não empenhem a responsabilidade estatal. O fato ilícito constitui o pressuposto de uma relação obrigacional, cuja consequência é o ressarcimento do *damnum injuria datum*, conforme Landi & Potenza (1963).

O *fato* (ou *ato ilícito*) surge, na maioria das vezes, em situações normais, períodos caracterizados pela marcha regular dos serviços públicos, situações que reúnem todos os requisitos necessários para a continuidade e perfeição das atividades do Estado.

Fatos do mundo ou *atos do homem*, no panorama nacional ou internacional, podem desencadear condições inoperantes para o serviço público perfeito, ocasionando prejuízos aos administrados e o chamamento por meio da responsabilidade. Entre os setores da administração, cujas atividades normais produzem danos aos administrados ou a seus bens, podemos citar os referentes à extinção de incêndios, à distribuição de correspondência e valores, à manutenção da ordem pública, à educação e à instrução, e aos transportes coletivos.

Por outro lado, danos resultantes de guerras, de revoluções, de tumultos populares, de trabalhos públicos, empenham também, em inúmeros casos, a responsabilidade extracontratual do Estado, ocasionando o dever de indenizar.

a) Exercício do poder de polícia.

Tarefas das mais complexas, no campo do direito público, é a de conceituar, em seus exatos contornos, o *poder de polícia*, sendo sempre mais fácil determinar se um caso particular está dentro do alcance daquele *poder* do que formular definição abstrata *in genere*, que compreenda todos os casos. Não se pode, pois, definir o *poder de polícia* de maneira rígida, o que é reconhecido por vários autores que já se manifestaram sobre o tema.

Uma vez estabelecido o conceito de *poder de polícia* e o de sua concretização, ou seja, da *polícia*, é possível agora ver que a atividade exercida pelas autoridades policiais é de tão característica relevância para a manutenção da ordem pública que a estruturação de qualquer *teoria da responsabilidade pública*, formulada em decorrência de dano ocasionado pelo *exercício de polícia* ficaria comprometida e impediria medidas enérgicas e rápidas caso se fundamentasse em princípios muito estritos.

Obrigação de indenizar decorrente de ato judicial danoso

Embora complexo, suscitando muita controvérsia entre os administrativistas, o tema da obrigação de indenizar por parte do Estado, em decorrência de atividades judiciais, quer jurisdicionais, quer não-jurisdicionais, não há a menor dúvida de que a matéria é administrativa, porque se trata de serviço público, aspecto material, desempenhado por agente do Estado, já que o magistrado é, sem sombra de dúvida, *funcionário público*.

Ocorreu *dano*? Existem *prejudicados*? Prova-se o *nexo causal* entre a atividade exercida pelo agente público e o prejuízo? Com tais indagações está levantada a momentosa, moderna e sempre nova questão da obrigatoriedade de indenização do Estado, em decorrência dos prejuízos causados por agentes de um dos seus Poderes.

Reivindicando para o campo do direito administrativo o estudo da responsabilidade civil do Estado, em consequência dos danos causados pelo mau funcionamento do serviço judiciário que é, antes de tudo, serviço público, podemos dividir a indagação em dois momentos, o de obrigatoriedade do Estado de indenizar em consequência de ato não jurisdicional danoso e, depois, a obrigação de indenizar em consequência de ato iminentemente jurisdicional.

Francisco de Campos, jurista, expõe o seguinte: “o Juiz é o Estado administrando a Justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da Justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no Juiz que tal interesse se apresenta e personifica”.

Bielsa (1957), figura as várias hipóteses de obrigatoriedade do Estado em indenizar, em decorrência de atos exercidos pelo Poder Judiciário, escrevendo: “Se o magistrado decide *contra o direito*, atribuindo a um o que é de outro; ou decreta a prisão de um indiciado, sem que ocorram os elementos probatórios ou semiprobatórios, que justifiquem legalmente a prisão e logo é revogada a decisão (depois de haver sofrido o condenado os

respectivos danos em sua pessoa e seus bens); ou, após uma condenação injusta, uma revisão do processo prova a inocência do condenado, terá este algum recurso legal contra o Estado, para reparar os danos sofridos como consequência exclusiva do ato judicial, ou seja, do poder público?”. E conclui: “nestas hipóteses, os atos do Poder Judiciário não responsabilizam o Estado que, segundo o princípio dominante, não é responsável, exceto se a lei expressar ou virtualmente instituir a obrigação de indenizar”.

A *reparação do erro judiciário* pode ser tentada pelo condenado, configurando uma das hipóteses da responsabilidade civil do Estado, como decorrência de ato jurisdicional falho, concretizado em erro.

Além de *erro judiciário*, há casos de ações ajuizadas contra magistrados, em virtude de dolo, concussão, morosidade nos trabalhos, configurando a responsabilidade, gerada por falhas nos serviços judiciários, em razão de motivos pessoais dos magistrados e funcionários. É a *prise à partie*, denominação dada pelos franceses.

Indenização na doutrina atual

Em nossos dias, a responsabilidade civil do Estado tem sido equacionada a partir de um dado fundamental, que é o *dano*, produzido por *peçoas iou coisas do Estado*, o *nexo causal*.

A regra é a indenização pelos prejuízos efetivamente causados pela pessoa jurídica pública ao administrado. Houve dano? Há imputabilidade? Indeniza-se o prejudicado que experimentou prejuízo em seu patrimônio, real ou moral, por *ato* ou *fato* que teve causa próxima ou remota, na Administração.

A grande divergência em torno da responsabilidade do Estado reside na radical oposição verificada entre as *teorias subjetivas* e as *teorias objetivas*, compreendendo as primeiras as que se fundamentam na *falta pessoal*, no homem, no agente, no sujeito, abrangendo as segundas as que se baseiam na falta do serviço, na falha da máquina.

As *teorias subjetivas* pressupõem a culpa da Administração pelos seus prepostos, a relação entre a ação pessoal do funcionário e suas consequências; as teorias objetivas levam em conta, principalmente, o dano, a relação entre o fato ou ato da Administração e os efeitos produzidos procurando o restabelecimento do valor econômico, reduzido pelo dano, sem se preocuparem com considerações de natureza subjetiva, humana, expressas no *dolo* ou na *culpa* do agente do Estado.

Brandão Cavalcanti (1955), argumenta: “Verificou-se o *dano*? Cabe a reparação por aquele que o causou, sujeito aos riscos do mau funcionamento ou não funcionamento dos serviços públicos.”

Mario Masagão (1968), considera os fatos de maneira objetiva, sendo-lhe indiferente que tenha ou não tenha havido *culpa*, ou irregularidade, no funcionamento do serviço. Importa, somente, verificar se há *nexo causal* entre o funcionamento e o dano suportado pelo cidadão. Compor esse dano é risco inerente à execução do serviço. Se este aproveita a todos, todos devem participar daquela composição, e até o indivíduo que percebe a indenização contribui para ela, porque paga tributos ao Estado.

O ato danoso de indivíduo que usurpou o poder é ato ilegal, pelo qual o Estado, em tese, não responde. É ato jurídico inexistente, consoante a teoria moderna do direito administrativo que, de resto, a fez derivar do direito civil. Ordinariamente, distingue-se, nos atos dos funcionários públicos, aqueles que são praticados em razão de sua condição humana, sob a influência de sentimentos, ambições ou paixões pessoais, capazes de os animarem em qualquer situação, independentemente, portanto, de sua qualidade de funcionário; e os que, mesmo se misturados a impulsos íntimos, eles o praticam necessariamente, na situação do serviço, em relação de dependência com a função que exercem, conforme nos explicita Guimarães Menegale (1957).

O mesmo Menegale, mostra que a responsabilidade da Administração é decorrente da falta do funcionário *in officio*, ou *propter officium*, no cargo ou em razão do cargo, por causa do cargo. Daí chegamos à consequência de que o Estado é responsável, regra geral, pelos atos danosos de seus agentes, ao menos por haver escolhido mal.

Ainda na mesma obra, Menegale diz: “Critério geral tem que ser da responsabilidade objetiva: então, o comitente é responsável porque, *no exercício de sua atividade*, por um defeito da ação, produziu-se ato prejudicial ao direito de outrem. Quem praticou o ato? O *único possível*, isto é, a pessoa física a seu serviço. Logo, responsável é a pessoa moral, a quem interessa o exercício daquela atividade, só possível por intermédio do agente humano, e a qual, na hipótese, se exerceu com defeito. Para elidir tal responsabilidade, ser-lhe-á necessário: que o agente humano *não esteja a seu serviço* ou, mais claro, não seja representante ou preposto; que, no momento em que praticou o ato, *não esteja no exercício de sua função*; que o ato, sobre ser contrário ao interesse do comitente, *não se relacione com a função* que o agente humano exerceu a seu serviço. A responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a do agente moral, solidariamente, ou pela ação regressiva da primeira contra ele.”

Conclusão

A análise das obras dos autores brasileiros, no setor da responsabilidade civil do Estado, revela a importância que sempre se consagrou a este instituto, tratado em livros de caráter geral e especializado, nos quais se observa o conhecimento do que melhor existe na literatura de outros países.

Distinguindo-se a *falta pessoal* da *falta do serviço*, mas exigindo o *dano causado*, como elemento básico para uma primeira colocação do *problema da responsabilidade*, a doutrina pátria imanta-se no sentido de indenizar o particular atingido no patrimônio, por fato ou ato que tenha como fonte, direta ou indireta, a Administração, ou seja, fornecendo elementos para a construção da *teoria objetiva da responsabilidade*, afastados, pois, os elementos pessoais ou subjetivos que se mesclam, complicando a elucidação do tema e solicitando a tomada de outros ângulos para o exame das variadíssimas espécies, ocorrentes na prática.

O exame das decisões jurisprudenciais corrobora o que afirmamos, revelando as discussões nos tribunais e as divergências dos juizes, cujas posições, diante dos casos, atestam de maneira eloqüente como estão longe de unanimidade de vistas os nossos mais insignes magistrados.

Um ponto, porém, é bem claro em todas as colocações: a tendência cada vez maior em responsabilizar o Estado, em decorrência de prejuízos que a ação ou omissão estatal produza, bastando, para tanto, a presença de dois elementos, o *dano* e o *dano causal*, por um lado, bem como inoocorrendo, na espécie, qualquer das causas excludentes da responsabilidade.

Houve dano? O dano derivou do Estado? Haverá necessariamente indenização, concluem os nossos magistrados de primeira instância e os tribunais que lhes confirmam as sentenças, quer no caso invoquem esta ou aquela teoria para fundamento da decisão prolatada.

Bibliografia

- MENEGALE, Guimarães. *Direito Administrativo*. 3ª ed., 1957.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 5ª ed., 1957.
- ZANOBINI, Guido. *Corso de diritto amministrativo*, ed. Milano, Itália, 1950.
- RODRIGUES, Silvio, *Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 1979.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3ª ed., ed. Dalloz, 1977.
- MASAGÃO, Mario. *Curso de direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. 1915.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. RF, 5ª ed. 1979.
- LANDI, Guido & POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. 2ª ed., 1963.