A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATO LÍCITO

LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ

1 — Introdução. 2 — Evolução da Responsabilidade em Geral. 3 — Desenvolvimento da Responsabilidade do Estado. 4 — Manifestação da Doutrina. 5 — Jurisprudência. 6 — Conclusão.

1. *Introdução*

Controvérsia que vem surgindo atualmente na doutrina e na jurisprudência é a referente à ampliação da responsabilidade civil do Estado, cuja atuação cada vez mais se agiganta no mundo moderno, em benefício de toda a coletividade, mas eventualmente em detrimento de indivíduos isolados, e a conseqüente contrapartida de tal ente público pelos possíveis danos causados a esses lesados.

Tal obrigação independe da prática de atos ilícitos por parte do poder público, sendo decorrente fundamentalmente do dano, eis que há um consenso na sociedade de que a conduta beneficia a maioria que em determinadas circunstâncias sacrifica especialmente indivíduos isolados, deve ter seu ônus repartido entre a coletividade, em respeito à idéia de Justiça social e a um princípio de eqüidade.

Essa é a matéria sobre a qual passaremos a discorrer.

2. *Evolução da responsabilidade em geral*

Mais do que em todos os demais institutos de direito, tem a responsabilidade civil apresentado uma linha evolutiva acentuada, a qual tende a se afastar paulatinamente de qualquer idéia restritiva, principalmente aquela atrelada ao conceito de culpa, tão próprio do liberalismo do século XIX, estando hoje mais próxima a ocorrência do dano puro e simples, aliado ao risco social de certas condutas.

Isso é o que salienta, e com a costumeira maestria, o insuperável civilista germânico KARL LARENZ, ao afirmar quando da abordagem da indenização pela

prática de danos, que "el ordenamiento jurídico no se conforma con establecer la responsabilidad por conducta culpable y antijurídica. La convivencia humana hace exigible que el ordenamiento jurídico permita actividades a las que va unido um riesgo considerable. Cuando este riesgo acaece y otra persona resulta perjudicada, puede ser conforme a la equidad imponer en todo o en parte la responsabilidad en estos supuestos a aquella persona que originó la situación de riesgo o se sirvió de ella para su provecho, aunque no se le pueda acusar en absoluto de haber infringido la ley. En estos casos hablamos de 'responsabilidad por riesgo'".[1]

Tal fenômeno, e com muito maior intensidade, também vem se apresentando na esfera do direito público, no que diz com a responsabilidade civil do Estado, a qual será abordada no próximo ítem do presente estudo.

3. *Desenvolvimento da responsabilidade do estado*

Tamanha e tão rápida foi a evolução da responsabilidade civil dos entes públicos, adotando-se como parâmetro os milhares de anos da evolução do homem, que se pode dizer que houve uma modificação de quase 180 graus nessa matéria em um período de aproximadamente três séculos.

Durante o absolutismo, e como decorrência da idéia de que o poder do soberano era divino, proveniente diretamente de Deus, vigia a irresponsabilidade civil do Estado, eis que tanto os governantes quanto seus prepostos agiam inspirados no Senhor, e, imbuídos de tal espírito, não podiam errar.

Após, no liberalismo, restaram equiparados em direitos e obrigações tanto os entes estatais quanto seus súditos, cabendo a estes provar a culpa daqueles para ensejar a sua responsabilização.

Hoje vige entre nós o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, sem culpa, inspirado no § 6º do art. 37 da CF, pelo qual o Poder Público responde independentemente da prova de sua culpa, desde que não demonstre conduta censurável do lesado, causadora por si só do dano, ou força maior.

Não adotamos, entretanto, o risco integral, onde o Estado responderia sempre, ainda que fosse culpado o particular.

Tal evolução se deu, e como bem salienta o administrativista tedesco FRITZ FLEINER[2], em respeito à idéia de que é finalidade essencial do ente público a proteção de situações jurídicas individuais e coletivas.

Logo, atualmente, tem-se cada vez mais como certa a noção de que toda e qualquer lesão proveniente do poder público tem que ser indenizada, mesmo que decorrente de ato lícito do Estado, salvante, obviamente, a culpa da vítima, o caso fortuito e a força maior.

Foi o que salientou um dos maiores administrativistas peninsulares deste século, GUIDO ZANOBINI, *verbis*:

1 In, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Direito Privado, Madri, 1958, v. 1, p. 191.
2 In, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Labor SA, 1933, p. 233.

"...D'altra parte, può darsi che una responsabilità derivi da un evento dannoso, anche se questo sia conseguenza di un'attività lecita' e legittima. Regole opposte valgano nei riguardi dei privati: i quali devono rispondere unicamente degli atti contrari al diritto e solo in quanto tali: vi sia, cioè, o non vi sia anche un danno da riparare. Ciò rivela un diverso fondamento della responsabilità nei due casi: pei singoli, questo è da ricercare' nell'obbligo generale di obbedienza alla legge e di osservanza di ogni dovere loro imposto dall'ordinamento; per lo Stato e per gli enti pubblici, pure non essendo estranee tali ragioni, la responsabilità si basa specialmente sopra un principio più sostanziale di giustizia distributiva, che tende ad evitare qualunque danno ingiustificatoe non equamente ripartito su tutti i consociati."[3]

Essa última situação, de dano proveniente de ato lícito, será abordada no próximo item deste trabalho.

4. *Manifestação da doutrina*

No estado evolutivo atual da responsabilidade civil dos entes públicos, praticamente existe um consenso entre os juristas sobre o cabimento da responsabilização do Poder Público sempre que ele cause dano a terceiros, mesmo que não incorra em qualquer ilícito.

Isso foi o que salientou, e com o costumeiro acerto, MARCELO CAETANO[4], o maior administrativista português, que se estendeu longamente sobre a matéria aqui versada, quando assinala que os requisitos de tal indenização por ato lícito são a existência de um sacrifício especial ou anormal, ou seja, que não incida sobre a maioria das pessoas, que tenha caráter permanente e não eventual e que tal sacrifício não se possa considerar aceitável por todos em virtude da vida em coletividade.

Tem por objeto um direito subjetivo, pessoal ou real, ou uma coisa, mas em qualquer caso deve ser suscetível de avaliação pecuniária.

A sua razão de ser diz com o princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos, eis que se um direito tem de ser sacrificado no interesse público, torna-se necessário que esse sacrifício não fique iniquamente suportado por uma pessoa só, mas que seja repartido pela coletividade.

Já o constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO[5], ao dissertar sobre a responsabilidade do estado legislador, assinalou que mesmo nos casos de atos legislativos lícitos, desde que imponham encargos especiais apenas a alguns particulares (leis fixadoras de vínculos ecológicos, urbanísticos, de nacionalização de bens) violando quer o direito de propriedade quer o princípio da igualdade, impõem uma indenização como decorrência de um Estado Constitucional democrático e dos princípios acima aludidos.

3 In, *Corso Di Diritto Amninistrativo*. Dott A. Giuffrè Editore, Milão, 1947, v. I, p. 259/60.

4 In, *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Almedina, Coimbra, 1986, v. II, p. 1.241.

5 In, *Direito Constitucional*, Ed. Almedina, 1991, p. 675.

Também OTTO MAYER[6] se pronunciou sobre a espécie, quando asseverou que a idéia de indenização devida pela administração abrange inclusive o ato lícito, eis que "no se basa en un hecho ilícito sino en un hecho contrario a la equidad, injusto". Logo, encontra fundamento diverso do direito civil, exigindo aplicação de princípios de direito público".

Não é diverso o entendimento de GUIDO ZANOBINI[7], que ao dissertar sobre a "responsabilità dello Stato per atti legittmi", relembra o enorme avanço produzido neste ramo do direito.

Ele salienta que em alguns casos o interesse público não pode ser satisfeito, a não ser com o sacrifício de um direito individual.

Nessas situações, embora a lei admita tal supressão do interesse particular, impõe como contraprestação a obrigação de indenizar, como e o caso típico a desapropriação.

Mais adiante, ZANOBINI tece limites a tal construção, argumentando que "è necessario restringere la portata entro i limiti propri della stessa norma costituzionale di cui si tratta. Tale norma, non solo nel nostro Statuto, ma anche in altre costituzioni, comprese quelle più recenti, contempla soltanto il diritto di proprietà: quindi, il relativo principio può estendersi a qualunque forma di sacrificio di tale diritto, o di facoltà in esso comprese, anche se si verifichi per cause diverse da quelle espressamente contemplate dalle leggi: ma non può estendersi ad altri diritti, quali, p. es., i diritti funzionali e quelli di prestazione, il diritto all'integrità fisica e alla libertà personale".[8]

Logo, trata-se de um princípio aplicável exclusivamente em resguardo ao direito de propriedade.

Da mesma forma, ANDRÉ DE LAUBADÈRE[9] abordou tal problemática ao enfrentar as conseqüências dos danos permanentes decorrentes de obras públicas, da qual decorra depreciação de uma propriedade, como no caso de trepidações em um imóvel decorrentes da proximidade de uma linha férrea, ou de um sumidouro d'água, tudo a ensejar a correspondente indenização em obediência à idéia da igualdade dos indivíduos ante aos encargos públicos e o binômio risco proveito do empreendimento para a coletividade.

Esse também parece ser o entendimento de MARCEL WALINE[10], que ao abordar o direito à indenização pelos danos decorrentes regular funcionamento de um serviço público, assevera que "le préjudice susceptible de reparation est seulement celui qui excède cette gêne ccmmune".

Idêntico é o posicionamento de FRITZ FLEINER[11], para quem sempre que o Estado impuser a alguns cidadãos sacrifícios pecuniários não afetem a outros, quer

6 In, *Derecho Administrativo Aleman*, Editora Depalma, Buenos Aires, 1982, v.4, p. 215 e 218.
7 In, *opus citatum*, v. 1, p. 267.
8 In, *opus citatum*, v. 1, p. 269/70.
9 In, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 116.
10 In, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 582.
11 In, "opus citatum", p. 238.

em seu direito de propriedade quer em relação a sua liberdade individual, tem de indenizar em respeito às noções de ética e de eqüidade. Refere, inclusive, a textos legais que acolheram postulações de indenização de açougueiros cerceados em sua liberdade profissional pela adoção de matadouros oficiais obrigatórios.[12].

Quanto à doutrina nacional, e por todos, basta transcrever AGUIAR DIAS[13], nosso maior estudioso da matéria, que após citar diversos casos de falta de serviço que não foram acolhidos pelos tribunais pátrios como causa de indenizar, asseverou:

"Em nossa opinião, a questão foi mal colocada porque as decisões assentaram que o Estado não deve indenização ao prejudicado ou não é civilmente responsável pelo dano. O Estado é civilmente responsável por dano causado por seus funcionários, ainda que legítimos, não sendo favor, como pareceu àquelas decisões prestar compensação aos prejudicados, porque essa obrigação decorre do art. 107 da Constituição, que não cogita de culpa para esse efeito, mas só para o exercício da ação regressiva." [14]

Feitas todas essas considerações, pode-se passar ao exame da jurisprudência.

5. *Jurisprudência*

Também em nível dos tribunais, a matéria apreciada no presente estudo vem recebendo o mesmo enfoque da doutrina.

E tal orientação tem sido adotada a partir do Pretório Excelso, como se pode apreender da leitura de antigo aresto, da lavra do saudoso Ministro PRADO KELLY, quando sua excelência asseverou, *verbis*:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — INCORPORAÇÃO DO ACERVO DE DAHNE & CONCEIÇÃO — RESILIÇÃO DO CONTRATO — INDENIZAÇÃO.

— O Estado não lesa os direitos dos indivíduos somente por meio de atos ilegais ou ilícitos de seus representantes, podendo fazê-lo: igualmente no exercício de atos inteiramente legais; a lesão daí decorrente pode ser admitida como razão determinante da respectiva responsabilidade, independentemente, portanto, da indagação quanto à culpa." [15]

Tratava a espécie de ação de indenização proposta por uma empresa contra outra sociedade privada, na qual se objetivava a reparação pecuniária por rescisão de contrato existente entre ambas pelo advento de incorporação desta ao patrimônio da União, através da expedição do Decreto-lei nº 6.456, arrimado em razões de interesse público, o que ensejou o descumprimento do pacto acima aludido.

O emérito magistrado *a quo*, embora reconhecendo a presença do interesse público objetivador da intervenção, entendeu que mesmo não justificava os prejuízos

12 O STF já se manifestou em sentido contrário à tese acima referida no aresto inserto na *RDA* 169-117.

13 In, *Da Responsabilidade Civil*, Ed. Forense, 1983, v. 2, p. 676.

14 In, *opus citatum*, v. 2, p. 676.

15 In, *Revista Forense*, 229/46.

decorrentes do inadimplemento da avença, razão pela qual se impunha a responsabilização do Estado pela prática de ato lícito, no que foi acompanhado pela superior instância.[16]

Em outra oportunidade, e agora em questão de direito de propriedade, em razão da realização de obra pública, o STF apreciou assunto aqui abordado, quando tal colegiado, na voz do Min. CARLOS VELLOSO, asseverou, *verbis*:

"OBRA PÚBLICA — DANO ANORMAL — RESPONSABILIDADE DO ESTADO

I — A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e ação administrativa. A consideração no sentido de licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

II — Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção do viaduto. Procedência da ação."[17]

Versava o caso sobre ação de indenização proposta por proprietários de imóveis residenciais prejudicados pela construção de um viaduto, que teria provocado poluição sonora, visual e ambiental, com a conseqüente desvalorização dos imóveis.

A ação foi julgada improcedente em 1ª instância, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo mantido o decisório hostilizado, sendo tal aresto reformado na via extraordinária.

Não é diversa a orientação adotada pelo TJRS, em duas oportunidades, arestos esses da lavra do hoje Ministro ATHOS CARNEIRO e do Des. aposentado CRISTIANO GRAEF.

Neste é julgado, citado no corpo da apelação cível nº 34.693, e que versa sobre a elevação de nível de rua, disse o Des. CRISTIANO, *verbis*:

"A mudança de nível das vias públicas decorre de obras de urbanização, planejadas em atenção às necessidades presentes e futuras da cidade visando ao bem comum dos munícipes. Todos contribuem igualmente para tais obras, que constituem atos lícitos do poder público. Não há, de regra, a culpa prevista no art. 159, do CC, nem incide o art. 194, da Constituição de 1946, vigente à época dos fatos. Se a relação das obras causa dano à propriedade particular, é o princípio consagrado no art. 141, § 16, com as restrições do art. 147, ambas da referida Constituição de 1946,

16 O extinto TFR, em aresto de 1988 inserto na *RDA* 174/179, adotou idêntica orientação daquela explicitada no Julgado do STF referido acima, ao reconhecer que a rescisão de contrato de obras, ainda que embasada em razão de interesse público, desde que não esteja presente o caso fortuito e a força maior, impõe a obrigação de indenizar por parte da administração.

17 In, *RDA* 190/194.

que regula eventual indenização. Não pode o particular insurgir-se contra o ato do nivelamento. Mas pode exigir indenização de prejuízos causados pelo ato lícito do poder público, na medida em que o sacrifica mais do que aos demais munícipes." [18]

São esses os arestos que encontramos especificamente sobre a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos lícitos, restando apenas apresentar as conclusões.[19]

6. *Conclusão*

Pelo muito que nos estendemos, já é hora de encerrar.

E, nesse intuito, faz-se mister tecer algumas considerações pessoais, ainda que singelas, a tudo e todos que foram referidos no presente estudo.

É do conhecimento geral que na atualidade o Poder Público se imiscui direta e indiretamente em quase cem por cento das atividades sociais, havendo parciais variações de acordo com a orientação política de cada sociedade, que distam do liberalismo excludente de intervenção estatal ao totalitarismo do Estado onipresente.

Em tais situações de intervenção do poder público, e por justiça social, entende a doutrina que os eventuais danos produzidos em benefício de toda a coletividade devem ser socializados — repartidos — nessa mesma comunidade, a fim de não gerar injustiças, em respeito ao princípio da isonomia e a uma idéia de eqüidade.

A divergência ocorre apenas no que diz com a extensão de tal garantia e a natureza do ato de intervenção estatal que a enseja.

Quanto a esta questão, pensamos, na esteira de GOMES CANOTILHO, que tanto os atos executivos quanto os legislativos que ensejem prejuízo a certas e determinadas pessoas, lesões essas que não podem ser naturalmente aceitas na vida de sociedade, devem ser passíveis de indenização, mesmo que lícitos.

Ainda que invocando o poder de polícia, o qual legitimaria amplamente a intervenção estatal, há casos em que a indenização é devida, como nas hipóteses de polícia de propriedades, no que diz com a sua limitação, desapropriação e requisição, tão bem enfocadas por CRETELA JUNIOR.[20]

Da mesma forma, temos como descabida a limitação estabelecida por GUIDO ZANOBINI que apenas concebe tal teoria em casos de lesões patrimoniais referentes ao direito de propriedade, no que é censurado por MARCELO CAETANO que a faz incidir em resguardo a qualquer direito subjetivo, pessoal ou real, ou de uma coisa, desde que suscetível de apreciação econômica.

Nesse enfoque, já referimos a lição de FRITZ FLEINER, para quem a limitação às liberdades individuais e ao exercício de certas atividades profissionais, em proveito do bem comum, pode gerar direito a indenização.

18 In, *RJTJRS* 81/403 e 404.

19 YUSSEF SAID CAHALI, em sua preciosa obra "Responsabilidade Civil do Estado", 2ª edição, p. 78 e seguintes, refere inúmeros outros arestos nesse sentido.

20 In, *Tratado de Direito Administrativo*, v. 5, 116 e seguintes e 175, e, também, *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, Ed. Saraiva, p. 109.

Tão antiga é essa tese na Europa, que inclusive foi amparada no art. 227 da Lei de Introdução ao Código Civil do cantão de Zurich, de 1911, com a seguinte redação: "El Estado es responsable del daño que ha sido causado a tercero por el ejercicio del poder del Estado por motivos de interés público, por ejemplo, inundaciones, incendios, o por medidas de polícia, cuando el damnificado no tiene obligaciónde sufrir el daño por razones de Derecho público ni haya que atribuirle la causa".

Pelo exposto, constata-se que o principal é ter presente a idéia da repartição dos ônus sociais, em respeito ao caráter comutativo das relações humanas e a igualdade de todos perante encargos, bem como o aspecto patrimonial do direito sacrificado e a inexigibilidade de aceitação pacífica de tal perda pelo prejudicado.

Resta, entretanto, muito a ser construído, razão pela qual nos limitamos, à luz de ilustres juristas, a lançar a idéia fundamental da ampliação do instituto, estando certos de que com o labor diário da doutrina e da jurisprudência, será melhor esquematizada e abordada a matéria.