

GIANNA CARLA RUBINO LOSS

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR
ATOS LÍCITOS E SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

CURITIBA

2003

GIANNA CARLA RUBINO LOSS

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR
ATOS LÍCITOS E SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, setor de
ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador:
Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

GIANNA CARLA RUBINO LOSS

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS E SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL


Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores:



Orientador: **Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Angela Cássia Costaldello
Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Pedro Henrique Xavier
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Rogério Distéfano
Universidade Federal do Paraná (suplente)

Curitiba, 07 de outubro de 2003

A Deus, pela força e coragem constantes.

Ao meu pai e herói Carlos, por ser meu maior exemplo de conduta e honestidade.

À minha doce e forte mãe Eunice, pelo imenso carinho e paciência.

À minha alegre irmã Luanna, por sua ajuda e amizade.

Ao Eduardo, pelo apoio, carinho e compreensão.

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho pelas sábias palavras de orientação, e preciosas observações que tornaram possível este trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
INTRODUÇÃO	1
1. CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	3
1.1. O TEMA.....	3
1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	7
1.2.1. Teoria da irresponsabilidade.....	7
1.2.2. Teoria civilística.....	10
1.2.3. Teorias públicísticas.....	14
1.2.3.1. Teoria da culpa anônima.....	14
1.2.3.2. Teorias do risco.....	16
1.2.3.2.1. Teoria do risco integral.....	19
1.2.3.2.2. Teoria do risco administrativo.....	20
2. CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS	23
2.1. A OBRIGAÇÃO DE REPARAR DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS.....	23
2.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	28
2.2.1. O dano ressarcível.....	28
2.2.2. Agente público atuando nessa qualidade.....	31
2.2.3. O nexó de causalidade.....	33
2.3. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	34
2.3.1. Força maior e caso fortuito.....	35
2.3.2. Culpa da vítima.....	37
2.3.3. Estado de necessidade.....	39
3. CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS E SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	40
3.1. CASUÍSTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS.....	41
CONCLUSÃO	56

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59
ANEXOS.....	63

RESUMO

O presente trabalho tem como foco principal verificar a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, iniciando com o relato das diversas teorias existentes sobre o tema de acordo com o momento histórico em que foi aplicada: da irresponsabilidade, da responsabilidade pela culpa e da responsabilidade pelo risco, com ênfase no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, necessário se fará, primeiramente, conceituar e definir o tema proposto. Após, determinar-se-á os pressupostos e requisitos essenciais que ensejam o dever de indenizar do Estado. Com isso, poder-se-á demonstrar que a comprovação do nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano sofrido pelo cidadão é fundamental para a responsabilização, enfatizando-se os casos em que o Estado não responde pelos prejuízos por ele causados a terceiros ou tem-se abrandada a sua responsabilidade. São as chamadas causas excludentes e atenuantes da responsabilidade. Por fim, analisar-se-ão os fundamentos deduzidos de decisões dos nossos Tribunais a respeito da matéria estudada, que serão objeto de interpretação e breve comentário.

INTRODUÇÃO

A questão central do presente trabalho monográfico consiste em analisar o tratamento dado pela Doutrina, Jurisprudência e Legislação pátrias ao tema da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por atos lícitos. Longe de pretender esgotar o assunto ou discutir minuciosamente todo o contexto, a intenção é apenas aprofundar o estudo, ressalvados seus próprios limites.

O método utilizado para o desenvolvimento da temática é o investigativo-interpretativo, com pesquisa aos doutrinadores e consulta jurisprudencial, e, para atingir o objetivo proposto, a monografia está estruturada em três capítulos.

No capítulo 1, cuida-se, primeiramente, da responsabilidade civil do Estado em termos gerais, consagrada que está nos artigos 37, parágrafo 6º da Constituição Federal e 43 do Código Civil vigente. Estes dispositivos legais atribuem ao Poder Público a obrigação legal de indenizar pelos prejuízos que causar, através de seus agentes atuando nessa qualidade, aos bens e interesses juridicamente protegidos dos particulares, independente de questionamentos acerca da culpa ou dolo. Para tanto, deve-se provar apenas o dano efetivo e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão da Administração Pública e este dano.

Relevante mencionar que, neste trabalho, não se fará distinção entre os termos reparação e indenização, utilizando-se ora um ora outro no decorrer da análise do tema como sinônimos.

Após, examina-se as diferentes teorias e concepções doutrinárias aplicadas à responsabilidade estatal. A primeira a ser estudada é a teoria da irresponsabilidade, que representa a época dos Estados Absolutistas, na qual não se responsabilizava o Estado por seus atos lesivos, vez que impossível era o rei falhar. Num segundo momento, passa a ser responsabilizado, ainda que de forma relativa, pelos danos advindos dos atos de gestão, diferenciando-os dos atos de império realizados pelo monarca. Com a adoção da teoria civilística, passa-se à responsabilização subjetiva do Poder Público com fulcro na culpa ou dolo do agente público, tal como aplicada no Direito Civil. Com a dificuldade de conceituar o instituto da culpa e a ampliação da ingerência do

Estado no cotidiano dos cidadãos, surgem as teorias publicísticas, fundadas na doutrina da responsabilidade objetiva, nas quais basta a demonstração do nexo causal entre o comportamento do Estado e o dano sofrido. Dividem-se em duas teorias: a teoria da culpa anônima e a teoria do risco, que se subdivide em teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.

No capítulo 2, dá-se continuidade ao exame da responsabilidade civil do Estado, mas, agora, especificamente quanto aos prejuízos suportados por terceiros em decorrência de atuação legítima e regular da Administração Pública no interesse da coletividade. Aprecia-se, de forma detalhada, os danos ensejadores do dever do Estado de ressarcir, ou seja, as características de certeza, especialidade, anormalidade e bem protegido pelo Direito, assim como a necessidade da verificação do liame causal entre o dano ressarcível e a atividade lícita estatal. Faz-se, ainda, referência sobre quem pode ser considerado o agente propiciador da responsabilização.

Importante ressalva é aquela tangenciada sobre as hipóteses em que o Estado não responde ou tem sua responsabilidade abrandada, as chamadas causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado, sendo elas: a força maior e o caso fortuito, a culpa da vítima e o estado de necessidade.

O último capítulo trata, por derradeiro, da responsabilidade do Poder Público por atos lícitos na Jurisprudência contemporânea. Cumpre, nesta parte final, estudar as hipóteses nas quais caberá amparo judicial ao administrado pelos prejuízos que suportar em decorrência da atividade regular da Administração Pública.

Para tanto, propõe-se a observação da interpretação dada a três acórdãos que foram selecionados dos diversos Tribunais do País, de situações mais freqüentes que abordam o tema posto, tecendo comentários relacionados a cada situação.

CAPÍTULO 1

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO¹

Artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 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.

Artigo 43 do novo Código Civil:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por ato dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

1.1. O TEMA

A crescente ingerência do Estado no cotidiano dos cidadãos sob o fundamento do bem comum, ante o desenvolvimento acelerado da técnica e das atividades organizadas, caracterizadores da sociedade atual, faz com que aumente, consideravelmente, o volume das funções por ele desempenhadas, e na exata proporção, as relações jurídicas mantidas com os indivíduos. Essas atividades, geralmente realizadas pelos agentes públicos, são marcadas pelo constante risco de causar danos ao patrimônio alheio, fato que, acontecendo, faz surgir para o Estado o dever jurídico de oferecer resposta à vítima, através da respectiva indenização, preenchidos os requisitos legais.

Trata-se da responsabilidade civil do Estado, uma responsabilidade extracontratual, direta, de cunho patrimonial, que visa a reparação econômica das

¹ Numa abordagem ampla, Estado são as pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, autarquias, e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos: concessionárias, permissionárias, empresas públicas, sociedades de economia mista, autorizadas.

lesões causadas a bens e interesses juridicamente protegidos pertencentes ao particular, derivadas de seu funcionamento regular ou irregular.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO salienta que “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.² A responsabilidade civil do Estado é, portanto, o dever legal do Poder Público de ressarcir o particular pelo injusto prejuízo que vier a sofrer em sua esfera juridicamente protegida, decorrente dos atos lícitos ou ilícitos dos agentes públicos no exercício de suas funções, garantindo a justa reparação ao lesado.

Faz-se mister ressaltar que a Responsabilidade do Estado incide sobre os três tipos de função pelo qual se divide o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Analisar-se-á, contudo, no decorrer do trabalho, apenas a função administrativa.

Dúvida não subsiste de que a responsabilidade civil do Estado trata de instituto essencial à construção do Estado Democrático de Direito³, fundamentando-se nos pilares da equidade e da igualdade, conforme explica Celso Antônio Bandeira de MELLO, “a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. (...) é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito”. E acrescenta, “como o Estado moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado”.⁴

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.524.

³ Ver NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987. Para o autor, o Estado social e democrático de Direito, que se revela em toda a sua extensão como Estado de Direito material, deve ser entendido “enquanto conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual”. (p.233)

Amaro CAVALCANTI, já no início do século argumentava que:

...os efeitos do mal, quando por ventura cometidos pelo Estado, devem ser distribuídos pela coletividade, do mesmo modo que se dá com os efeitos do bem comum; ou o que é o mesmo, - a obrigação lógica da coletividade de indenizar o mal sofrido *individualmente* por um ato do Estado, - repartida sua quota pelos indivíduos, como o exige a igualdade dos direitos e encargos, que cada um deve ter na coletividade-Estado. Por certo, o poder ou a prerrogativa institucional do Estado sobre os direitos individuais é enorme: vai, como se disse, até o ponto de se violar conscientemente tais direitos, desde que se proponha aos seus fins do bem público ou comum, razão fundamental do próprio Estado. Mas, nem por tudo isso, pode ele considerar-se estranho ao princípio do direito; antes, é o direito que lhe reconhece tamanho poder em vista da sua grande missão; queremos dizer, o grande poder do Estado não vai até arrogar-se o privilégio da irresponsabilidade pelo dano dos direitos individuais; porque isso, além de tudo, seria contrário à igualdade dos encargos que o Estado garante a todos e a cada um dos próprios cidadãos.⁵

A responsabilidade civil do Estado, prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal e no novo Código Civil em seu artigo 43⁶, constitui-se em imprescindível mecanismo de defesa do indivíduo frente ao Poder Público. Mediante a possibilidade de responsabilização estatal, compreendida objetivamente, o cidadão tem assegurada a certeza de que o dano injusto ao seu patrimônio ocasionado pela ação de qualquer funcionário público no desempenho de suas atividades será prontamente ressarcido.

A esse respeito, José Joaquim Gomes CANOTILHO, citado por Maria Helena Diniz, afirma ser “conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indenização por sacrifícios autoritariamente impostos cumpre uma outra função ineliminável no Estado de Direito material – a realização da Justiça material”.⁷

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.841.

⁵ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias, tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p.381/382.

⁶ Diante dos novos termos desse artigo, verifica-se que o Código Civil vigente passou a disciplinar o tema em estrita consonância com o disposto na Carta Magna.

⁷ *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.VII. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.540-541.

Argumenta, ainda, Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

A responsabilidade é, pois, princípio jurídico embaçador do sistema jurídico democrático. Ao lado de outros princípios, como o da legalidade, o da igualdade de todos na lei e em toda a dinâmica estatal, e de certa forma complementando-os para a realização prática da Justiça material, ela atua como elemento garantidor da invulnerabilidade dos direitos fundamentais do indivíduo assegurados no sistema jurídico ante as investidas do Poder Público que podem, e com freqüência esbarram e ingressam, na seara preservada juridicamente de sua atuação.⁸

Nesse contexto, a responsabilidade objetiva do Estado é analisada tendo em vista o respeito que os agentes de um governo, que se pretende representante da soberania popular, estão obrigados a dispensar a seus cidadãos, garantia de que se manterão dentro dos limites da legalidade no exercício de suas funções, e de que, ainda nessas hipóteses, caso seja imprescindível o sacrifício de um direito particular em prol do bem comum, aquele será imediatamente reparado na justa medida de seu prejuízo, pois atentaria contra a liberdade e a igualdade entre os administrados que um indivíduo pudesse ser privado de uma parcela de seu patrimônio sem uma respectiva compensação.

O objetivo deste estudo é justamente o exame dos casos concretos, para deles tecer comentários e observações acerca do instituto da responsabilidade civil estatal no que concerne aos atos regulares de seus agentes, que visam garantir, assim, a igualdade dos cidadãos frente aos encargos públicos.

Considerando serem assentes a doutrina e a jurisprudência a respeito de ser objetiva a responsabilidade civil do Estado por ato lícito, não cabe, no presente estudo, maiores digressões sobre a divergência doutrinária existente referente à bipartição da responsabilidade civil do Estado em subjetiva quando a lesão for consequência de ato ilícito, e objetiva quando ato lícito ou situação propiciadora de risco, ou ser esta responsabilidade sempre objetiva, independente da demonstração de dolo ou culpa.

Feitas essas observações gerais sobre a responsabilidade civil do Estado, é imperioso focalizar os aspectos mais específicos deste instituto, como a evolução

⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.311, jul./set. 1990, p.3-4.

histórica, o cabimento da responsabilização estatal por atos lícitos e os requisitos para sua efetivação.

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Atualmente, a responsabilidade civil estatal é universalmente aceita, tendo o Poder Público a obrigação de recompor os prejuízos que seus agentes causarem ao patrimônio alheio.⁹ Não obstante pareça de total consenso que o ente público causador do dano deve responder em razão das conseqüências lesivas, a idéia do Estado responsável não se sedimentou sem encontrar forte resistência.

A evolução da noção de responsabilidade civil do Estado se processou em três fases, de acordo com José de Aguiar DIAS, nitidamente caracterizadas pelo regime político dominante em cada uma: fase da irresponsabilidade (de cunho essencialmente absolutista), fase civilística (fundo individualista) e a fase do direito público (com predominância do direito social, dividida nas teorias da culpa anônima e na teoria do risco).¹⁰ Percebe-se, assim, que a responsabilidade do Estado sofreu diretamente o impacto das ideologias que foram modelando e remodelando, historicamente, o Estado e suas relações com a sociedade.

Antes de tratar cada uma dessas fases, cumpre mencionar que há muita divergência terminológica quanto às denominações e classificação dessas teorias.

1.2.1 Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade, fundamentada na noção de soberania, vem desde a época dos Estados Absolutistas, nos quais o poder despótico do monarca se fundava na teoria divina dos reis, que eram os representantes de Deus e em seu nome agiam. O rei, atuando por desígnios divinos, era impossível errar, e por isso, que se o

⁹ Nesse sentido é a orientação de Celso Antônio Bandeira de MELLO: “Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos” (*op. cit.*, p.835).

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol.2. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.564.

monarca, ou alguém que agisse em seu nome, praticasse atos que redundassem em dano ao patrimônio de alguém, esse dano deveria ser suportado pelo lesado como verdadeira missão divina, não tendo a vítima direito a qualquer reparação pelo Estado.

O Estado, representado pelo soberano que encarnava o Direito organizado, não poderia agir contra si próprio, era infalível. Daí os princípios regalengos adotados nessa época que justificavam a isenção do soberano, como o rei não pode errar (*the king can do no wrong*); por atender o interesse de todos não pode ser responsabilizado (*le roi ne peut mal faire*); o Estado sou eu (*L'État c'est moi*); aquilo que agrada o príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Desta maneira, dentro da concepção de Estado soberano, não se enquadrava a idéia de reparação de danos causados pela Administração, possuindo o Poder Público imunidade total, mesmo porque ele não poderia ser colocado em igual nível do súdito. “Resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do Direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o Direito, jamais praticaria injustiças.”¹¹

Romeu Felipe BACELLAR FILHO bem sintetiza essa teoria:

A prevalência da idéia do Estado irresponsável, alicerçada no princípio da soberania, não admitia pudesse ele fazer mal a quem quer que fosse. Na concepção política do Estado absolutista, não era lícito conceber a reparação dos danos causados pelo Poder Público, desde que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado Soberano, que tinha a seu favor a prerrogativa da total imunidade.

Surgia sobranceiro o Estado Regalista, que pelos atos do Rei, delegatário dos desígnios de Deus, era impossível agir erradamente. Sob o fundamento da ilusória infalibilidade do Estado Absoluto, apregoava-se ser ele inimputável em termos de responsabilidade. Consagrava-se a irresponsabilidade do Estado.¹²

Numa fase posterior, os administrados, no entanto, possuíam o remédio da ação ressarcitória contra o agente causador do dano, se esse agisse com dolo ou culpa,

¹¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.18.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, n.9, 2002, p.22.

desde que autorizados para tal pelo Estado, não ficando a vítima descoberta de qualquer proteção. Este princípio da responsabilidade dos agentes públicos foi consagrado, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 179 da Constituição de 1824, ressalvado o Imperador que não estava submetido a qualquer responsabilidade nos termos do artigo 99 desta Lei Maior.

A teoria da irresponsabilidade do Estado, por sua evidente injustiça, logo começou a ser combatida. Amaro CAVALCANTI tece severa crítica aos autores que sustentavam a sua aplicação:

A teoria da irresponsabilidade do Estado, incondicional, absoluta, pelos atos de seus representantes, embora lesivos dos direitos de outrem, não pode ser a regra do Estado, notadamente do Estado moderno, - dados os princípios sociológicos e jurídicos, sobre os quais assenta a sua construção. Por mais elevado que seja o conceito que se queira formar da soberania do Estado, *summum imperium*, *summa potestas*, semelhante conceito não pode ir até o ponto de excluir a idéia da justiça; porque o Estado é, antes de tudo, a pessoa de direito por excelência.¹³

Em derradeira tentativa de parcial manutenção da irresponsabilidade, buscou-se distinguir dentro da ação estatal os atos de império dos atos de gestão, admitindo-se somente em alguns casos a responsabilidade.

O Estado, agindo no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, praticava atos de *jure imperii*, que eram ílesos a qualquer questionamento e insuscetíveis de gerar direito a qualquer reparação. Já na realização de atos *jure gestionis*, o Estado se equiparava ao particular, tendo a possibilidade de ter a sua responsabilidade civil reconhecida pelos atos de seus representantes ou prepostos, que atuassem com culpa, danosos ao direito do particular.

Separava-se, desta maneira, a pessoa do rei, infalível, praticante dos atos que manifestavam seu *ius imperium*, dos atos de gestão, praticados por seus prepostos, no gerenciamento do patrimônio público.¹⁴

Várias críticas foram feitas a esta teoria, ante a impossibilidade de diferenciar os atos de império dos de gestão, sendo que o Estado, realizando um ou outro, será

¹³ CAVALCANTI, A., *op. cit.*, p.163.

¹⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996, p.55.

sempre Estado e deverá reparar o ato lesivo ou injusto independente de sua classificação.

Abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, e, conseqüentemente a concepção de irresponsabilidade do Estado pelos prejuízos que causar a terceiros¹⁵, instaura-se, sob a influência do liberalismo, nova teoria fundamentada na doutrina civilista da culpa.

1.2.2 Teoria civilística¹⁶

Ao criar a ordem jurídica, o Estado impõe a todo aquele que por ação ou omissão, por dolo ou culpa, causar dano a outrem, o dever de reparar este dano. Segundo a teoria civilística, o Poder Público, não podendo contrariar o ordenamento jurídico o qual criou e impõe aos particulares, estaria sujeito também a essa regra.

Ou seja, o Estado, como qualquer cidadão, ao agir de forma culposa ou dolosa, através de seus agentes, e causar danos ao patrimônio de alguém, tem o dever legal de ressarcir os prejuízos sofridos pelo lesado, desde que este demonstre o dano, a atuação com culpa ou dolo do agente causador deste dano, e o nexo de causalidade entre o prejuízo e a participação do agente nesta qualidade com culpa ou dolo.

É a chamada responsabilidade subjetiva do Estado, definida por Celso Antônio Bandeira de MELLO como “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto”.¹⁷

¹⁵ Pode-se dizer que a irresponsabilidade estatal está inteiramente superada, vez que os dois últimos países que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos, passaram a admitir nos anos de 1947, com o *Crown Proceeding Act* e 1946, por meio do *Federal Tort Claim Act*, respectivamente, ação indenizatória, por danos causados pelos agentes públicos, diretamente contra o Estado.

¹⁶ A concepção civilística da responsabilidade civil do Estado teve elevados méritos, posto ter sido a grande contestadora inicial do princípio da irresponsabilidade estatal e a base para o desenvolvimento de uma terceira fase, a da responsabilidade objetiva do Estado.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p.844.

O dolo ou a culpa do agente público causador da lesão, tal como entendidos no âmbito privado, era, portanto, o fundamento da obrigação de indenizar do Estado, como também informa Diógenes GASPARINI:

O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa do agente. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela inexistia a obrigação de indenizar. O Estado e o indivíduo eram, assim, tratados de forma igual. Ambos em termos de responsabilidade, respondiam conforme o Direito privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam.¹⁸

Desta forma, o Estado, de acordo com a teoria da culpa, estaria submetido às mesmas normas de Direito Civil impostas aos particulares quanto à responsabilidade civil, tendo como pressuposto essencial para a reparação a ocorrência de um ato ilícito ou de uma conduta contrária ao direito que causassem danos a terceiros.

A doutrina da responsabilidade subjetiva do Poder Público, na qual a culpa ou dolo é elemento fundamental, traduzida a primeira em imprudência, imperícia e negligência, foi acolhida no Direito Brasileiro pelo artigo 15 do Código Civil de 1916.¹⁹ Em comentários a esse artigo, Carvalho SANTOS salienta que “a pessoa jurídica de direito público responde pelos atos de seus prepostos qualquer que seja a natureza dos mesmos (de gestão ou de autoridade) toda vez que deles resulte violação da lei por ofensa ao direito individual”.²⁰

Verifica-se este entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário nº 29658 pela Segunda Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal em 16 de agosto de 1956, Relator Senhor Ministro Afrânio Antônio da Costa, cuja ementa se transcreve:

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2202, p.827-828.

¹⁹ De fato prescreve o artigo 15 do Código Civil antigo que “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por ato de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Importa mencionar que o novo Código Civil, em seu artigo 43, adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado em completa compatibilidade normativa em face da norma do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, estando revogado, portanto, o artigo 15 do Código Civil de 1916.

²⁰ SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol.1. 7ª edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1956, p.352.

“Responsabilidade do Estado por negligência ou imprudência de funcionário seu (artigo 194 da Constituição)”.

Trata-se de Recurso Extraordinário em sede de ação de indenização, proposta por Tatsumi Agini em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pelos danos causados no automóvel do requerente em acidente automobilístico provocado por imprudência do motorista (funcionário público) do caminhão de propriedade do Estado. A recorrente, Fazenda Pública, alega em suas razões de recurso a não aplicação do preceito constitucional do artigo 194 da Constituição (à época a Constituição de 1946) à questão.

V. Ex^a o Senhor Relator teve por bem não conhecer do recurso, argumentando que “o caso é simples e banal, tendo sido aplicado o artigo 194 da Constituição conforme a interpretação usual e que deflui do sentido normal preceituado no texto. O motorista estava a serviço do Estado, foi imprudência evidente, conforme a prova, causou danos à propriedade do recorrido. O Estado responde pelas conseqüências civis. O artigo 1523 do Código Civil nada obsta a tal procedimento: a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* são postulados similares. A negligência do Estado está em confiar a um indivíduo que revela tanta inaptidão para a função, conduzindo um veículo perigosamente como estava fazendo e de que perfeita conta dá as fotografias de fls.16 a 22 do apenso”.

Para melhor compreensão deste julgado, necessário se faz expor a seguinte explicação conferida por Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

Nesta fase, para alcançar o ressarcimento pecuniário em face do ato praticado pelo Estado, fazia-se uma remissão aos fundamentos principiológicos embasadores da responsabilização por fato de terceiro, ou melhor elucidando, uma utilização ampliada e extensiva da teoria da representação, aplicada em Direito Civil, abrangendo-se, também, os entes públicos.

Por tal ficção justificava-se a responsabilidade do Estado em caso de lesão somente por culpa do agente público, representante do Estado, pela figura da presunção da culpa, a qual podia ser derogada sempre que se provasse ausência de *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo*.²¹

Note-se que mesmo com a vigência do artigo 194 da Constituição de 1946, que trouxe a responsabilidade objetiva do Estado ao ordenamento jurídico pátrio, os

²¹ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p.36.

nossos Tribunais, por diversas vezes, acabaram por interpretá-lo em consonância e nos moldes do artigo 15 do Código Civil vigente à época, isto é, continuaram aplicando nos casos de responsabilidade estatal por ato ilícito a teoria subjetivista da culpa civil ainda por algum tempo.

Todavia, ante a dificuldade de conceituar a culpa do agente causador do dano e até de prová-la em virtude da desigualdade econômica e de poder entre o lesado e o Estado, e, ainda, diante da impossibilidade na maioria dos casos de se descobrir o elemento humano cuja atividade tivesse dado como consequência o dano²², esta teoria demonstrou-se insuficiente a garantir os direitos dos cidadãos.

Leciona Weida Zancaner BRUNINI:

A doutrina civilista muito contribui à evolução da responsabilidade do Estado; todavia a necessidade da ocorrência de culpa, bem como a necessidade da individualização do agente culpado, tornava frágil o direito do lesado, sendo que, muitas vezes, a ação deste era virtualmente impossível, pois, uma vez não dispondo de meios para localizar o agente culpado, tinha sua pretensão denegada pelos tribunais, não recebendo portanto guarida, em muitos casos, a justa pretensão ressarcitória do lesado, que se via privado de remédio legal que sanasse suas perdas.²³

Tornaram-se, assim, inaplicáveis os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização do Poder Público pelos danos causados aos administrados, necessitando-se fundamentar a responsabilidade do Estado em bases objetivas, independentemente da demonstração da culpa ou do dolo individual do agente público. Para tanto, nascem as teorias publicísticas.

²² CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.149.

²³ BRUNINI, Weida Zancaner. *Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.24-25.

No mesmo rumo, ressalta Diógenes GASPARINI que “a solução civilista, preconizada pela teoria da responsabilidade patrimonial com culpa, embora presentes um progresso em relação à teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, não satisfazia os interesses de justiça. De fato, exigia muito dos administrados, pois o lesado tinha de demonstrar, além do dano, que ele fora causado pela Administração Pública e a atuação culposa ou dolosa do agente estatal. Tornam-se, assim, inaplicáveis, em sua pureza, os princípios da culpa civil, para obrigar o Estado a responder pelos danos que seus servidores pudessem causar aos administrados”. (*op. cit.*, p.828)

1.2.3 Teorias publicísticas

Nesta terceira fase, a questão da responsabilidade civil do Estado passa a ser matéria de direito público, ou seja, direito constitucional, direito administrativo e direito internacional público, encontrando-se inteiramente desvinculada do conceito civilista de culpa. E, na tentativa de resolver a questão da responsabilização estatal, surgiram três teses: da culpa administrativa, do risco integral e do risco administrativo, todas elas descendentes do tronco comum da responsabilidade objetiva²⁴ da Administração Pública, mas com variações de fundamento e de aplicação.²⁵

1.2.3.1. Teoria da culpa anônima²⁶

O conceito de culpa civilística não bastava mais para explicar o dano que teria surgido da falha da máquina administrativa, buscando a teoria da culpa anônima supri-la pela culpa publicística a fim de responsabilizar o Estado, presumindo-se a culpa, pelo serviço que funcionou mal, não funcionou ou funcionou tardiamente, sem a necessidade de se demonstrar e individualizar o agente público que praticou o ato danoso.

A teoria da culpa anônima representou o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a teoria objetiva do risco que a sucedeu, pois leva em conta a *faute du service* para dela inferir a responsabilidade do Poder Público.²⁷ É o

²⁴ Celso Antônio Bandeira de MELLO define a responsabilidade objetiva como sendo “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produz uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano” (*Curso de Direito Administrativo*, p.847-848).

²⁵ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.115.

²⁶ A teoria da culpa administrativa recebeu diversas outras denominações dos doutrinadores como culpa do serviço público, acidente administrativo, ou ainda, culpa parcialmente anônima.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.619.

elo de ligação entre a responsabilidade do Direito Civil e a responsabilidade objetiva do Estado.

Caracteriza-se a falta do serviço quando não possam ser individualizados os agentes responsáveis pelo procedimento faltoso, irregular ou tardio do serviço público, restando, porém, a possibilidade de imputação ao responsável pela organização do serviço que, no caso destas faltas, é o Estado.²⁸

O caso “Anguet”, julgado pelo Tribunal Francês em 1911, bem reflete a teoria da culpa anônima do serviço para ensejar a responsabilização estatal. Esse caso trata de uma pessoa, que “ao sair pela porta dos fundos do Departamento de Correios, porque a porta da frente fora fechada, imprudentemente, antes da hora, é expulsa por dois carteiros, que a tomaram por intruso, caindo e quebrando a perna. O acidentado move ação contra o Estado, alegando que o Estado é responsável civilmente por ato abusivo de seu preposto”.²⁹

O Conselho de Estado Francês decidiu a questão pela existência da falta do serviço público, demonstrando seu mau funcionamento e apontando as falhas anônimas que o revelaram.

Importa mencionar que há certo conflito doutrinário acerca da inserção da teoria da falta do serviço no contexto jurídico da responsabilidade objetiva do Estado, sendo que para alguns autores essa teoria é de natureza subjetiva. Sobre o assunto, Romeu Felipe BACELLAR FILHO esclarece que:

É possível inserir a falta de serviço entre a doutrina objetiva, na exata medida que, entre outros, pelo dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial. O que se pode afirmar é que a *faute du service* acabou por desencadear o processo de evolução que culminou com as teorias objetivas do risco, sem, contudo, sepultar, em face do posicionamento de significativa parte da doutrina, o resquício civilístico da culpa.³⁰

²⁸ BRUNINI, *op. cit.*, p.28.

²⁹ FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Administrativo em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.182.

³⁰ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p.40.

Desta forma, verifica-se que pela teoria do acidente administrativo não se indaga da culpa do agente administrativo, mas apenas da falta objetiva do serviço em si, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.³¹ Basta, então, para fins de responsabilidade estatal, a comprovação pelo lesado do prejuízo suportado e a sua relação com a culpa impessoal/anônima do serviço público imputável ao Estado, independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Salienta Diógenes GASPARINI que cabia à vítima demonstrar “além do dano, que este lhe fora causado pelo Estado e a culpa do serviço, e isso ainda era muito à vista dos anseios de justiça. Procurou-se, destarte, novos critérios que, de forma objetiva, tornassem o Estado responsável patrimonialmente pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados”.³² Dessa procura, surgem as teorias do risco.

1.2.3.1 Teoria do risco

A sociedade moderna, com a intervenção do Estado no cotidiano dos indivíduos de forma abrangente e efetiva em todos os segmentos, caracteriza-se por um grande número de atividades prestadas pelo Poder Público, que vão criando cada vez mais situações de perigo de dano aos cidadãos. Diante dessa nova realidade social³³, resulta insuficiente para a garantia e segurança dos administrados o modelo

³¹ STOCO, *op. cit.*, p.314.

³² GASPARINI, *op. cit.*, p.829.

³³ Jorge Reis NOVAIS bem relata essa transformação ocorrida no âmbito estatal, estando ultrapassada a fase da autarquia e independência da esfera econômica e social perante o Estado político, característicos do liberalismo, nasce o Estado Social. “Trata-se, agora, não de actuar sobre aspectos parcelares da sociedade civil, mas de desenvolver uma atuação global, da qual a política econômica constituía um instrumento basilar, tendente à conformação ou estruturação da sociedade pelo Estado e não apenas à mera correção das deficiências marginais de um sistema auto-regulado. Esse projecto, orientado para a prossecução de uma justiça social generalizada, desenvolve-se, não apenas numa política econômica com o sentido referido, mas também na providência estadual das condições de existência vital dos cidadãos, na prestação de bens, serviços e infra-estruturas materiais, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção; o Estado Social é, fundamentalmente, um Estado que garante a integração

subjetivo de responsabilidade, fundado na culpa e na conduta do agente contrária ao direito, necessitando-se um alargamento das hipóteses de cabimento desse instituto.

Destarte, com o crescente fenômeno do intervencionismo estatal, a objetivação da responsabilidade do Estado despontava como remédio jurídico que se poderia conceber a fim de que a tutela dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos cidadãos estivesse ao resguardo da ação do Poder Público.³⁴

Segue essa linha a lição de Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

A importância do princípio da responsabilidade acentuou-se com o avantajamento da atuação do Estado, que quanto mais se espraia em sua presença na sociedade, tanto mais se arrisca a adentrar espaços dos particulares, invulneráveis juridicamente, causando-lhes danos patrimonialmente mensuráveis. A obrigação do Estado de atuar para atender às demandas da sociedade, que são cada vez maiores, não passa ao largo de uma obrigação que se impõe paralelamente de garantir ao particular a intangibilidade de sua esfera de direitos protegidos e intangíveis no cumprimento daqueles deveres.³⁵

Neste contexto, a responsabilização do Estado amplia significativamente o conteúdo da responsabilidade para além dos limites encontrados no Direito Privado, abrangendo a reparação pelos danos ocasionados por atos ilícitos, os atos lesivos praticados por risco, pelo fato das coisas e também pelos atos lícitos.³⁶ A vítima, segundo essa responsabilidade objetiva, não mais teria que comprovar culpa ou dolo do funcionário ou da Administração, bastando demonstrar o liame causal existente entre o evento danoso e a atividade estatal.

Como fundamento da responsabilização objetiva, desenvolve-se a teoria do risco, a qual parte do pressuposto que a atuação do Estado para a consecução de seus fins, e conseqüentemente do interesse público, é de iminente risco de causar danos ao patrimônio de outrem, e que se causados, deverão ser indenizados, por impor um ônus não suportado pelos demais. Isso porque “todos devem contribuir para os encargos do

existencial, que se responsabiliza pelo que a publicística alemã – sob influência de Forsthoff – designa por *Daseinsvorsorge*” (*op. cit.*, p.194).

³⁴ BRUNINI, *op. cit.*, p.29.

³⁵ ROCHA, *op. cit.*, p.4.

³⁶ TRUJILLO, Élcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996, p.60.

Estado e como a indenização visa restabelecer o equilíbrio econômico, é manifesta a necessidade de uma justa distribuição dos encargos pela coletividade”.³⁷

Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos de alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.³⁸

Assim, o dever legal de indenizar do Estado implica em assumir a responsabilidade pelo risco criado pelas atividades a ele impostas pela sociedade, isto é, o dano sofrido pelo administrado tem como causa o fato objetivo da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular³⁹.

Essa é a orientação de Odete MEDAUAR:

No estágio mais recente formulou-se a teoria do risco, segundo a qual, ante as inúmeras e variadas atividades da Administração, existe a probabilidade de danos serem causados a particulares. Embora a Administração realize suas atividades para atender ao interesse de toda a população, é possível que alguns integrantes da população sofram danos por condutas ativas ou omissivas dos seus agentes. Desse modo, se, em princípio, todos se beneficiam das atividades administrativas, todos devem compartilhar do ressarcimento dos danos causados a alguns. Daí se atribuir ao Estado o encargo de ressarcir os danos que seus agentes, nessa qualidade, por ação ou omissão, causarem a terceiros.⁴⁰

Através da conjugação da teoria do risco com a responsabilização objetiva foi possível alcançar o ressarcimento do dano causado pelas atividades estatais de forma mais rápida, justa e eficiente, sem o encargo para o administrado de ter que demonstrar, além do dano sofrido, a culpa ou dolo do agente ou, ainda, o mau funcionamento da máquina administrativa.

³⁷ CAVALCANTI, Themístocles. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p.125.

³⁸ DI PIETRO, *op. cit.*, p.527.

³⁹ CAHALI, *op. cit.*, p.35.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.444.

É imperioso mencionar que a teoria do risco dispensa qualquer indagação quanto à falha do serviço ou de culpa anônima da Administração na verificação do evento danoso, que nada mais são do que a transposição e adaptação, no âmbito do direito público, de uma concepção privatística da culpa, incompatível com a responsabilidade objetiva.

Há duas modalidades da teoria do risco, a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, que passarão a ser analisadas a seguir.

1.2.3.2.1 Teoria do risco integral

A teoria do risco integral defende a idéia de que existirá a obrigação legal do Estado reparar o dano sofrido por terceiros, por ação ou omissão sua, sempre que restar demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a participação do agente público, nesta qualidade, para a sua ocorrência, independentemente de apreciação de excludentes da responsabilidade, como a atuação culposa ou dolosa da vítima ou força maior, decisivos para a configuração do evento danoso. Representa, assim, essa teoria um sentido absoluto da responsabilidade do Estado, para levá-la a ressarcir todo e qualquer dano relacionado às suas atividades.

Faz-se mister lembrar que não há qualquer perquirição acerca da culpabilidade do funcionário ou mesmo da Administração Pública na ocorrência da lesão ao cidadão, deslocando-se o eixo da responsabilidade para a causalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do risco integral informou e fundamentou o artigo 194 da Constituição de 1946⁴¹, em contraposição à responsabilidade subjetiva estatal baseada no artigo 15 do Código Civil. Nesse sentido seguiu a nossa Jurisprudência, entendimento este visível no acórdão proferido pela Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 52.311, j. em 30 de abril de 1963, Relator Senhor Ministro Ribeiro da Costa, cuja ementa é: “Responsabilidade Civil do Estado. Constituição Federal, art.194. Princípio da Representação. Teoria do risco Integral. Doutrina e Jurisprudência”.

⁴¹ CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p.220.

No corpo do acórdão o Sr. Relator, citando Amaro Cavalcanti, Themístocles Cavalcanti e Pedro Lessa, ao se referir ao artigo 194 da Constituição de 1946, salienta “a verdade é, que o preceito constitucional se filia à teoria do risco, que, como tal, prescinde de culpa. Verifica-se tão somente a ocorrência do dano.” Diz, ainda, da necessidade do nexos causal entre o dano e o funcionamento da máquina estatal, que a razão jurídica de ser o Estado obrigado a indenizar as ofensas feitas aos interesses e bens dos particulares está no princípio da igualdade dos ônus e encargos, vez que os serviços públicos acarretam certos males e esses devem ser sofridos por todos, e que não é mais possível a aplicação do direito privado à responsabilidade do Estado, prevalecendo assim a teoria do risco integral.

Por fim, nega provimento ao recurso vez que “o acórdão recorrido e a sentença por ele confirmada decidiram a espécie à luz desses conceitos jurídicos, dominantes na doutrina e na jurisprudência atuais, guardando coerência com o princípio da responsabilidade absoluta da Pessoa Jurídica de Direito Público, pelos seus próprios atos”.

Perceba-se neste julgamento que, apesar da evolução trazida por esta teoria ao instituto, o Poder Público estaria sendo obrigado a suportar, pela via da indenização, todo e qualquer dano, desde que estivesse envolvido no evento lesivo, sem abrandamentos e sem questionamentos sobre a possibilidade de exclusão da responsabilidade estatal.

O Estado seria um Segurador Universal, posto que estaria sempre obrigado à assunção de um risco integral no exercício de suas atividades. Essa orientação, sem dúvida acaba gerando convulsões sociais, na exata medida de sua radicalidade.⁴²

Por conduzir ao caos social, e ser por demais injusta, esta teoria não é adotada pela grande maioria dos doutrinadores pátrios, tendo sido abandonada na prática.

1.2.3.2.2 Teoria do risco administrativo

Segundo a teoria do risco administrativo, demonstrados o dano e o nexos de

⁴² BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p.45.

causalidade entre esse dano e a ação ou omissão do Poder Público, surge a obrigação legal de reparação dos prejuízos pelo Estado, independentemente de qualquer perquirição acerca da culpa do agente público ou da máquina administrativa.

Confere-se, entretanto, à Administração Pública a faculdade, para se eximir da responsabilização ou atenuá-la, de provar ter agido a vítima com dolo ou culpa para a causação do dano ou a ocorrência de força maior, caso fortuito ou estado de necessidade.

O Estado, no exercício das inúmeras funções que lhe foram imputadas, gera risco aos cidadãos, podendo-lhe causar prejuízos. Ante essa potencialidade do Poder Público de causar danos ao administrado, “buscou-se agilizar a indenização pelo Estado ao particular, isentando-o de provar, para fins de reparação, a falta do serviço ou a falta de funcionário público, bastando-lhe a comprovação da causalidade entre o dano sofrido e a atuação ou omissão estatal, ressalvada a hipótese de concorrência culposa sua na produção do evento danoso”.⁴³

Assim, o dano suportado pelo administrado tem como causa a própria atividade estatal, comissiva ou omissiva, regular ou irregular, bastando demonstrar essa relação de causa e efeito para surgir o dever de ressarcimento do Estado.

Diferentemente da teoria do risco integral, na teoria do risco administrativo, adotada pelo nosso ordenamento jurídico, é extremamente relevante o papel da vítima e de eventos exteriores na determinação do evento danoso, que poderão excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado, vez que, havendo, por exemplo, participação do lesado na origem do dano ou ocorrência de força maior, inexistirá o necessário nexo causal entre o dano sofrido e a atividade estatal, sem o qual não nascerá a responsabilidade civil do Estado.

Ressalta Yussef Said CAHALI que “a questão se desloca, portanto, para a investigação da causa do evento danoso, objetivamente considerado, mas sem se perder de vista a regularidade da atividade pública no sentido de sua exigibilidade, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, em

⁴³ BACELLAR FILHO, *ob. cit.*, p.46.

condições de influírem naquela causa do dano injusto, pois só este merece ser reparado”.⁴⁴

O entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal é assente nesse sentido. Veja-se:

Recurso extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. 2. Acórdão que confirmou sentença de improcedência da ação, determinando que somente se admite o direito a indenização se ficar provada a culpa subjetiva do agente, e não a objetiva. 3. Alegação de ofensa ao art. 107, da EC n.º 01/69, atual art. 37, § 6º, da CF/88. 4. Aresto que situou a controvérsia no âmbito da responsabilidade subjetiva, não vendo configurado erro médico ou imperícia do profissional que praticou o ato cirúrgico. 5. Precedentes da Corte ao assentarem que "I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público". RE n.º 178.086-RJ. 6. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso. 7. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação. (STF, 2ª Turma, RE n.º 217389, Rel. Ministro Néri da Silveira, j. 02.04.2002)

Conferiu-se maior importância à teoria do risco administrativo, com fulcro na responsabilidade objetiva do Poder Público expressa no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal e 43 do Código Civil vigente, posto fundamentar a responsabilização do Estado pelos danos que ocasionar ao cidadão no exercício de suas atividades regulares, objeto do presente estudo.

O Estado, detentor do monopólio da força, dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. Vale dizer, o Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera juridicamente protegida de terceiros a fim de praticar atos em benefício de toda a coletividade, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns particulares.⁴⁵

Deve, portanto, ser o Poder Público responsabilizado pelos prejuízos que der causa, ante o princípio da isonomia, sem, contudo, se cogitar da culpa, dolo ou infração ao Direito para tanto, como será a seguir exposto.

⁴⁴ CAHALI, *op. cit.*, p.35.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p.852-853.

CAPÍTULO 2

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS

“Que tu vida no sea como un barco de vela que navega a capricho del viento, sino como una brújula firme y segura que no pierde el rumbo a pesar de las tempestades”.

Ezequiel Huerta R.

2.1. A OBRIGAÇÃO DE REPARAR DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS

Nem sempre a responsabilidade civil do Estado pelo dano causado ao patrimônio dos administrados é proveniente de um ato ilícito. Há casos em que, mesmo sendo lícita a atividade administrativa praticada, nos limites do manifesto interesse público, surge a obrigação de reparar. Nesse sentido, argúe Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que “ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade”.⁴⁶

A noção de ser indenizável o dano causado por atuação legítima estatal surgiu com o advento da responsabilização objetiva do Estado, fundamentada pela teoria do risco, num momento de ampliação das esferas de intervenção do Poder Público na sociedade⁴⁷. Com isso, a responsabilidade civil extracontratual do Estado também sofreu significativo aumento para além do ato ilícito característico da responsabilidade privada, abrangendo os danos injustos advindos da prática de atos lícitos pelo Poder Público.

⁴⁶ DI PIETRO, *op. cit.*, p.323.

⁴⁷ *Ver item 1.2.3.1.*

Atualmente, é pacífico o entendimento dos nossos Tribunais e dos doutrinadores pátrios no sentido de que o Estado deve ser responsabilizado por causar dano injusto ao administrado, em decorrência tanto de ato ilícito quanto de sua atividade regular. Segundo Celso Ribeiro BASTOS, “não é porque o ato é lícito que ele deixa de ser passível de indenização. Esta será devida toda vez que ocorrer um dano patrimonial suportado por alguns em proveito do bem comum.”⁴⁸

Celso Antônio Bandeira de MELLO sustenta que somente será possível falar em responsabilidade estatal por atos lícitos nas hipóteses nas quais o poder deferido ao Estado pelo ordenamento jurídico e legitimamente exercido acarretar, indiretamente e não como sua finalidade própria, lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido do administrado, distinguindo aqui o problema da responsabilidade do Estado do dever do Poder Público indenizar nos casos em que sacrifica o direito de terceiros:

Há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, *violando-os*, como mero subproduto, como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima.

Sirva de exemplo o mencionado pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello do ato que determina, legitimamente o nivelamento de uma rua. Procedido este, com todas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficarão, inevitavelmente, abaixo ou acima do nível da rua, com manifestos prejuízos para seus proprietários.

É evidente que o conteúdo do poder atribuído ao Estado não consistia em sacrificar o direito de alguém. Não era esta a finalidade visada pela norma que investia a Administração em poderes para determinar o nivelamento da rua. Sem embargo, resultou, como consequência desta atuação legítima – orientada para outra finalidade –, a violação do direito de alguns proprietários lindeiros à rua nivelada.⁴⁹

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p.172-173.

⁴⁹ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.837.

Nessa linha, escreve Carmen Lúcia Antunes ROCHA que não se confunde ou se equipara para qualquer efeito o instituto da responsabilidade civil do Estado “com o processo indenizatório do Estado nas atuações legais em que este seja parte, como ocorre e é freqüentemente exemplificado na desapropriação. Para que incida a responsabilidade do Estado, urge esteja presente o elemento dano proveniente da atuação desta pessoa, enquanto na segunda hipótese aventada este não existe, havendo ali um condicionamento ao exercício do direito protegido juridicamente, o qual se compõe com a possibilidade de superveniente estatal a submeter um bem patrimonialmente mensurável às instâncias coletivas para o atendimento de um interesse público superiormente tutelado juridicamente e que agrega, portanto, a conjugação de ambos, admitindo de pronto a possibilidade de vir a ocorrer a subsunção do bem às injunções diretas do Estado, para tanto recompondo-se patrimonialmente o cabedal do particular. Não há dano, neste caso, mas condicionamento para o exercício do direito; não há se cogitar de lesão ressarcível, mas em remanejamento patrimonial para a garantia do equilíbrio de situação jurídica anterior do titular do direito” (*op. cit.*, p.6).

Portanto, quando o ato lesivo advém de uma atividade legítima da Administração que não tinha em vista qualquer sacrifício de direito, acabando por fazer incidir sobre uma ou algumas pessoas, individualizadas, os ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita a toda a sociedade, surgirá a obrigação do Estado de indenizar os danos ocasionados. Ora, o patrimônio de uma ou de determinadas pessoas não pode ser especialmente sacrificado por uma atividade administrativa regular sem que o Estado satisfaça a correspondente indenização.

Deve-se salientar, no entanto, que não é todo ato lícito que dará ensejo à indenização, mas aquele que trazer prejuízos especiais e anormais ao particular, como será analisado posteriormente.

Fundamenta-se a responsabilidade estatal por atos lícitos na idéia geral de que o sobrevalor social não pode se assentar sobre o desvalor de alguns, sendo que os benefícios advindos da atuação estatal repartem-se por todos, assim como os prejuízos sofridos por alguns, vez que todos os componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano causado pelo funcionamento da máquina administrativa.

Isso porque o dever legal do Estado de indenizar os prejuízos advindos da atividade desempenhada em prol da coletividade decorre do princípio da igualdade de todos perante o ônus e os encargos públicos, visto que seria injusto, que, sob o fundamento do bem comum, o ente estatal causasse dano a um interesse juridicamente protegido do cidadão, ou de um grupo de indivíduos, sem a devida compensação.

Biparte-se, assim, o fundamento da responsabilidade do Estado: no caso de comportamentos ilícitos, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade, e nos comportamentos lícitos, o fundamento é o princípio da igualdade dos cidadãos frente aos encargos públicos, como ressalta Celso Antônio Bandeira de MELLO:

No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de

todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.⁵⁰

Por derradeiro, tem-se que a distinção acerca da licitude ou ilicitude do ato e da atividade administrativa necessita ser realizada, para, principalmente, propiciar o conhecimento de seus efeitos e conseqüências, apesar da divergência existente na Doutrina. Consoante a lição de Weida Zancaner BRUNINI, não se pode agregar em uma só realidade o lícito e o ilícito, uma vez que a situação do lesado não é idêntica, em alguns casos, quando este é vítima de atos ilícitos e quando este tem seus interesses feridos por atos lícitos da Administração, mesmo sendo as duas hipóteses abarcadas pela responsabilidade objetiva do Estado.⁵¹

Veja-se, a título de exemplificação, que somente nos casos de prejuízos originários de atividades administrativas lícitas o lesado teria o ônus de comprovar, a fim de lograr a correspondente indenização, ter sofrido um dano especial e anormal, sendo que se o ato praticado pelo Poder Público fosse ilícito, a vítima deveria demonstrar apenas o dano suportado.

Outrossim, é essencial discutir a legalidade da atuação administrativa para fins de responsabilização do Estado, explica Weida Zancaner BRUNINI, posto proporcionar a ilicitude do ato um direito mais potente à vítima daquele suscitado por dano lícito, em virtude do princípio da igualdade de todos os administrados perante os encargos públicos, no qual se fundamenta a responsabilidade civil do Poder Público por atos lícitos, que estabeleceu tanto a existência destes encargos, quanto à obrigação dos administrados de tolerá-los.⁵²

Vale dizer, “com a atividade lícita há que se ter tolerância; com a ilícita, pode-se ser, a qualquer momento, intolerante, pois ainda que mínimo o dano, ninguém é obrigado a suportá-lo”.⁵³

⁵⁰ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.849. Ver também BRUNINI, *op.cit.*, p.54.

⁵¹ BRUNINI, *op. cit.*, p.33.

⁵² *Ibid.*, p.35, 40, 44-45.

⁵³ *Ibid.*, p.35-36.

Faz-se mister mencionar que a responsabilização estatal por atos ilícitos, ao contrário da responsabilidade por atos lícitos, gera para o Poder Público direito de regresso contra o agente que agiu com dolo ou culpa na causação do evento lesivo, na forma do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal e nos termos do artigo 43 do novo Código Civil.

Todavia, esse não é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de MELLO que defende ser despicienda a discussão acerca da legalidade do ato que gerou a responsabilização, se tanto o legítimo quanto o ilegítimo impõem reparação quando é atuação do próprio Estado que lesa esfera juridicamente protegida de outrem. O problema há de ser decidido em face da situação do sujeito passivo e não dos caracteres do comportamento do sujeito ativo.⁵⁴

Conciliando essas orientações, argumenta Carmen Lúcia Antunes ROCHA, referindo-se ao cometimento gravoso ao particular decorrente de ato lícito e de ato ilícito do Estado:

Atente-se a que num como noutro caso a responsabilidade impõe-se em seu sentido de plenificação do Direito protegido do particular alcançado pelo cometimento estatal, mas o aperfeiçoamento desta órbita jurídica tem em conta a natureza do dano provocado, sem, contudo, perder-se de vista, em qualquer momento, que o ponto de partida para a apuração da incidência do princípio da responsabilidade é a situação do particular, a sua vinculação com o Estado em virtude do nexu existente entre o dano a que foi ele submetido e o comportamento da pessoa estatal.⁵⁵

Independente da importância da distinção entre atos estatais lícitos e ilícitos para a aplicação do princípio da responsabilidade, o fato é que caberá ao Estado reparar o prejuízo injusto que tenha como causa exclusiva a atividade legítima da Administração. Ou seja, para o Poder Público ser responsabilizado objetivamente por atos lícitos lesivos, deverá restar demonstrado o dano, revestido de certas características específicas, e o nexu causal entre este dano e a atuação do Estado, através de seus agentes atuando nessa qualidade, desde que não incida nenhuma causa

⁵⁴ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.854.

⁵⁵ ROCHA, *op. cit.*, p.6.

excludente da responsabilidade, pressupostos estes que a seguir serão devidamente analisados.

2.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.2.3. Dano ressarcível

É certo que para a caracterização da responsabilidade objetiva do Poder Público, ensejando o dever de indenizar, basta a efetiva demonstração do dano sofrido pelo cidadão e o nexo causal entre esse dano e a atividade estatal, sem perquirição acerca de culpa ou dolo do agente público ou da própria Administração.

Considerando ser, assim, o dano pressuposto da responsabilização objetiva do Estado, não terá o administrado direito à reparação se não restar caracterizado um dano efetivo em sua esfera juridicamente protegida, que “constitui uma arremetida injusta e ofensiva aos interesses juridicamente albergados do particular”.⁵⁶

Entretanto, seguindo a lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO, tem-se que não é qualquer dano que deve ser reparado. É necessário que o dano tenha determinadas características: a primeira é que o dano corresponda à lesão a um direito da vítima, pois quem não sofreu gravame de direito não tem título jurídico para postular indenização; a segunda, o dano deve ser certo, ou seja, não apenas eventual, mas possível, podendo ser atual ou futuro, desde que certo e real. Estes dois caracteres são indispensáveis em qualquer hipótese para que surja a responsabilidade do Estado. Para “a configuração do dano reparável na hipótese de comportamentos estatais lícitos, requer que ademais da certeza do dano e da lesão a um direito cumulem-se as seguintes duas outras características: a especialidade e a anormalidade”.⁵⁷

Dessa forma, os danos provenientes de atuação lícita do Estado, nos casos em que o interesse público exige o sacrifício de interesses privados, são ressarcíveis desde que, provados o dano e o nexo causal entre o evento danoso e a atividade estatal, o

⁵⁶ ROCHA, *op. cit.*, p.13.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.347.

dano seja anormal, no sentido de que a sua gravidade foge do normal exigível a ser suportado pela vida em sociedade, e especial, por recair o prejuízo sobre um ou alguns cidadãos singularizados, e não sobre toda coletividade. Os pequenos sacrifícios, oneradores de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por outras vantagens proporcionadas pelo funcionamento da máquina estatal.

Dano anormal, conforme Celso Antônio Bandeira de MELLO, “é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social”, sendo o dano especial “aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade.”⁵⁸

O objetivo da necessidade de atribuir características específicas, a anormalidade e a especialidade, ao dano ressarcível decorrente de atividade lícita do Estado é que não haja indenizações indevidas, prejudicando sobremaneira o erário público e, conseqüentemente, a coletividade, como ensina Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

É que os danos irrelevantes sob o prisma da extensão econômica ou generalizados e, de conseguinte, atribuíveis às contingências da convivência política, não possibilitem que o próprio interesse público, motivador do comportamento estatal – vez que se trata de conduta válida juridicamente, logo consentânea com o interesse da sociedade e fulcrada no Direito – fiquem comprometidas pelo ônus que sobre a própria sociedade incide relativo ao pagamento devido ao lesado.⁵⁹

Se assim não for, a Administração terá o dever de indenizar todas as vezes que realize atividades que causem qualquer tipo de prejuízo aos cidadãos. Seria inviável.

Segundo a orientação de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o dano ressarcível é conceituado como:

Aquele que se mostra especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido. A especialidade do dano o faz distinto daqueles casos em que uma atuação geral da Administração, utilizando o Poder de Polícia, possa acarretar qualquer tipo de diminuição patrimonial ou afrontar interesses de cidadãos. Ofereça-se, como exemplo, as genéricas limitações administrativas ou a proibição do exercício temporário de atividade. Não haverá

⁵⁸ MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, p.347.

⁵⁹ ROCHA, *op. cit.*, p.15.

nessas hipóteses ou em situações similares qualquer direito a ressarcimento. A anormalidade do dano haverá de ser constatada pela superação de razoáveis limites de suportabilidade. Em qualquer caso, o bem ou interesses reclamados deverão de estar juridicamente protegidos, de modo a impedir que o ressarcimento possa abranger bens oriundos de comportamentos reprováveis ou interesses considerados excusos de acordo com o conjunto normativo.⁶⁰

Assim, para que o dano injusto e ilegítimo, provocado pelo Estado no desempenho de seus afazeres tendo em vista o interesse público, dê lugar ao nascimento da pretensão indenizatória, é necessário ser o dano “anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade. Pois só assim qualifica-se o dano como injusto, na medida que rompe o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”.⁶¹

Rui STOCO acrescenta a essas características do dano ressarcível, a “permanência” do dano, ou seja, os prejuízos para serem indenizados devem ter natureza constante, duradoura, permanente, diferenciando-os dos danos acidentais. Exemplos típicos de prejuízos contínuos, segundo o autor “são a impossibilidade, total ou parcial, de acesso ao imóvel, supressão de vista, trepidações, mau cheiro, barulho constante, poeira excessiva, poluição ambiental, trincamentos progressivos, cortes no fornecimento de água, energia elétrica, queda no movimento de atividade comercial (vendas)”.⁶²

⁶⁰ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p.30.

⁶¹ CAHALI, *op. cit.*, p.78.

⁶² STOCO, Rui. Responsabilidade Civil do Estado por Obras que Realiza. *Revista dos Tribunais*, ano 82, vol. 689, março de 1993, p.122. Conforme o autor, os pressupostos para a verificação da responsabilidade objetiva do Estado por comportamentos lícitos estão assim alinhados: “1. existência de relação de causa e efeito entre o comportamento estatal e o dano dele resultante; 2. Que o dano não decorra do exercício de um poder que a ordem jurídica conferiu ao Estado, cujo conteúdo jurídico consista justamente em ingressar na esfera alheia, incidindo sobre seu direito; 3. A efetiva existência de um dano, qualificado como “dano jurídico” (que atinja a esfera jurídica do indivíduo), certo, efetivo, emergente, permanente e aferível e não uma mera limitação, de caráter geral, de um direito; 4. Que este dano seja especial, que onere apenas a situação particular de um indivíduo ou de um pequeno grupo de pessoas, ou seja, um prejuízo singular e não universal, e anormal, quer dizer, que ultrapasse os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis; 5. Que o dano, ademais de ser injusto, seja ilegítimo, na medida em que viole o princípio da igualdade dos cidadãos, considerando que este princípio veda que se desequilibre a repartição dos ônus e encargos, pois não deve ser suportado por apenas uns ou alguns administrados.” (p.127-128)

E, ainda, Diógenes GASPARINI, argumenta que somente será reparável pelo Poder Público que lhe deu causa o dano certo, especial, anormal, referente a uma situação protegida pelo Direito e de valor economicamente apreciável, sendo relevante esta última característica vez que não teria “sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório”.⁶³

Imperioso lembrar que as lesões sofridas pelo particular, advindas da atuação legítima do Estado, resultam de atividades juridicamente perfeitas desempenhadas no interesse de toda a sociedade, não sendo equânime que apenas alguns cidadãos arquem com os prejuízos decorrentes de ações realizadas no interesse de todos. Por esse motivo, o Estado tem o dever de reparar os danos anormais e especiais causados nessas condições ao patrimônio de outrem da forma mais completa possível, repartindo-se e redistribuindo-se, dessa maneira, os ônus provenientes dos atos lesivos pela coletividade através da responsabilização estatal.

Por fim, o dano jurídico reparável nem sempre pressupõe um dano econômico, haja vista a possibilidade da atuação lícita do Estado ter causado única e exclusivamente um dano moral na esfera juridicamente protegida do particular. É, portanto, cabível a responsabilização objetiva do Poder Público tanto por dano material quanto moral.⁶⁴

2.2.2. Agentes Públicos atuando nessa qualidade

Para a caracterização da responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, é fundamental a condição de “agente público atuando nessa qualidade” na causação do dano na esfera juridicamente protegida do cidadão, nos termos dos artigos 37, parágrafo 6º da Constituição Federal e 43 do Código Civil.

Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus

⁶³ GASPARINI, *op. cit.*, p.832.

⁶⁴ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.863-864.

agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, cabendo a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico.⁶⁵

Agentes públicos são todas aquelas pessoas “que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio”.⁶⁶ Agente, portanto é termo em sentido amplo que engloba qualquer pessoa que pratica função pública, ainda que irregularmente investida, como é o caso do funcionário de fato.⁶⁷

Esclarece Yussef Said CAHALI que sempre que a condição de funcionário ou agente público tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, responde o Estado pela obrigação de indenizar.⁶⁸ Não exige o preceito constitucional, outrossim, que o servidor público tenha agido no exercício de suas funções, mas, sim, nessa qualidade.

O que importa saber é se a qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva, ensejando, assim, o dever de indenizar do Estado.

Nesse sentido, Hely Lopes MEIRELLES leciona que:

O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.⁶⁹

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.435.

⁶⁶ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.850.

⁶⁷ BASTOS, *op. cit.*, p.173.

⁶⁸ CAHALI, *op. cit.*, p.111.

⁶⁹ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 623.

A indenização dependerá, portanto, da prova de que o dano sofrido decorre diretamente do ato praticado pelo agente estatal.⁷⁰ Ou seja, é indispensável para a responsabilização do Estado que a vítima demonstre a existência do liame causal entre o comportamento lícito da Administração Pública, que atua através de seus agentes nessa qualidade, e o evento danoso, bem como comprove a ocorrência de dano ressarcível.

2.2.3. Nexo de causalidade

Para que seja a entidade estatal responsabilizada perante o particular pelo seu comportamento lícito, é imprescindível que entre o comportamento estatal e o dano resultante tenha havido nexos de causalidade, do qual nasce o vínculo obrigacional extracontratual entre o Estado e o particular.

A palavra nexos significa ligação, vínculo, união, liame, elo. A palavra causalidade significa relação de causa e efeito. Assim, para existir o nexos de causalidade entre a atividade do Poder Público e o dano sofrido por terceiro, o Estado deverá ter dado causa para a geração do efeito lesivo, ou seja, necessitará ser imputável pelo dano causado ao cidadão.

O fator provocador do dano tem que ser, essencialmente, vinculado, ainda que não como fator único de ocorrência, com a ação estatal lesiva. É que, segundo Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

Pode haver um concurso de causas que ensejem o dano contra o qual se coloca o atingido. Pode ocorrer um fator ocasional que, indireta ou mediamente, contribua para o resultado danoso, sem que apenas por isso se possa afirmá-lo como causa do resultado questionado como injusto. Na primeira hipótese haveria que se indagar sobre a imputabilidade de qualquer delas, ou, em especial, daquela que, de maneira idônea e suficiente, produziu o evento danoso para se conhecer da pessoa responsável.⁷¹

⁷⁰ MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.528.

⁷¹ ROCHA, *op. cit.*, p.12.

Evidencia-se essa assertiva na lição de Manoel Oliveira FRANCO SOBRINHO que argumenta que “a responsabilidade administrativa do poder público depende necessariamente do vínculo entre o ato-fato e o dano causado, a fim de que o dano imputável surja como decorrência direta ou inevitável de causa geradora de prejuízo patrimonial”.⁷²

Consoante os ensinamentos de Jean RIVERO, o dano somente será reparável se puder ser imputado à atuação de uma pessoa pública determinada. Vale mencionar: o dano deve ligar-se a uma conduta estatal, encontrando-se, desse modo, eliminados do campo da responsabilidade o dano indireto, o dano imputável à culpa do lesado, à força maior e a uma pessoa pública estrangeira⁷³, como se estudará a seguir.

A configuração do elo de causalidade é, portanto, fundamental para a averiguação e constatação da responsabilidade civil do Estado, para que este responda ou não pelos danos causados por seus agentes, agindo nessa qualidade. Caso contrário, não se formará o liame causal essencial para ensejar a obrigação de reparar do Estado.

2.3. EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Apesar do fato de ser a responsabilidade civil do Estado objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, bastando, para configurar o dever de indenizar do Poder Público, a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre este dano e a participação de um agente público, nesta qualidade, na ocorrência do evento lesivo, haverá hipóteses em que o Estado não responderá pelos danos causados a terceiros, ou terá sua responsabilidade abrandada. Tratam-se dos casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade estatal.

A característica das circunstâncias excludentes da responsabilidade estatal é a inexistência do vínculo causal entre o comportamento da entidade pública e o dano

⁷² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.348.

⁷³ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. De Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

produzido. Assim, não obstante tenha ocorrido o dano, este não é imputável ao Estado, por ser oriundo de causa estranha à pessoa pública.⁷⁴ Ou seja, a responsabilidade civil do Estado deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando a causa estiver aliada a outras circunstâncias.⁷⁵ Faltarão, assim, o nexo de causalidade indispensável para a responsabilização estatal.

Importante mencionar que há grande divergência doutrinária acerca de quais sejam as causas excludentes da responsabilidade, sendo apontadas por alguns apenas a força maior e a culpa da vítima, outros a estas acrescentam a culpa de terceiro, o estado de necessidade, legítima defesa, caso fortuito, agente fora das suas atividades funcionais.

Seguir-se-á neste trabalho a orientação de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que aponta como causas excludentes da indenização estatal a força maior e o caso fortuito, a culpa da vítima e o estado de necessidade.⁷⁶

2.4.1. Caso fortuito e força maior

Não há unanimidade quanto a um conceito único ou genérico de força maior e de caso fortuito, nem da exata distinção entre esses institutos, sendo que alguns autores os consideram como expressões sinônimas⁷⁷.

Para parte da doutrina que defende haver distinção entre a força maior e o caso fortuito⁷⁸, a força maior é conceituada como o acontecimento imprevisível decorrente da ação da natureza, inevitável pelo Estado como uma tempestade, um terremoto, um raio, não podendo, portanto, ensejar sua responsabilidade, enquanto o caso fortuito constitui-se de atividade eminentemente humana, é o evento imprevisível

⁷⁴ ROCHA, *op. cit.*, p.15.

⁷⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p.530.

⁷⁶ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p.48-51.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.440-441.

⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de MELLO (Curso de Direito Administrativo, p. 866), Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (Op. cit., p.530/531), Yussef Said CAHALI (Op. cit., p.52/58).

decorrente de falha da máquina administrativa, e por tal característica propicia a responsabilização do Estado. E para outra parte⁷⁹, a força maior e o caso fortuito são definidos de forma exatamente inversa, consistindo a força maior em ações humanas e o caso fortuito em eventos da natureza.

Para dirimir esses conflitos doutrinários, Romeu Felipe BACELLAR FILHO ensina que:

A distinção não oferece nenhuma dificuldade. Em se tratando de caso fortuito, o traço marcante é a imprevisibilidade. Se o evento pudesse ser previsto, certamente poderia ser evitado. Já em se tratando de força maior, o que transcende é a irresistibilidade. O evento, em muitos casos, embora previsível, afigura-se inevitável por sua força maior. Detectados fatos imprevisíveis e inevitáveis, a princípio o Estado não responde. São causas excludentes da responsabilidade.⁸⁰

Seguindo esse entendimento, nas situações em que incidem a força maior e o caso fortuito, desde que demonstrado serem os eventos imprevisíveis, irresistíveis, inevitáveis e estranhos à vontade das partes, advindo da natureza ou de ato humano, verificar-se-á a exclusão ou a atenuação da responsabilidade civil do Estado, dependendo do caso concreto.

Comprovado, pois, o estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento danoso, nada mais é necessário para liberar a Administração Pública do dever de indenizar o dano sofrido pela vítima.⁸¹

Nesse sentido, argumenta CRETELLA JUNIOR que:

*Fatos do mundo e falhas da máquina, imprevisíveis ou não, transformam-se irresistíveis e inevitáveis, quando o esforço humano é infrutífero diante da violência e do inevitável da ocorrência. O fato “imprevisível”, “irresistível” e “inevitável” é evento que, pela singularidade de que se reveste, teria mesmo de ocorrer fatalmente, o que desobriga o Estado da obrigação de indenizar.*⁸²

⁷⁹ GASPARINI, *op. cit.*, p.831. Este autor, discorrendo sobre as duas hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal, afirma que “a primeira diz respeito a acontecimento, imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado, do tipo do tufão e da nevasca (caso fortuito) ou da greve e da grave perturbação da ordem (força maior)”.

⁸⁰ BACELLAR FILHO, *op. cit.*, p.49.

⁸¹ GASPARINI, *op. cit.*, p.831.

⁸² CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p.168.

Imperioso ressaltar que a exclusão da responsabilidade nesses casos se dá devido a não identificação do nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação/omissão estatal.

Entretanto, a Administração Pública será responsabilizada pela reparação dos danos sofridos pelos particulares, provocados por eventos inevitáveis da natureza (chuvas torrenciais, inundações, alagamento, deslizamento, desmoronamentos), desde que, por sua omissão ou atuação deficiente, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis (ou as realizando de maneira insatisfatória), poderia ter evitado a ocorrência do prejuízo, ou atenuado suas conseqüências. Caso contrário, se nenhuma participação concorrente lhe puder ser imputada (as obras realizadas eram as únicas exigíveis ou que as obras não seriam razoavelmente de se exigir do Estado), não poderá ser a Administração Pública responsabilizada pelos danos provenientes.⁸³

2.4.2. Culpa da vítima

A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite-lhe demonstrar a culpa da vítima na configuração do evento danoso, para excluir ou atenuar a indenização, dependendo a ocorrência de culpa exclusiva da vítima ou de culpa concorrente desta com o Estado, respectivamente.

Se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente da reparação, vez que “o dano não se qualifica juridicamente como injusto, e, como tal, não legitima a responsabilidade objetiva do Estado, se encontra a sua causa exclusiva no procedimento doloso ou gravemente culposo do próprio ofendido”.⁸⁴

Ausente, pois, nos casos de culpa exclusiva da vítima, qualquer causa imputável à Administração, não se formará o liame causal necessário para a responsabilização objetiva do Estado.

⁸³ CAHALI, *op. cit.*, p.58.

⁸⁴ *Ibid*, p.58.

A Jurisprudência também é unívoca nesse sentido:

Apelação cível. Ação de indenização. Danos materiais e morais. Decisão que julgou improcedente a ação. Recurso objetivando a reforma do *decisum*. Culpa exclusiva da vítima. Demonstração incontestável. Decisão escorreita. Recurso conhecido e desprovido. Ocorrendo culpa exclusiva da vítima que sofreu o dano, deixa de existir o imprescindível nexos causal justificador da atribuição da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público, desaparecendo a obrigação de indenizar. (TJPR, 2ª Câmara Cível, Ac. nº 22.228, Relator Hirose Zeni, j. em 20 de novembro de 2002)

Por outro lado, comprovado que a vítima participou de alguma forma para o resultado lesivo, “exime-se o Estado da obrigação de indenizar, na mesma proporção, sua responsabilidade será parcial ou total, conforme tenha sido, numa ou noutra dessas direções, a colaboração das vítimas no evento”.⁸⁵

Ou seja, no caso em que o Estado e o lesado concorrem para o acontecimento do evento lesivo, as chamadas *concausas*⁸⁶, não há que se cogitar de responsabilidade exclusiva para um ou para outro, mas de uma repartição de indenização, na medida em que cada um com ela colaborou, como bem salientou Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipótese haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente de responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do quantum indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento.⁸⁷

Sendo o evento lesivo imputado tanto ao Estado quanto à vítima, configura-se o concurso de responsabilidades, partilhando-se entre ambos o ônus reparatório do dano, nos termos do artigo 945 do novo Código Civil, *in verbis*: “Se a vítima tiver

⁸⁵ GASPARINI, *op. cit.*, p. 831.

⁸⁶ Consoante a orientação de Carmen Lúcia Antunes ROCHA, considera-se concurso de causas ou *concausa* “o conjunto de fatores que conduzem, pela sua interdependência ou ordenação, o resultado indigitado como dano. Assim, o comportamento que, conquanto relativamente independente do resultado, constitua um desdobramento subsequente necessário e ligado ao anterior, de tal forma que o evento produzido tenha elo de causalidade não unicamente a ele, mas ao conjunto constituído por ele e pelos que com ele se compuseram para o sucesso provocador do dano serve à configuração da *concausa*, ou do concurso de causas”. (*Op. cit.*, p.16)

⁸⁷ MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, p.349.

concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Pelo exposto, pode-se afirmar que restará excluída a responsabilidade civil do Estado quando a culpa pelo evento danoso for completamente imputada à vítima, em razão da inexistência do nexos causal necessário, e atenuada quando da causalidade concorrente na causação do dano injusto entre o Poder Público e o lesado, de forma proporcional à dosagem da culpa.

2.4.3. Estado de necessidade

A terceira e última excludente da responsabilidade estatal é o estado de necessidade, que se verifica diante de situações de perigo iminente não provocadas pelo agente, tais como guerras, comoções sociais e sedições, quando se faz necessário um sacrifício do interesse particular em função do Poder Público, titular do interesse coletivo, que poderá intervir na esfera particular a fim de defendê-lo.

Nessas situações anômalas, se os atos praticados pelos agentes estatais eventualmente causarem danos ao administrado, não ensejarão a obrigação do Estado de indenizar, por força do *status necessitatis*, que tem como fundamento jurídico o princípio da supremacia do interesse público, caracterizado pela prevalência da necessidade pública sobre o interesse particular.

Conforme lição de CRETELLA JUNIOR, “o estado de necessidade é também exclusivo da obrigação de indenizar e, portanto, da responsabilidade, afigurando-se como situação em que predomina o interesse geral sobre o interesse pessoal, conveniência, e mesmo direitos individuais”.⁸⁸

Conclui-se desta forma que o Poder Público, dotado de discricionariedade para defender o interesse público e intervir na esfera particular diante de fatos excepcionais, estará isento de reparar os danos sofridos pelos administrados em decorrência de sua atuação nesse sentido.

⁸⁸ CRETELLA JUNIOR, *op. cit.*, p.166.

CAPÍTULO 3

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS E SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diante do exposto acerca da evolução histórica, dos fundamentos, dos requisitos e das causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, focalizar-se-á o estudo na análise dos casos concretos ensejadores da obrigação estatal de indenizar.

Faz-se demais importante o exame da questão da responsabilidade civil do Estado por atos lícitos na Jurisprudência pátria vez que, apesar de a Doutrina e a Jurisprudência estarem acordes no sentido de ser objetiva, ainda se mostra nebulosa, principalmente por causa da abrangência e da indeterminação dos conceitos que norteiam este instituto, como o da anormalidade e especialidade do dano ressarcível.

Se o conceito de “dano singular e não universal” pode ser deduzido de circunstâncias objetivas, no que afeta uma pessoa ou um determinado grupo mais ou menos numeroso de pessoas, já o mesmo não pode ser referido quanto à “excepcionalidade ou anormalidade do dano”, pois aqui se faz presente uma certa carga de sensibilidade do julgador na aferição valorativa dos incômodos e prejuízos causados a certos particulares com as atividades estatais legítimas realizadas a benefício de toda a coletividade.⁸⁹

A casuística tem demonstrado que alguns comportamentos comissivos da Administração Pública têm sido considerados indenizáveis, enquanto outros não. Por isso, cada caso precisa ser analisado individualmente com base nos princípios da igualdade e da legalidade, devendo haver vinculação dos tribunais quanto as peculiaridades do caso concreto, examinadas da perspectiva pessoal do julgador, para que os cidadãos que realmente foram lesados em seu patrimônio, e desse prejuízo advenha o direito a uma indenização, sejam devidamente ressarcidos pelo Estado.

Passa-se, então, à abordagem do aspecto referente às hipóteses mais freqüentes da responsabilização estatal por atos lícitos levadas ao Judiciário. Foram

⁸⁹ CAHALI, *op. cit.*, p.79.

escolhidos três acórdãos de diferentes Tribunais para serem analisados e comentados, cujas ementas serão destacadas no corpo desta monografia e o inteiro teor estará em anexo.

3.1. CASUÍSTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LÍCITOS

1º acórdão: Responsabilidade civil extracontratual do Estado por obras que realiza⁹⁰ (anexo 1)

Superior Tribunal de Justiça

2ª Turma

Recurso Extraordinário nº 113.587 - SP

Recorrentes: José Carlos Magalhães e esposa

Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo

Relator: Ministro Carlos Velloso

CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, ARTIGO 107. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 37, § 6º.

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 nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da 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, e devida a indenização, que se 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 de viaduto. Procedência da ação.

III. R.E. conhecido e provido.

⁹⁰ “Obra pública é toda construção, reforma ou ampliação em imóvel, destinada a fins públicos, realizada diretamente pela Administração, ou indiretamente por seus delegados ou contratantes. O que caracteriza a obra pública é a sua destinação ao público ou ao serviço público, sendo indiferente o modo de sua execução, a pessoa que a executa e o local de sua realização. A obra pública é a realização material que a Administração comumente executa sobre um bem público como equipamento ou estrutura para um serviço público a ser oferecido à comunidade; em outros casos é a própria obra que serve diretamente ao público”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.261-262).

Cuida esse julgado de ação de indenização proposta por José Carlos Magalhães e sua esposa em face do Município de São Paulo, pelos danos advindos da construção do viaduto Ari Torres que teria provocado poluição sonora, visual e ambiental, com a conseqüente desvalorização do imóvel residencial de propriedade dos recorrentes, localizado em frente ao viaduto.

Tal indenização foi negada pelo V. acórdão recorrido por não ter sucedido o dano de atividade ilícita do Município, e sim de ato lícito que objetivou o interesse da coletividade, argumentando o Sr. Relator ao proferir essa decisão que “a) houve prejuízo, mas b) não decorreu de ato ilícito; c) tendo decorrido de atividade administrativa lícita, objetivou o interesse da coletividade, interesse presumido e ínsito ao tipo de aglomeração humano constituído no grande centro; d) não afetou singularmente uma pessoa ou a um pequeno grupo de pessoas; e) não existe o menor indício de que a obra pudesse ter sido desnecessária ou que aquilo a que objetivava pudesse vir a ser obtido por outras vias menos onerosas; f) não se constituiu o prejuízo em fato anômalo no grande centro urbano, onde zoneamento são modificados, bairros envelhecem rapidamente, moradias são derrubadas, novas zonas residenciais surgem, numa modificação contínua e incessante; e g) não há conflito entre interesses privados, mas entre um interesse privado e um interesse público, com primazia para este”.

Decidiu S. Ex^a., o Ministro Carlos Velloso, pelo provimento do recurso extraordinário, julgando procedente o pedido de reparação dos recorrentes, com fulcro no artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Primeiramente, importa ressaltar que a responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, não exige que a ação estatal causadora do prejuízo seja ilícita, abrangendo também as atividades administrativas regularmente desenvolvidas pelo Poder Público. O Estado será responsabilizado pelos seus atos lícitos lesivos, desde que haja dano efetivo decorrente do funcionamento de um serviço organizado no interesse da sociedade e que este dano tenha determinadas características⁹¹, para nascer a obrigação de indenizar do Poder Público.

⁹¹ Ver item 2.2.3.

Outrossim, deve haver a responsabilização estatal nos casos de obras públicas danosas, embora realizadas no interesse da sociedade, ao patrimônio de terceiros, vez que não se pode exigir do particular especial sacrifício que exceda os encargos normais e razoáveis da vida em sociedade, consoante o princípio da igualdade de todos perante os ônus públicos, norteador desse instituto.

Nesse sentido, é o entendimento de Hely Lopes MEIRELLES:

A responsabilidade civil do Estado pelos danos da obra pública surge do só fato de sua realização, bastando que a vítima demonstre o nexo causal entre a obra e os prejuízos suportados. A Administração só se libera dessa responsabilidade comprovando a culpa exclusiva da vítima, ou a ausência de relação entre a obra e o dano. É a regra do art. 37, § 6º da CF, que consagrou a responsabilidade objetiva do Poder Público e de seus delegados pelos atos lesivos aos particulares.⁹²

Seria contraditório que um melhoramento viesse a causar prejuízos excessivos ao invés de benfeitorias. No entanto, verifica-se não ser o mero desconforto ocorrido pela realização de obras públicas que irá gerar a obrigação do Estado de reparação, e sim, “o prejuízo real e superior ao que realmente deveria ocorrer, que se torne insuportável para a pessoa atingida e desarrazoado em relação ao benefício que lhe foi ou será proporcionado”.⁹³

Os recorrentes detêm, como bem salientou o Sr. Relator, direito à indenização, posto evidente a ocorrência de desvalorização de seu imóvel por causa da construção do viaduto pela Administração, que gerou poluição sonora, visual e ambiental na área em questão, sacrifício este não suportado pelos demais cidadãos que se beneficiaram com a realização da obra.

Assim, “tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atende ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito”. Em condições tais, “a compensação é limitada ao dano especial e anormal gerado pela atividade administrativa. Generalizar a noção a todo e qualquer prejuízo, decorrente do

⁹² MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p.264-265.

⁹³ STOCO, *Responsabilidade Civil do Estado por Obras que Realiza*, p.129.

funcionamento do serviço público, seria a própria denegação da supremacia do interesse público e da destinação social da propriedade”.⁹⁴

Nesta seara, portanto, a desvalorização de imóveis localizados próximos à execução de obras públicas enseja indenização, vez que o prejuízo suportado pelo cidadão possui todas as características de dano ressarcível, sendo: 1. certo (não imaginário), efetivo; 2. anormal (o sacrifício suportado pelos recorrentes ultrapassa os limites da razoabilidade e da proporcionalidade da vida em sociedade); 3. especial (atinge algumas pessoas determináveis); 4. de natureza permanente (acompanha o imóvel para sempre); 5. e, ainda, atinge um bem ou interesse juridicamente protegido dos recorrentes.⁹⁵

Não há dúvidas que a obra, cuja construção se fez por exigência do interesse público, afetou o grupo de pessoas ou o grupo de imóveis situados em frente ao viaduto. Defendem, com propriedade, os recorrentes que ‘mesmo que tivesse (a obra), a título de argumentação, afetado todo o bairro, não deixaria de ter afetado apenas um grupo de pessoas’. Outrossim, resta claro que, conforme o voto proferido pelo Ministro. Carlos Velloso, o dano foi anormal, mesmo considerado o grande centro urbano onde ocorreu.

Nasce, nessas condições, a obrigação do Estado indenizar pelas lesões que acarretar ao patrimônio alheio.

Com relação às obras públicas em geral executadas no interesse da coletividade, tem-se requerido o dever de indenizar os danos anormais e especiais sofridos pelos particulares, pois o Estado tem responsabilidade na execução da obra pública, através da aplicação da teoria do risco administrativo. Assim, nos casos de

⁹⁴ TÁCITO, Caio. Tendências Atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 55, jan./mar. 1959, p.271-272.

⁹⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSTRUÇÃO DE PONTE. DANO ECONÔMICO. DANO JURÍDICO. O Estado terá o dever de indenizar o dano decorrente tanto de ação lícita quanto ilícita. No entanto, somente por dano jurídico será impositivo esse dever, não por mero dano econômico. A construção da ponte, acarretando prejuízo ao serviço de travessia do rio até então efetuado por embarcações, provoca dano econômico para aqueles que auferiam vantagem com este serviço. Inexistindo, contudo, direito à prestação desse serviço por parte de empregados da empresa que o prestava, dano jurídico não se configura, o que afasta a imputada responsabilidade civil do Estado. (TJPR, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Pacheco Rocha, Apelação Cível nº 80790-3, j.26.10.1999).

dano derivado de obras realizadas pelo Poder Público, a responsabilização objetiva do Estado surge apenas em razão do fato lesivo da construção, sendo satisfatório que o lesado demonstre o nexo causal entre a obra e o prejuízo ocorrido, sem necessidade de se comprovar a culpa da Administração ou de seus agentes e auxiliares. Nessa linha, é a orientação da Jurisprudência:

Obra Pública. Viaduto. Dano. Estabelecimento Comercial que, em razão da obra, tornou-se completamente impróprio ao seu objetivo. Indenização devida. O autor sofreu prejuízos com a construção do viaduto levado a efeito pela ré. Não se cuidou de mero incômodo que deverá, em regra, ser suportado. No caso, o estabelecimento comercial do autor se tornou completamente impróprio ao seu objetivo. Mantinha o autor, nas proximidades do local, um posto de abastecimento de combustível, com serviços de troca de óleo, lavadouro e outros misteres pertinentes a esse ramo de atividade. Ficou bloqueado o acesso ao posto. Foi o autor notificado, inclusive, a retirar seus reservatórios do local. A parte de cima do prédio ficou devastada, quebrando-lhe, por completo, a própria privacidade. (TJSP, 6ª C., j. 29.11.1984, RJTJSP 94/49, in CAHALI, op. cit., p.82)

Obras do metrô. Atividade lícita. Danos causados a terceiros. Não exclui a responsabilidade, que é objetiva, o tratar-se de dano oriundo de atividades lícitas. Há obrigação de restituir, porque, embora lícito o ato, é anormal e especial o dano, à medida que transcende os limites dos incômodos naturais da vida societária e onera uma só pessoa, na singularidade de sua condição funcional (hospital). A responsabilidade do Estado abrange tanto os danos provenientes de atividades lícitas quanto os de atividades ilícitas, não havendo porque cindir e apartar de seu campo de abrangência os danos provenientes de atividades lícitas. (TJSP, 2ª C., ap. 120.912-1, Relator César Peluso, j.28.08.1990)

Outro, no entanto, foi o entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo em caso semelhante ao estudado:

Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Desvalorização de imóvel em decorrência de obra pública. Inaplicabilidade do artigo 159 do Código Civil, invocado, por não se tratar de obra ilícita. Construção que veio proporcionar à coletividade vias mais adequadas ao tráfego urbano. Hipótese de risco social suportável pela coletividade em geral. Embargos rejeitados. 'Construção de vias públicas e vias expressas pelo Município em uma Metrópole constitui dever dos administradores no atendimento ao bem comum. (TJSP, 4ª C., Relator Freitas Camargo, j. 03.02.1983, RJTJSP 82/296)

Rui STOCO sustenta que os prejuízos suportados por pessoas físicas ou jurídicas atingidas por obras públicas não são indenizáveis se tais prejuízos correspondem ao exato sacrifício que obras dessa envergadura impõe à comunidade, ou parte dela por determinado período. Isso porque, essas mesmas pessoas sofrerão

também, com o término da obra, o reflexo da mais valia pelo benefício implantado, com valorização real dos imóveis e crescimento da área, circunstância que deve ser sopesada no momento de se atribuir ou não a responsabilidade ao Estado.⁹⁶ Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Responsabilidade civil. Obras do metrô. Queda temporária do movimento. Compensação posterior pela melhoria do ponto comercial. Ação improcedente. Tomar ao pé da letra o texto constitucional importaria tornar ingovernável qualquer país, pois uma simples mudança de mão de trânsito gera, sem querer, prejuízos para alguns e lucros para outros. O Estado pagaria os prejuízos e os particulares não lhe devolveriam os lucros. (TJSP, 2ª Câmara Cível, j. 29.06.1982, RJTJSP 82/132)

Pelo exposto, conclui-se que as obras públicas ou de interesse público realizadas pela Administração Direta do Estado ou por suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, podem causar danos aos interesses e bens dos particulares, que se forem indenizáveis, ensejarão a responsabilização objetiva do Estado por atos lícitos, para a qual é suficiente a demonstração do nexo de causalidade e o prejuízo efetivo, independente da prova de culpa.

2º acórdão: Responsabilidade Civil do Estado por ato lícito decorrente de restrição administrativa (anexo 2)

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

5ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 83.629-1

Apelantes: Mauris Ilia Klabins Warchavchik e outros, Fazenda do Estado de
São Paulo e Municipalidade de São Paulo

Apelados: os mesmos

Relator: Desembargador Ralpho Waldo

Revisor: Desembargador Márcio Bonilha

⁹⁶ STOCO, *Responsabilidade Civil do Estado por Obras que Realiza*, p.130.

TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. IMPEDIMENTO INTEGRAL DE UTILIZAÇÃO DO BEM QUE ASSEMELHA A HIPÓTESE À DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMÓVEL QUE SE PRESTAVA À CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS. EXISTÊNCIA, INCLUSIVE, DE NEGÓCIO JÁ EFETUADO ENTRE O PROPRIETÁRIO E A INCORPORADORA IMOBILIÁRIA QUANDO DO TOMBAMENTO. RESSARCIMENTO DEVIDO PELA FAZENDA ESTADUAL. O tombamento que, em princípio, não obriga à indenização, passa a exigí-la quando acarreta o esvaziamento econômico do bem, caso em que se assemelha a uma desapropriação indireta.

Cuidam os autos de ação de indenização proposta pelos proprietários do terreno onde foi construída a chamada “Casa Modernista”, objetivando, em face do Município de São Paulo e da Fazenda do Estado de São Paulo, a reparação dos prejuízos sofridos em decorrência do tombamento do imóvel, que acabou por esvaziar seu conteúdo econômico.

O Juízo monocrático julgou procedente o pedido, sendo as apelações do Município e da Fazenda do Estado no sentido de reforma do *decisum*, e ainda pleiteando a Municipalidade sua exclusão da lide por não ser parte legítima do feito, no que foi atendido. Os autores também apelaram da sentença *a quo* a fim de converter o feito em diligência para realização de nova perícia quanto ao valor da indenização, apelo este não provido.

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela manutenção da decisão impugnada, vez que a utilização do imóvel ficou inteiramente impedida, com prejuízo total para o direito respectivo, condenando a Fazenda do Estado de São Paulo ao ressarcimento correspondente.

O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio cultural, histórico, paisagístico, bibliográfico e artístico pelo Estado, cuja conservação seja de interesse público, previsto no artigo 276, §1º da Constituição Federal. É, portanto, ato administrativo, ou procedimento administrativo segundo alguns autores, pelo qual o Poder Público declara ou reconhece o valor histórico, artístico, cultural, ou paisagístico de um determinado bem.

Na esfera da União o Decreto-Lei nº 25, de 30/11/37, chamado de Lei do Tombo, definiu sobre que modalidade de bens pode recair o tombamento: bens móveis e imóveis cuja conservação seja de interesse público quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico.

O tombamento, considerado aqui como limitação administrativa à propriedade privada imposta, de forma gratuita e unilateral, pela Administração Pública no interesse da sociedade, tem caráter geral, ou seja, atinge toda uma área não específica, mas determinável. Disso decorre que o tombamento, que não atinge bens exclusivos, embora venha a onerar todos os imóveis situados naquele determinado perímetro, por seu característico generalizador, não motiva indenização do Estado. Nesse rumo, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

Limitação Administrativa. Prédio considerado unidade de interesse de preservação por decreto do Prefeito Municipal de Curitiba. Limitação genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito dos proprietários, em prol da memória da cidade, que tem base no parágrafo único do artigo 180 da Constituição da República. Recusa de autorização para demolição que não importa afronta ao direito de propriedade. (STF, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Madeira, RE 114.468-PR, j. 31.05.1988)

Entretanto, nas hipóteses em que o tombamento possa ser caracterizado como singularizador, vez constatado tratamento diferenciado em relação a imóveis que se encontram na mesma zona, ensejará a obrigação do Estado de ressarcir os danos que causar ao proprietário do bem tombado.

Isso porque, diante do fato de ser este instituto uma forma de preservação de bens no interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos, “não podem um ou alguns particulares serem sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento.”⁹⁷ Afrontaria o princípio da igualdade de todos frente aos encargos públicos.

É inafastável, no caso ora em comento, o dever de indenizar, de acordo com o Sr. Revisor, Márcio Bonilha, pelo evidente prejuízo causado aos autores em razão do

⁹⁷ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.547.

tombamento ser de natureza singular, incidindo o gravame sobre imóvel pertencente a proprietários certos e determinados, mesmo que o direito de propriedade não tenha sido totalmente anulado. É o que se pode dizer de tratamento desigual para casos iguais, pois as propriedades que não foram tombadas, na mesma área, poderão ter uma destinação e um modo de ocupação completamente diferentes da área tombada.

Imperioso ressaltar que haverá a responsabilidade do Poder Público pelos prejuízos advindos do tombamento singularizador, desde que o lesado prove o dano, que deverá preencher as características do dano ressarcível anteriormente analisadas, e o nexo de causalidade entre a conduta estatal e este dano. Isso porque, a responsabilização do Estado é objetiva quando o dano é resultado da atividade lícita do agir da Administração, conforme os ditames dos artigos 37, parágrafo 6º da Constituição Federal e o 43 do novo Código Civil.

Logo, para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.⁹⁸

Quando o prejuízo produzido pelo Poder Público ao proprietário em decorrência do tombamento for o esvaziamento econômico do direito de propriedade, ou seja, “toda vez que o tombamento impedir o uso do bem de acordo com a sua destinação natural”⁹⁹, como no presente acórdão, surgirá o dever de reparação do Estado.

Esse é o entendimento de Hely Lopes MEIRELLES, que explica não se tratar aqui “de simples limitação administrativa, mas sim de interdição da propriedade”. E prossegue, “justifica-se que assim seja, pois essa regra deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aqueles ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo.”¹⁰⁰

Assim é a orientação jurisprudencial:

⁹⁸ DI PIETRO, *op. cit.*, p.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público VIII: Assuntos Administrativos em Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.283.

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. *Revista dos Tribunais*, vol. 600, ano 74, outubro de 1985, p. 17.

Indenização. Fazenda Pública. Tombamento. Serra do Japi. Indenização restringida à área tombada, na qual ficou o autor impedido de desenvolver sua atividade. Recurso provido para este fim. O prejuízo decorrente de tombamento, a ser indenizado, deve ser o real e não o imaginário. (TJSP, 9ª Câmara Cível, Relator Celso Limongi, JTJ-LEX 150/106)

Importante observação faz Yussef Said CAHALI, ao salientar que a indenizabilidade de imóveis sujeitos a restrições legais administrativas, com limitações de uso e gozo pelo proprietário, tem sido examinada pela Doutrina e Jurisprudência segundo uma perspectiva equivocada, resultando daí, talvez, as dificuldades e contradições que acabam por envolvê-la. “É que, geralmente, nossos autores e jurisprudência cuidam de examiná-la no contexto das ações de desapropriação, quando é certo que a matéria se insere no Âmbito mais amplo da responsabilidade civil da Administração Pública”.¹⁰¹

Ou seja, a indenização quando devida se funda na responsabilidade civil do Estado por atos lícitos por não destituir o respectivo titular do domínio da propriedade, não passando o imóvel, no caso em análise, ao patrimônio público.

Esse é o entendimento do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. ESAZIAMENTO PARCIAL DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. NECESSIDADE DO PAGAMENTO DA VERBA QUE NÃO SE RESOLVE PELA NATUREZA JURÍDICA, MAS PELO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA, ATRAVÉS DO QUAL TEM O ENTE PÚBLICO O DEVER DE REPARAR TODA VEZ QUE ATO SEU, LEGÍTIMO OU NÃO, CAUSE LESÃO AO PARTICULAR. A natureza jurídica do tombamento sobre a qual divergem os doutrinadores, se limitação administrativa ou servidão, não é ponto essencial à sua concretização, ainda que envolva aniquilamento parcial das faculdades inerentes ao domínio, porque tal questão se resolve pela imposição ao órgão público da obrigação de indenizar. (TJMG, 2ª Câmara Cível, Ap. 155.156/00, Relator Desembargador Pinheiro Lago, j. 23.05.2000, RT 788/364)

Nesta linha também se posicionou Paulo Affonso Leme MACHADO ao defender ser indenizável o prejuízo especial sofrido por um ou alguns cidadãos que têm sua propriedade escolhida solitariamente para ser conservada em relação ao conjunto existente, argumentando que “a indenização que postulamos aqui não é a indenização por expropriação da coisa tombada, mas simplesmente indenização pelo

¹⁰¹ CAHALI, *op. cit.*, p.539.

prejuízo ocorrido, continuando a coisa na propriedade do particular”. E continua, “é um tratamento desigual para casos iguais. A Administração tem o direito de escolher o bem a ser tombado, mas nesse caso passa a ter o dever de indenizar, pois a limitação passou a ser singular e não geral”.¹⁰²

Conclui-se que, do tombamento ensejador de sacrificio especial e anormal aos particulares nascerá a obrigação de reparar do Poder Público os prejuízos sofridos, baseada na responsabilidade objetiva do Estado por ato lícito, desde que preenchidos os requisitos legais.

3º acórdão: Responsabilidade civil do Estado decorrente de embargo administrativo de obra licenciada (anexo 3)

Supremo Tribunal Federal

2ª Turma

Recurso Extraordinário nº 91.542-7-SP

Recorrente: Farcasa S. C. Administração de Bens e Vendas Ltda

Recorrida: Prefeitura Municipal de São Paulo

Relator: Ministro Décio Miranda

Civil. Correção monetária. Obras particulares embargadas com base em lei municipal superveniente, que aprovou novo plano de urbanização. Ato lícito do poder público, mas objetivamente causador do dano ao particular (Constituição, art.107). Devida a correção monetária das parcelas indenizatórias. Dissídio Jurisprudencial caracterizado (RREE 79.678 e 85.782).

Cuidam os autos de ação ordinária proposta por Farcasa S. C. Administração de Bens e Vendas Ltda em face do Município de São Paulo, visando indenização dos prejuízos suportados em decorrência do embargo da construção de seis edifícios que havia sido devidamente licenciada, em virtude de lei municipal posterior, que aprovara

¹⁰² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento: Instrumento Jurídico de Proteção do Patrimônio Natural e Cultural. *Revista dos Tribunais*, a. 71, v. 563, setembro de 1982, p.35-36.

prolongamento das vias de circulação urbana sobre o terreno onde se realizava o empreendimento.

Resta evidente no presente caso o dever do Poder Público de reparar os danos sofridos pela recorrente, embora lícito o embargo municipal à obra encetada pelos particulares, como decidiu o E. Supremo Tribunal Federal com fulcro no artigo 107 da Constituição, hoje, artigo 37, § 6º da Carta Magna de 1988.

Uma vez iniciada a obra, cujo projeto foi aprovado e o alvará de licença outorgado, reconhecendo-se o direito do requerente à edificação em caráter definitivo no terreno indicado, nasce o direito adquirido da recorrente à sua continuidade.¹⁰³ Nesse sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de MELLO que “se a licença foi regularmente deferida e a obra se iniciou, o administrado está na posse de direitos adquiridos. Este ponto é incontroverso”.¹⁰⁴

Por restar configurado, com o início da construção licenciada¹⁰⁵, direito adquirido à sua ininterrupção, e de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal¹⁰⁶, não poderá a Prefeitura ordenar a paralisação e demolição da obra, revogando-se o alvará concedido por motivo superveniente de interesse público sem a devida indenização ao particular lesado.

O Sr. Ministro Décio Miranda, ao proferir seu voto, salientou que restou evidente nos autos ter sido lícito o embargo municipal à obra principiada pelos particulares, decorrente de superveniente plano de circulação no local. “Mas, por outro lado, não negaram as decisões da instância ordinária que as obras dos particulares se tivessem iniciado e continuado até certo ponto com o regular consentimento da

¹⁰³ MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p.347.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.179.

¹⁰⁵ “Direito de construir. Mera faculdade do proprietário, cujo exercício depende da autorização do Estado. Inexistência de direito adquirido à edificação anteriormente licenciada – mas nem sequer iniciada -, se supervenientemente foram editadas regras novas, de ordem pública, alterando o gabarito para construção no local. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido”. (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, agravo de instrumento nº 135.464-RJ, j. 05.05.1992)

¹⁰⁶ Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e coisa julgada.”

Municipalidade. Tratava-se, assim, de ato administrativo objetivamente causador de dano, independentemente de culpa ou dolo dos agentes da Administração, como prevê o artigo 107 da Constituição”.

É fato que a Administração Pública pode revogar seus próprios atos em função do interesse público, por motivos de conveniência e oportunidade, desde que respeitados os direitos adquiridos. A revogação do ato administrativo consiste “em manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, em que declara não querer continuar a conservar precedente manifestação de vontade, consubstanciada em anterior ato administrativo, por não mais convir, na oportunidade, ao interesse público, apesar de legítimo”.¹⁰⁷

Conforme lição de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, o direito adquirido à continuidade da construção da obra devidamente licenciada não constitui empecilho ao poder da Administração Pública de revogação dos atos administrativos anteriores, desde que essa providência se imponha, por razão de conveniência e oportunidade, a fim de alcançar o interesse coletivo, amparado economicamente o particular lesado, argumentando que:

Em mudando-se a situação de fato que originou o direito adquirido ou o regime jurídico que o rege, em virtude de lei ou mesmo de ato administrativo, sob pena de desmentir a função administrativa os seus objetivos de criar e melhorar a utilidade pública, se torna imprescindível a revogação ou a reforma, por vezes, de atos administrativos anteriores, que geraram direitos adquiridos a favor de terceiros, nos seus efeitos futuros. Como esse direito, é suscetível de conversão monetária, não deixará de ficar resguardado, às completas, mesmo sendo revogado o ato administrativo que originou essa relação jurídica, em indenizado, de modo pleno, o seu titular.¹⁰⁸

Como há direito adquirido com o início da obra e esse precisa ser resguardado, impõe-se a indenização dos danos que sofrer o particular com relação a esse direito adquirido em caso de embargo por motivo de lei superveniente de interesse coletivo. A responsabilidade civil do Poder Público, embora lícito o ato revocatório, determina-se pelos prejuízos resultantes da revogação do ato regular

¹⁰⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.1: Introdução, p.627-628.

¹⁰⁸ *Ibid*, p.636-637.

concessivo do alvará, seja por razão de lei superveniente modificadora do plano de urbanização ou seja por motivo de oportunidade e conveniência da Administração.

Verifica-se aqui a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, norteador das atividades administrativas.

Releva mencionar que é excluída a responsabilização estatal nas hipóteses em que o embargo da obra decorre da não observância da licença concedida, ou se esta foi outorgada ilegalmente ou, ainda, obtida maliciosamente pelo dono da obra.¹⁰⁹

Portanto, admitida a revogabilidade do ato administrativo de concessão de alvará de licença para construção, com o conseqüente embargo da execução da obra licenciada, “a responsabilidade civil indenizatória dos danos sofridos pelo particular com o obstáculo ou paralisação da obra deve ser apreciada em função da regularidade do ato autorizatório cassado”.¹¹⁰

Nesse rumo é a lição de Lucia Valle FIGUEIREDO que orienta ser “a revogação do ato administrativo (ainda que dentro dos limites da legalidade) ocorrida por motivo superveniente, por alteração do interesse público a concretizar, também pode ensanchar indenização. Certamente, a indenização não ocorrerá sempre e sempre. Porém, a regra de que se indenizam danos certos, especiais e anormais também valem para o ato lícito de revogação”.¹¹¹

Finaliza Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO salientando que “na hipótese de revogação de ato administrativo sem resguardo de direito adquirido, indenizando-o, ou mesmo de lesão ao patrimônio de terceiro, assiste ao titular daquele direito e ao particular prejudicado economicamente o direito subjetivo de ação perante o poder judiciário, para obter a salvaguarda do direito adquirido desrespeitado e a composição dos danos sofridos”.¹¹²

¹⁰⁹ CAHALI, *op. cit.*, p.403.

¹¹⁰ *Ibid*, p.403.

¹¹¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.262.

¹¹² MELLO, O. A. B., *op. cit.*, p.639.

Celso Antônio Bandeira de MELLO, no entanto, entende não ser admissível o instituto da “revogação” para desconstituir licença regularmente expedida, mas sim o da desapropriação, buscando-se em Juízo uma indenização prévia de cunho expropriatório, e não uma mera indenização pelas lesões suportadas. Veja-se:

É absurdo supor-se possa a Administração aniquilar um direito de alguém sem prévia indenização, a título de “revogar” e invocando um “interesse público”. Vai nisso evidente confusão entre os planos do Direito e da Ciência da Administração.

Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção, a Administração não pode “revogar” ou “cassar” esta licença sob a alegação de que mudou o interesse público ou de que alterou-se a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração *expropriar* o direito de construir naqueles termos.¹¹³

Deve haver, no entanto, a responsabilização civil do Estado pelo embargo administrativo de obra licenciada que cause prejuízos ao particular, por ser indispensável a composição dos danos de quem ficou privado da construção em benefício da coletividade, desde que preenchidos os pressupostos legais exigidos, independentemente da possibilidade ou não de revogação de atos administrativos que geraram direitos adquiridos ao particular.

¹¹³ MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*, p.406.

CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, diversas questões foram tratadas sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, dando-se ênfase à responsabilização estatal por atos lícitos a partir dos artigos 37, parágrafo 6º da Carta Magna e 43 do Código Civil vigente.

Vislumbrou-se que pelo variegado de atividades que lhe são concedidas, o Estado, por sua atuação, está sempre na iminência constante de causar dano ao patrimônio juridicamente protegido de outrem. Por força dessa constatação, surge para o Estado o dever jurídico de oferecer uma resposta, ou seja, a indenização pelos prejuízos que praticar.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado, apesar da divergência doutrinária existente acerca da sua terminologia, é a obrigação de reparar economicamente os danos causados a terceiros, em razão de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legítimos ou ilegítimos, lícitos ou ilícitos, materiais ou jurídicos, imputáveis aos agentes públicos.

A análise das teorias aplicadas à responsabilização do Poder Público demonstrou que nenhuma dúvida subsiste no tocante à rejeição da irresponsabilidade absoluta do Estado atualmente, bem como não há mais que diferenciar atos de império de atos de gestão. Da necessidade de responsabilizá-lo pelos prejuízos que viesse a causar aos bens e interesses alheios, surgiu a teoria da culpa civilística, adotando-se a culpa civil como elemento fundamental para a responsabilização subjetiva do Estado, servindo de inspiração ao artigo 15 do Código Civil de 1916. Evoluiu-se para a teoria da *faute du service*, na qual a culpa pelo ato lesivo praticado era da máquina administrativa como um todo, se o serviço funcionou mal, não funcionou ou funcionou tardiamente.

Com o aumento da ingerência do Estado na sociedade, surgiram as teorias do risco: a teoria do risco integral, na qual o Estado era tido como segurador universal, e a teoria do risco administrativo, consagrada pelo ordenamento pátrio nos artigos 37, §6º da Constituição Federal e 43 do Código Civil vigente. Restou evidente ser esta teoria o

fundamento para a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, pela qual cabe ao Estado reparar os danos que seus agentes, atuando nessa qualidade e no desempenho de suas atividades regulares, vierem causar a terceiros, independentemente de dolo ou culpa destes, bastando a verificação do nexó causal entre a ação administrativa legítima e o prejuízo sofrido.

Isso porque, como restou demonstrado, na responsabilidade civil extracontratual do Estado, contemporaneamente, o que importa é o dano e não mais a conduta do agente.

Constatou-se, assim, que o estado está sujeito ao regime da responsabilidade civil e será responsabilizado objetivamente pelas lesões praticadas em face dos cidadãos, ainda que a atividade estatal seja legítima. E que o nexó causal é fator determinante na averiguação da responsabilidade objetiva estatal por atos lícitos, bem como o dano, que deve ser certo, não eventual, especial e anormal, que corresponda a lesão a um direito, e seja de valor economicamente apreciável.

O exame das causas excludentes e atenuantes da responsabilização do Estado foi imprescindível, vez que a força maior e o caso fortuito, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima e o estado de necessidade se configuram como hipóteses que excluem ou abrandam, na medida em que com ela cada um tenha colaborado, a responsabilidade civil do Estado.

Outrossim, pela análise jurisprudencial realizada no decorrer do trabalho, demonstrou-se a importância do instituto da responsabilidade estatal por atos lícitos para o alcance da Justiça social, repartindo-se os ônus suportados por alguns indivíduos em detrimento ao benefício de toda a coletividade com fundamento no princípio da isonomia, tendo em vista o Estado Democrático de Direito.

A igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos mostra-se indispensável, pois, se em razão de atividade administrativa lícita somente alguns particulares sofrem danos especiais e anormais, que não são comuns à vida social, haveria um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos se somente esses cidadãos arcassem com o peso daquela ação lesiva. É, portanto, imperativo o restabelecimento do equilíbrio através do ressarcimento dos prejudicados às custas dos cofres públicos,

situação em que o Estado terá a obrigação de indenizar o dano acarretado por suas atividades, evitando que se onerem alguns particulares mais do que outros.

Por todo o exposto, conclui-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos, entendida como a responsabilidade patrimonial, direta, primária e imediata do Poder Público em virtude de atividades regulares e legítimas, embora lesivas, da Administração, é extremamente necessária para resguardar os direitos e garantias individuais constitucionalmente garantidos dos cidadãos, bem como assegurar a igualdade de todos frente aos encargos públicos, através da justa reparação dos prejuízos suportados pelo particular em detrimento da realização do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n.9. Curitiba, Juruá, 2002, pp.13-59.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. III. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por Ato de seus Agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias, tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.. Tombamento e Dever do Estado de Indenizar. *Revista dos Tribunais*, ano 83, vol. 709, novembro de 1994, pp.34-41.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol.2. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FEDERIGHI, José Wanderley. *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1994.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. Responsabilidade Civil do Estado. *Júris Síntese*, n.22, mar/abr 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Administrativo em Forma de Perguntas, Respostas e Diagramas Explicativos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento: Instrumento Jurídico de Proteção do Patrimônio Natural e Cultural. *Revista dos Tribunais*, ano 71, vol. 563, setembro de 1992, pp.15-41.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Estudos e Pareceres de Direito Público VIII: Assuntos Administrativos em Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Tombamento e Indenização. *Revista dos Tribunais*, ano 74, vol. 600, outubro de 1985, pp.15-18.

_____. *Direito de Construir*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Responsabilidade Patrimonial do Estado por Atos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 132, pp. 41-56, abril/junho 1978.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REALE, Miguel. *Responsabilidade Civil do Estado*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 87, pp. 24-34, jul/set 1988.

_____. *Revogação e Anulação do Ato Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 311, pp. 03-26, jul/set 1990.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, Juary C. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOARES, Orlando. *Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Responsabilidade Civil do Estado por Obras que Realiza. *Revista dos Tribunais*, ano 82, v. 689, março de 1993.

TÁCITO, Caio. Tendências Atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 55, jan/mar 1959.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

TRUJILLO, Élcio. *Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 96, out/dez 1987.

WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Ajuris*, n. 58, ano XX – julho, 1993.

**ANEXO 1 – ACÓRDÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 113.587-5**

Superior Tribunal de Justiça

2ª Turma

Recurso Extraordinário nº 113.587-5 - SP

Recorrentes: José Carlos Magalhães e esposa

Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo

Relator: Ministro Carlos Velloso

CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, ARTIGO 107. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 37, § 6º.

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 nexos causal ente o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da 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 se assenta n 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 de viaduto. Procedência da ação.

III- RE conhecido e provido

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas por decisão unânime, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de fevereiro de 1992 - Néri da Silveira, Presidente - Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso - Trata-se de recurso extraordinário fundado no artigo 119, III, "a", da Constituição pretérita em que se alega ofensa ao artigo 107 da Carta então vigente, cumulado com arguição de relevância, que veio a ser rejeitada.

Cuidam os autos de ação ordinária de indenização contra o Município de São Paulo, em razão da construção de viaduto, que teria provocado poluição sonora, visual e ambiental, com conseqüente desvalorização do imóvel residencial de propriedade dos recorrentes.

A Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos negou provimento ao apelo dos ora recorrentes contra sentença de primeiro grau (fls.188/191) que julgara improcedente a ação. Também por maioria de voto foram rejeitados os embargos infringentes interpostos.

O voto condutor resumiu assim os fundamentos do acórdão que rejeitou os embargos infringentes:

“Houve prejuízo mas b) não decorreu de ato ilícito; c) tendo decorrido de atividade administrativa lícita, objetivou o interesse da coletividade, interesse presumido e ínsito ao tipo de aglomeração humano constituído no grande centro; d) não afetou singularmente uma pessoa ou a um pequeno grupo de pessoas; e) não existe o menor indício de que a obra pudesse ter sido desnecessária ou que aquilo a que objetivava pudesse vir a ser obtido por outras vias menos onerosas; f) não se constituiu o prejuízo em fato anômalo no grande centro urbano, onde zoneamento são modificados, bairros envelhecem rapidamente, moradias são derrubadas, novas zonas residenciais surgem, numa modificação contínua e incessante; e g) não há conflito entre interesses privados, mas entre um interesse privado e um interesse público, com primazia para este”.

No recurso extraordinário alega-se que o acórdão recorrido contrariou o disposto no art. 107 da Constituição de 1967, “que é auto-aplicável, e serviu de fundamento da ação, o qual consagra o principio da responsabilidade objetiva do Estado”. Dizem os recorrentes que, a teor do mencionado artigo 107, quando se constrói uma obra pública em benefício da coletividade e dela decorre uma diminuição do patrimônio individual, nasce uma responsabilidade de indenizar. Trata-se de critério de estrita Justiça, que é reflexo do principio da igualdade dos ônus e dos encargos sociais. Ressaltam que o aresto questionado, não obstante reconhecer expressamente a ocorrência de prejuízos aos recorrentes, negou-lhes a indenização postulada com base

em alegações irrelevantes. Não se cogita de questionar o poder-dever ao Município de realizar obras públicas de interesse da coletividade, mas sempre que tais obras ocasionarem dano ao particular, está o Poder Público obrigado a indenizá-lo, “por seu ato positivo perturbador, como unificador dos interesses públicos, em assegurando-se a ordem, mediante igualdade de repartição, entre os beneficiados dos encargos sociais”.

Apesar de ter seu processamento indeferido pela ocasião do Eminente 3º Vice-presidente do Tribunal de Justiça (fls.305/309), o recurso extraordinário subiu a esta Corte, em virtude de despacho exarado no agravo regimental no Ag.114.637-1-SP (AgRg).

A douta Procuradoria Geral da República, através de parecer da Subprocuradora Geral Anadyr de Mendonça Rodrigues, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): - Trata-se, como vimos de ver, de ação de indenização contra o Município de São Paulo, por ter este construído um viaduto que teria provocado poluição sonora, visual e ambiental, com a conseqüente desvalorização do imóvel residencial de propriedade dos recorrentes. O acórdão recorrido, que versou a matéria constitucional objeto do presente recurso, negou a indenização, não obstante reconhecer a existência do prejuízo. As razões do acórdão foram assim sintetizadas no corpo deste:

“(…)

Ou, em síntese: a) houve prejuízo; mas b) não decorreu de ato ilícito; c) tendo decorrido de atividade administrativa lícita, objetivou o interesse da coletividade, interesse presumido e ínsito ao tipo de aglomeração humano constituído no grande centro; d) não afetou singularmente uma pessoa ou a um pequeno grupo de pessoas; e) não existe o menor indício de que a obra pudesse ter sido desnecessária ou que aquilo a que objetivava pudesse vir a ser obtido por outras vias menos onerosas; f) não se

constituiu o prejuízo em fato anômalo no grande centro urbano, onde zoneamento são modificados, bairros envelhecem rapidamente, moradias são derrubadas, novas zonas residenciais surgem, numa modificação contínua e incessante; e g) não há conflito entre interesses privados, mas entre um interesse privado e um interesse público, com primazia para este”. (fls.280)

Nas razões do recurso extraordinário, sustentaram os recorrentes:

“Como se verifica, apesar de reconhecer expressamente o prejuízo acarretado para os recorrentes, o V. Acórdão recorrido, com base em inúmeras alegações irrelevantes, nega-lhes indenização, violando, assim, o disposto no art.107 da Constituição Federal, que consagra o princípio da responsabilidade objetiva do Estado”.

Não se nega ao Poder Público o poder dever de realizar obras públicas, de interesse da coletividade, entre as quais se inclui o viaduto Ary Torres, destinado a equacionar o sistema viário da região. Mas face ao disposto no art. 107 da Constituição Federal, toda vez que o Estado, através de uma ação lícita, em seu próprio interesse ou no interesse da coletividade, ocasionar dano ao particular, está obrigado à indenizá-lo, “por seu ato positivo perturbador, como unificador dos interesses públicos, em assegurando-se a ordem, mediante igualdade de repartição, entre os beneficiados dos encargos sociais (Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública, da WEIDA ZANCANER BRUNINI, Prefácio, fls.10)

“HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 9ª edição, p.544, ao tratar da responsabilidade civil da Administração, comentando o artigo 107 da Constituição Federal, afirma:

‘Quando às lesões a terceiros, ocasionadas pela obra em si mesma, ou seja por sua natureza, localização, extensão ou duração prejudicial ao particular, a Administração Pública que a planejou responde objetivamente, sem indagação de culpa de sua parte’.

No caso vertente, reconheceu o V. Acórdão recorrido o nexos causal entre a ação estatal e o dano sofrido pelos recorrentes, reconhecendo a ocorrência do prejuízo. E contrariamente ao afirmado em V. Acórdão recorrido, a ação estatal afetou apenas

um pequeno grupo de pessoas (os proprietários de imóveis da quadra situada na Av. Alcides Sangirardi, em frente ao viaduto). E mesmo que tivesse, a título de argumentação, afetado todo o bairro, afetado todo o bairro, não deixaria de ter afetado apenas um grupo de pessoas. E, a toda evidência, o dano foi anormal, excedendo os incômodos provenientes da vida societária, eis que, consoante bem salientou o Desembargador Arthur de Godoy, em sua declaração de voto vencido, “a cidade é feita primordialmente para residir, e não para trafegar. E, consiste distorção, pensar-se, em linha de normalidade, que o núcleo habitacional deva sujeitar-se às condições da corrente viária a ser instalada, ao invés de impor suas exigências a esta (fls. 286)”. (fls.294/295)

Posta assim a questão, estou em que o acórdão recorrido tratou mal o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, inscrito no artigo 107 da Carta Política de 1967, e que a Constituição vigente consagra no art. 37, 6º.

Em trabalho doutrinário que escrevi sobre o tema (Responsabilidade Civil do Estado, Ver. Informação Legislativa, 96/233), lembrei que a teoria do risco administrativo fez surgir a responsabilidade objetiva do Estado. Segundo esta teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau.

Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público. É que, segundo a lição de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, com apoio em AMARO CAVALCANTI, PEDRO LESSA, AGUIAR DIAS, OROZIMBO NONATO e MAZEAUD et MAZEAUD, positivado o dano, “o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação. Não deve um cidadão sofrer as consequências do dano. Se o funcionamento do serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como consequência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva consequência conduz à imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo, e, pois, em face de um dano, é necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo causado.” (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil,

Forense, 1961, I/466, nº 116). GEORGE VEDEL leciona que o dano causado pela Administração ao particular “é uma espécie de encargo público que não deve recair sobre uma só pessoa, mas que deve ser repartido por todos, o que se faz pela indenização da vítima, cujo ônus definitivo, por via do imposto, cabe aos contribuintes”. (G. VEDEL e P. DELVOLLE, Droit Administratif, Presses Universitaires de France, 9ª edição, 1984, p.448/449). Para L. DUGUIT, a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade; as cargas que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se, da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízos para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não exista culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado é, de certo modo, assegurado daquilo que se denomina, freqüentemente, de risco social, ou o risco resultante da atividade social traduzida pela intervenção do Estado. (L. DUGUIT, Las transformaciones del derecho público, Madri, 2ª ed., pp.306 e ss).

Na linha das opiniões acima indicadas, as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Elementos de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Trib, 1980, p.252-253), YUSSEF SAID CAHALI (Responsabilidade Civil do Estado, Ed. Revista dos Tribunais, 1982) e WEIDA ZANCANER BRUNINI (Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública, Ed. Revista dos Tribunais, 1981).

Pode-se afirmar, em síntese, que a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade do Estado, ocorre, em síntese, vale repetir, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

Ora, o acórdão recorrido deixa expresso que os requisitos acima indicados estão presentes, no caso.

Todavia, negou a reparação do dano, assentando o entendimento sobre os fundamentos sintetizados às fls.280, já transcritos neste voto e que são os seguintes: a) o prejuízo não decorreu de ato ilícito. O argumento, entretanto, não tem procedência. É

que a responsabilidade do poder público, com base na teoria do risco administrativo, não exige que a ação administrativa causadora do dano seja ilícita. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ao examinar o fundamento da responsabilidade do Estado, não obstante entender que ela se biparte - pois “no caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, o dever de reparar o dano é contra-partida da violação da legalidade” - deixa claro, no que concerne aos atos lícitos, que “o fundamento da responsabilidade estatal é a idéia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, repartindo-se os ônus provenientes dos atos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião do exercício de atividade desempenhada no interesse de todos. (ob. cit.,p.260). A lição bem se vê está na linha das opiniões anteriormente invocadas. Argumenta ainda o acórdão que c) tendo o prejuízo “decorrido de atividade administrativa lícita, objetivou o interesse da coletividade, interesse presumido e ínsito ao tipo de conglomerado humano constituído no grande centro”. O raciocínio esboroa-se, entretanto, *data venia*, frente às lições transcritas. Vale invocar PEDRO LESSA: “desde que um particular sofre um prejuízo, em consequência do funcionamento (regular ou irregular, pouco importa) de um serviço organizado no interesse de todos, a indenização é devida. Aí temos um corolário lógico do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”. (Do Poder Judiciário, p.163 e 165). Diz mais o acórdão: d) o prejuízo não teria afetado! Singularmente a uma pessoa ou a um pequeno grupo de pessoas”, que e) “não existe o menor indício de que a obra pudesse ser desnecessária ou eu aquilo que objetivava pudesse vir a ser obtido por outras vias menos onerosas”, que f) “não se constitui o prejuízo em ato anômalo no grande centro urbano, onde zoneamentos são modificados, bairros envelhecem rapidamente, moradias são derrubadas, novas zonas residenciais surgem, numa modificação contínua e incessante” e eu g) “não há conflito entre interesses privados, mas entre um interesse privado e um interesse público, com primazia deste”.

Os argumentos acima transcritos ou são irrelevantes, diante da doutrina da responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, ou provam demais.

Parece-me indubitoso que o viaduto, cuja construção se fez por exigência do interesse público, afetou o grupo de pessoas ou o grupo de imóveis situados em frente ao mesmo viaduto. E, conforme sustentam, com propriedade, os recorrentes, “mesmo que tivesse, a título de argumentação, afetado todo o bairro, não deixaria de ter afetado apenas um grupo de pessoas”. E, parece-me duvidoso, outrossim, eu o dano foi anormal, mesmo considerado o grande centro urbano onde ocorreu. Vale, no ponto, invocar o voto vencido, do Des. Arthur de Godoy, no julgamento da apelação, que, com propriedade, argumentou:

“ (...)

No caso, inegável foi o detrimento para o imóvel residencial de propriedade uso dos demandantes, em razão da construção do viaduto Ary Torres que, a partir de sua via marginal esquerda, transpõe o rio Pinheiros, endereçando-se para a Av. dos Bandeirantes, como seguimento do anel viário da cidade.

É que, implantado sobre terrenos antes edificados do bairro, a obra, em seu trecho inicial já em elevação, se colocou a uma distância de 40 metros do imóvel. E, atraindo enorme fluxo de veículos, importou em aumentar o nível de ruído no local do prédio, a limites excedentes da normalidade. Isso além de tornar devassada a residência, à observação lançada do piso mais elevado do viaduto.

Esse estado traduziu uma sensível piora em relação à situação anterior do bem. E pela consideração especialmente de que, localizado em via então tranqüila, estava antes separado da via marginal do rio por uma quadra totalmente edificada, enquanto agora se expõe à proximidade frontal com o viaduto.

A própria pista marginal, ainda agora, suporta um trânsito muito menos ruidoso para os imóveis colocados com igual afastamento, em relação àquele que antes se situava o prédio dos demandantes. Não cabendo a consideração de que esta condição se modificaria, pelo implemento do trânsito na região, se esse fator, na mesma medida, é também verdadeiro para o tráfego sobre o viaduto construído” (fls.240-241).

No julgamento dos embargos infringentes, o Eminentíssimo Magistrado, ainda vencido, declarou:

“Estampada nos doutos votos vencedores, há por certo uma triste lição de desesperança.

Assim a de que, oprimido pelo crescimento desordenado da metrópole, o seu morador deve suportar docilmente os incômodos e desvantagens das obras de melhoria viária, ainda a custo da perda de toda a privacidade e sossego de sua moradia.

Ou seja, em nome da necessidade ou do simples interesse social, deve sucumbir, sm nenhuma compensação, ao traço da pena do tecnocrata, que, insensível, procura a linha mais curta entre os pontos visados, passando por sobre as casas sem habitantes do desenho da planta sobre a sua prancheta.

Mas tudo, *data venia*, a partir de uma perspectiva que não se justifica sob qualquer ângulo.” (fls.286)

Ao fim e ao cabo, o que deve ser reafirmado é que o acórdão, que decide soberanamente a respeito do fato, deixou expresso que a obra pública causou dano aos recorrentes, causou-lhes prejuízo e que há relação de causalidade entre o dano e a ação administrativa. Isto é, na verdade, o quanto basta, no caso, para que o Poder Público seja compelido a reparar o dano que causou. E porque o acórdão assim não procedeu, violou o que dispunha o art. 107 da Constituição pretérita ou o art. 37, paraágrafo6º da Constituição vigente.

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, pelo que julgo procedente a ação, condenada a recorrida nos termos do voto vencido do Eminentíssimo Des. Arthur de Godoy, proferido no julgamento da apelação (fls.240/242).

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Sr. Presidente, acompanho o nobre Relator, pelos fundamentos lançados por Sua Ex^a, e consigno que, na hipótese de não ser possível a construção sem a demolição do imóvel dá-se a desapropriação. Pela mesma razão, se com a construção chega-se à diminuição substancial do valor do imóvel, deve, na mesma forma, o Estado indenizar. O prejuízo, aí, para o particular, é evidente. Caso valorização houvesse, certamente adviria até cobrança da contribuição de

melhoria. Logo, ocorrendo o inverso - o dano - como aliás foi comprovado mediante laudo pericial existente nos autos, deve ser paga a indenização.

Acompanho S. Ex^a., cumprimentando-o pela profundidade do voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Brossard - O Eminentíssimo Relator demonstrou, com clareza e precisão, a procedência da ação, aliás, na linha da doutrina e da jurisprudência. No caso de decorrer, de uma obra pública, dano a alguém, não se pergunta se a obra é lícita ou não. Pode ser lícita. Presume-se até que seja lícita. Mas não pode lesar o patrimônio alheio, sem conseqüências.

Não exito em acompanhar o Eminentíssimo Relator.

EXTRATO DA ATA

RE 113.587-5-SP- Relator Min. Carlos Velloso. Rectes: José Carlos Deluca Magalhães e sua mulher (adv. Roberto Elias Cury). Recda: Prefeitura Municipal de São Paulo (adv: José Roberto Barbosa).

Decisão: por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Célio Borja. (Segunda Turma, 18/02/92).

Presidência do Sr. Ministro Néri da Silveira. Presentes na sessão os Sr. Ministros Célio Borja, Paulo Brossard, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Subprocuradora Geral da República, a Dr. Odília Ferreira de Luz Oliveira.

Brasília, 18 de fevereiro de 1992 - José Wilson Aragão, Secretário.

**ANEXO 2 – ACÓRDÃO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO NA APELAÇÃO Nº 83.629-1**

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

5ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 83.629-1

Apelantes: Mauris Ilia Klabins Warchavchik e outros, Fazenda do Estado e
Municipalidade de São Paulo

Apelados: os mesmos

Relator: Desembargador Ralpo Waldo

Revisor: Desembargador Márcio Bonilha

TOMBAMENTO. INDENIZAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. IMPEDIMENTO INTEGRAL DE UTILIZAÇÃO DO BEM QUE ASSEMELHA A HIPÓTESE À DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMÓVEL QUE SE PRESTAVA À CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS. EXISTÊNCIA, INCLUSIVE, DE NEGÓCIO JÁ EFETUADO ENTRE O PROPRIETÁRIO E A INCORPORADORA IMOBILIÁRIA QUANDO DO TOMBAMENTO. RESSARCIMENTO DEVIDO PELA FAZENDA ESTADUAL. O tombamento que, em princípio, não obriga à indenização, passa a exigí-la quando acarreta o esvaziamento econômico do bem, caso em que se assemelha a uma desapropriação indireta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos de apelação cível 83.629-1, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo apelantes e reciprocamente apelados Mauris Ilia Klabins Warchavchik e outros e Fazenda do Estado e Municipalidade de São Paulo: Acordam em 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, conhecer do recurso da Municipalidade de São Paulo e, por igual votação, indeferir o pedido de conversão do julgamento em diligência, dar provimento em parte ao recurso oficial e integral ao voluntário da Municipalidade de São Paulo, prejudicados os agravos retidos, improvidos os recursos dos autores e da Fazenda do Estado.

1. Cuida-se de ação ordinária proposta pelos atuais proprietários do terreno situado à R. santa Cruz, 325, nesta capital onde foi construída a chamada “Casa Modernista”, objetivando contra a Municipalidade de São Pulo e a Fazenda do Estado

de São Paulo, uma indenização correspondente ao valor do imóvel, sob a alegação de que, em virtude de seu tombamento e de outras providências tendentes à sua preservação, restou o direito de propriedade dos autores economicamente esvaziado.

A demanda foi julgada procedente e as rés condenadas ao pagamento da importância de CR\$ 11.824.359,00, acrescida de juros compensatórios de 12% ao ano, contados de 2.2.84, juros moratórios a partir do trânsito em julgado da decisão, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 5% sobre o valor da condenação e correção monetária calculada, conforme o caso, a partir do laudo ou das datas dos desembolsos, salientando o Magistrado, afinal, que a sentença servirá de título ao Registro Imobiliário.

Declarando a sentença, dispôs, ainda, o Juiz que a obrigação das rés é solidária e que a propriedade será transferida ao Poder Público que realizar o pagamento.

Irresignadas, todas as partes interpuseram apelações, que se somaram ao recurso oficial.

Os autores, requerendo a conversão do julgamento em diligência, pedem a elaboração de laudo pericial complementar para se apurar o valor atual do imóvel, visto que após o advento do Plano Cruzado houve notável valorização imobiliária em São Paulo; outrossim, insurgem-se contra os honorários advocatícios contemplados na sentença, que teriam sido arbitrados de modo injusto e fora dos parâmetros legais.

A Fazenda do Estado sustenta, inicialmente, que é parte ilegítima e que somente a Prefeitura de São Paulo poderia responder pela indenização reclamada, salientando, em seguida que o imóvel também foi tombado pela União, do que resultariam a incompetência da Justiça estadual e a nulidade da sentença, esta igualmente em virtude de haver a peça decisória se omitido a respeito; observam, mais adiante, após colocar em dúvida a seriedade do negócio relativo à incorporação imobiliária planejada pela firma Carmel Empreendimentos Imobiliários Ltda, que o tombamento constitui uma mera limitação administrativa, não sendo por isso, indenizável; acentua, afinal, que, na hipótese, não foram os autores desaposados do

imóvel daí porque indevidos os juros compensatórios, os quais ainda se confundiriam com a própria indenização.

A Municipalidade de São Paulo, depois de reclamar o exame de seus dois agravos retidos, relativos aos salários do perito judicial e de seu assistente técnico, insiste na alegação de sua ilegitimidade de parte, ressaltando que as providências de sua responsabilidade em nada alteram o estado de imutabilidade do imóvel; defende também as teses de que o tombamento não é indenizável e que os juros compensatórios são indevidos, tecendo, ainda, considerações sobre o valor da indenização e a influência do negócio com a Carmel em sua determinação e afirmando, por derradeiro, que a honorária advocatícia foi arbitrada em percentual excessivo.

Os apelos foram bem processados, sendo que os autores, em contra-razões, argüíram preliminar de intempestividade do recurso da Municipalidade. É o relatório.

2. Conhece-se da apelação da Prefeitura de São Paulo, eis que a mesma foi tempestivamente interposta.

Intimada em 12.8.86 da decisão proferida em sede de embargos de declaração, em 10 de setembro, isto é, no 28º dia ingressou a parte com o seu recurso, dentro do prazo, portanto, pois dele nenhum dia deve ser descontado em razão daqueles embargos.

Este recurso da Prefeitura foi oferecido no primeiro dia após férias forenses, em 1º de agosto, quando também teve início o período de suspensão do prazo da apelação, daí as conclusões de que o mesmo ainda não começara a correr e de que o referido dia não deve ser descontado, por não haver fluído por inteiro. Ademais, o dia 12 de agosto também não se inclui na contagem, porque é o *dies a quo* de que trata o art. 184 do CPC.

Nesse sentido a lição do advogado Theotônio Negrão, como se vê em Código de Processo Civil e legislação Processual em vigor, nota 6 ao artigo 180 (Ed. RT, 1985).

3. A primeira questão colocada com os recursos da prefeitura de São Paulo e da Fazenda Estadual é pertinente à legitimidade de parte passiva, a qual, como é

cedição, deve ser resolvida sem perder de vista o pedido dos autores da ação, que é exclusivamente de indenização dos prejuízos resultantes do esvaziamento econômico da propriedade, em razão de seu tombamento.

Essa questão resolve-se em favor da Municipalidade.

A seqüência dos fatos, a propósito, estão as partes de acordo, inclusive os autores, evidencia bem a assertiva, pois é indubitoso que, tão logo vieram a público as notícias da incorporação imobiliária planejada pela Carmel, teve início o processo de tombamento. Tal se deu em 13.12.83, sendo que em 27 do mesmo mês, antes que a Prefeitura se manifestasse sobre o pedido para demolição da “Casa Modernista” e antes que o local fosse interditado, os proprietários já eram notificados da instauração do processo e da inalterabilidade do imóvel até decisão final.

Nesse passo apresenta-se incensurável a argumentação da Municipalidade de São Paulo, com apoio nos arts. 142 e 146 do Dec. Estadual 13.426, de 16.03.79, que no Estado de São Paulo regulamenta o tombamento de bens de interesse histórico, arqueológico, artístico, e turístico. Com efeito, dispõem os referidos artigos que a simples abertura do processo assegura a preservação do bem até decisão final da autoridade competente para o tombamento e que a notificação do proprietário susta desde logo qualquer projeto ou obra que importe em mutilação, modificação ou destruição dos bens.

O que se tem assim, é que, quando do indeferimento dos pedidos de alvarás de demolição e construção, do ajuizamento da ação cautelar de interdição e da edição das leis municipais 9719/84 e 9725/84, que dispuseram sobre o zoneamento do imóvel, a preservação do mesmo já fora determinada pela autoridade estadual competente, estabelecendo-se por esta forma, a causa direta e única do prejuízo noticiado pelos autores.

A Prefeitura nada mais fez do que agir em conformidade com os termos da notificação que recebera e da legislação em vigor, aos quais, a rigor, nada acrescentou.

Ora, em tema de responsabilidade civil da Administração, mostra-se, igualmente, imprescindível à relação de causa e efeito entre o ato que se pretende lesivo e o dano sobrevindo, a qual não se estabelece quando o fato, embora pudesse

ensejar o dano, se apresenta indiferente à sua produção, tal como ocorre na hipótese em exame relativamente às providências tomadas pela Prefeitura.

Poder-se-ia dizer que a Municipalidade apoiou a ação da autoridade estadual e tomou providências que se destinavam a assegurar o sucesso desta ação, mas não que essas mesmas providências foram causa do prejuízo.

Por outras palavras, a Municipalidade agiu de maneira solidária à ação da autoridade estadual, mas no sentido vulgar do termo, não no sentido jurídico, que poderia implicar em solidariedade na obrigação de indenizar.

Bem por isso não pode ser a Prefeitura responsabilizada pelo dano conseqüente ao ato de tombamento, devendo, assim, ser excluída da lide e da condenação.

Pela mesma razão, aliás, nenhuma influência pode ter na relação processual o tombamento posterior pela União, o qual foi decretado pelo Exmo. Sr. Ministro da Cultura em 27.6.86, muito tempo depois do tombamento definitivo pelo estado, ocorrido em 23.10.84.

Evidente, a propósito, que o ato da autoridade federal já encontrou concretizado o prejuízo alegado, correspondente ao esvaziamento do direito de propriedade, motivo pelo qual o mesmo sequer pode ser considerado como condição necessária do dano.

Não há que se falar assim, em responsabilidade da Fazenda Federal ou em incompetência do Juízo impondo-se ressaltar, ademais, que de modo algum pode a sentença ser taxada de omissa no particular, principalmente porque, ao ser proferida, não tinha o Juízo notícia do referido acontecimento.

Em resumo, portanto, devem os autores ser julgados carecedores de ação relativamente à Municipalidade de São Paulo, que será excluída da condenação, em virtude do que outras serão as partes responsáveis pelo pagamento dos salários dos expertos, ficando, pois, prejudicado os exames dos agravos retidos de fls.917-920 e 1100-1003.

4. No mais, subsiste em sua substância a r. decisão da primeira instância: primeiro porque os efeitos do tombamento extravasaram na prática o que seriam

próprios desse instituto, o qual se caracteriza pela compressão de uma simples limitação ao direito de propriedade; e segundo porque o magistrado fixou muito bem o valor da indenização. Quanto ao primeiro aspecto, claro está que o tombamento concretizou-se de modo a impedir a utilização do imóvel segundo a sua destinação natural a implicar no esvaziamento econômico da propriedade.

Vale dizer que o caso dos autos não evidencia uma mera limitação administrativa, mas verdadeira interdição integral do uso da propriedade, semelhante a de uma desapropriação indireta, passível de ser indenizada, como bem demonstrou Hely Lopes Meirelles no parecer que foi encartado aos autos: “E justifica-se que assim seja, pois essa regra deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos em favor de todos. Se o bem estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo” (fls.137).

Essa, por sinal, a orientação jurisprudencial em hipóteses análogas, relativas a reservas florestais destinadas a preservação: em julgado desta Corte (Ap. cível 29006-2, desta capital), cuja substância foi mantida pelo Colendo STF (RTJ 108/1314), assentou-se que a transformação da área de terras da autora em parque florestal não foi uma simples limitação administrativa, mas uma supressão integral do seu direito de propriedade, que é o aproveitamento econômico, que, embora não sendo absoluto, dá-lhe contextura e não pode ser olvidado, sob pena de se legitimar o confisco, aspecto que aflorou incontrovertidamente quando o Estado impediu a utilização da propriedade, indeferindo a derrubada de matas”.

Assim também em aresto in seto em RT 431/141, citado nos autos. Ora, é indiscutível, na espécie, que a utilização do imóvel onde está construída a Casa Modernista ficou inteiramente impedida, com prejuízo total para o direito respectivo.

De um lado porque, na atualidade, em decorrência do adensamento populacional verificado nos grandes centros, como se dá com especial ênfase na cidade de São Paulo, o terreno urbano, mormente aquele bem situado, nas proximidades de estabelecimentos comerciais, bancários e escolares, e bem servido de meios de comunicação, acomoda-se bem à construção de conjuntos habitacionais,

circunstância que, em termos econômicos, torna-se desprezível a sua moradia unifamiliar, ainda mais quando ela está localizada em meio a enorme área verde. E, de outro, como se não bastasse o por menor de que as necessidades e os hábitos modernos tornaram inviável a ocupação por uma só família de grandes residências e jardins, ricos e requintados, impõe-se considerar que mesmo qualquer outra solução para o uso parcial de tal imóvel, como a sua utilização para fins comerciais (restaurante, banco, escola, etc.), não seria economicamente recomendável, porquanto a locação teria que englobar também a área do parque e o próprio edifício não poderia sofrer adaptações fundamentais.

O que impressiona, portanto, é que a única destinação natural do imóvel em tela estava mesmo na incorporação imobiliária, como a que fora planejada pela Carmel, daí a conclusão segura de que, impedida a solução buscada pelos proprietários, ocorreu realmente o esvaziamento econômico da propriedade, ensejador do direito à indenização.

Esta foi bem determinada pelo MM. Juiz de Direito, com base no laudo oferecido pelo Sr. Perito Judicial, que para tanto, levou em conta, principalmente, o fato relevante do negócio entabulado entre os autores e a Carmel, negócio sério, diga-se de passagem, tanto que restou inteiramente concretizado, inclusive através de providências de ordem burocrática e início das vendas de apartamentos.

O mais importante, no particular, é que o enorme terreno, de quase 13.000m², prestava-se excelentemente à construção de edifícios (grande incorporação), não só pelo seu tamanho e suas três frentes como, também, pela sua ótima localização, como frisado pelo Magistrado na sentença.

Pelas suas qualidades, o terreno devia mesmo ser enquadrado como superior ao normal, justificando-se, assim, a adoção dos números acertados no já citado negócio como básicos do valor da indenização que acabou determinado em CR\$ 11.824.359,00, cifra válida para a época do laudo pericial.

De se inferir, por sinal, a conversão do julgamento em diligência, como pretendem os autores da ação, que com o pedido objetivaram uma nova e atual verificação do valor de mercado do imóvel.

Dá-se a respeito, que este valor da indenização é único, como estabelecido em certo momento, só podendo ser atualizado, ressalvados os casos previstos em lei, por via da correção monetária, mesmo porque seria de todo inviável a repetição indefinida das avaliações, além de implicar a solução proposta em clara vulneração ao art. 438 do CPC (RJTJ 78/246).

A r. decisão de primeiro grau fica ainda mantida quanto aos juros compensatórios.

Como já se frisou, a partir do tombamento provisório do imóvel tiveram os autores da ação prejudicado todo o seu direito de propriedade, assim, inclusive, o direito de dar ao bem a sua destinação natural, situação, essa, equiparável ao desapossamento administrativo, tanto que, se já não era viável a ocupação da casa como moradia ou a sua locação, também se viram eles impedidos de aliena-lo.

Houve desde logo, destarte, com a interdição conseqüente à notificação feita pelo Condephat, a perda do direito de usar o imóvel, igual à perda da posse, a qual deve ser compensada, o que se faz através do pagamento de juros, de natureza compensatória, tal como se dá nas hipóteses de desapropriação indireta, em que o expropriado, embora continue sendo o proprietário, bem antes da fixação da indenização, já se vê privado da coisa.

Não deve causar estranheza a assemelhação às hipóteses de desapropriação, porque, como assinalado no parecer do douto Hely Lopes Meirelles, a solução natural para tais casos, a ser adotada pela própria administração, era justamente a desapropriação do imóvel como autoriza o art. 5º, “K”, do Dec. Lei 3365/41.

Como se vê, subsiste a condenação da Fazenda do Estado.

Afinal, no que tange aos honorários de advogado, arbitram-se os devidos à Municipalidade de São Paulo a serem pagos pelos autores em Cz\$ 400.000,00, que se tem por justa e equitativa remuneração do profissional, tendo em vista os elementos norteadores elencados no art. 20, §4º do CPC.

Aliás, foram bem fixados, com base no mesmo dispositivo legal, os horários dos autores, pois o alto valor da indenização estava a exigir o estabelecimento de uma porcentagem inferior aos tradicionais 10%.

Justifica-se a diferença de tratamento quanto à Municipalidade, de um lado porque, em relação a ela a controvérsia acabou por se cingir à questão da ilegitimidade de parte e de outro porque o advogado dos autores, a quem coube a iniciativa da demanda, exerceu atividade profissional mais dificultosa e arriscada.

Em suma, portanto, nega-se provimento aos recursos da Fazenda do Estado e dos autores, indeferida a conversão do julgamento em diligência; e dá-se provimento parcial ao recurso oficial e o integral ao voluntário da Municipalidade de São Paulo, que fica conhecido para declarar extinto o processo em relação a essa entidade de direito público, com fundamento no art. 267, VI do CPC, prejudicado o exame dos agravos retidos; os autores ficam condenados ao reembolso das despesas feitas pela prefeitura, assim, os salários de seu assistente técnico e ao pagamento de 25% das custas processuais, arcando a Fazenda do Estado, com a porcentagem restante e dos honorários advocatícios devidos à Municipalidade, estes arbitrados em Cz\$ 400.00,00, a serem atualizados monetariamente a partir da data do presente julgamento.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Ruy Camilo, Pres., sem voto e Jorge Tannus, com votos vencedores.

São Paulo, 26 de março de 1987. – RALPHO WALDO, Relator, MARCIO BONILHA, Revisor, vencido.

**ANEXO 3 – ACÓRDÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 91542**

Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma

Recurso Extraordinário nº 91.542-7-SP

Recorrente: Farcasa S. C. Administração de Bens e Vendas Ltda

Recorrida: Prefeitura Municipal de São Paulo

Relator: Ministro Décio Miranda

Civil. Correção monetária. Obras particulares embargadas com base em lei municipal superveniente, que aprovou novo plano de urbanização. Ato lícito do poder público, mas objetivamente causador do dano ao particular (Constituição, art. 107). Devida a correção monetária das parcelas indenizatórias. Dissídio Jurisprudencial caracterizado (RREE 79.678 e 85.782).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 15 de agosto de 1980. Djaci Falcão, Presidente. Décio Miranda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Décio Miranda: Dizendo-se promotora e administradora de um empreendimento imobiliário denominado de “Parque Residencial Santana”, que envolvia a construção de seis edifícios de apartamento, um parque-clubes e outras benfeitorias, e tendo sido embargadas as obras pela Municipalidade em virtude de lei municipal posterior, que aprovara prolongamento de vias de circulação urbana sobre o terreno onde se realizava o empreendimento, a empresa Farcasa S.C., Administração de Bens e Venda Ltda, moveu ação ao município de São Paulo para cobrança dos prejuízos que disse ter sofrido.

A sentença julgou procedente a ação e condenou o município a pagar à autora a indenização de CR\$ 2.215.776,00, “referente aos prejuízos que sofreu por haver

deixado de realizar receita relativa a sua remuneração pela administração e promoção do empreendimento, venda das unidades autônomas e administração do condomínio, tudo como se menciona às fls. 238, monetariamente corrigida e acrescida dos juros de mora contados da citação, custas desembolsadas, salários periciais e da verba honorária, esta fixada em 6% (seis por cento) sobre o total da condenação” (fls.316-317).

Na apelação decidiu a 5ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo:

“3. Nega-se provimento ao recurso da autora, Farcasa S.C. Administração de bens e vendas Ltda.

Tratando-se de condenação da ré Fazenda Pública, em vultosa importância a título de indenização, a fixação por equidade da verba honorária em 6% sobre o total da condenação é razoável e é de ser mantida.

4. Dá-se provimento parcial aos recursos oficial e voluntário da Municipalidade de São Paulo para excluir da condenação a correção monetária e reduzir a remuneração concedida a título da comissão para 3%, refazendo-se os cálculos feitos pelo perito desempatador. Custas na forma da Lei.

O embargo das obras não constitui ato ilícito da Municipalidade de São Paulo, tanto que segundo o auto de fls. 61 ele decorreu do indeferimento do processo de aprovação das plantas. Assim sendo não há que se aplicar à indenização a que ela foi condenada a correção monetária, por falta de legislação específica autorizando a sua aplicação.

E quanto à remuneração a título de comissão, na forma contratada às fls. 10 dos autos da oposição a autora teria direito a apenas 3%, calculada sobre o valor da fração ideal do terreno e da construção. Assim sendo não se justifica o pagamento de uma indenização calculada à taxa de 5%, por frustração da remuneração de 3%. Por isso, impõe-se a reforma da sentença nessa parte, para reduzir-se a comissão da autora a 3%, refazendo-se os cálculos feitos pelo perito desempatador. No mais a respeitável sentença recorrida merece confirmação. Pelo contrato de fls.8-9 a autora fora contratada para administrar o empreendimento mediante a remuneração de 10% do

valor que era estipulado no contrato de adesão imposto aos promitentes compradores das unidades autônomas (fls.15), sendo que no mesmo contrato ainda assegurado à autora o direito de administrar o condomínio pelo primeiro biênio (fls.19). Assim sendo as verbas deferidas pela respeitável sentença teriam mesmo que ser concedidas, e foram elas calculadas com critério pelo perito desempatador em seu laudo de fls.204-242 cujas fundamentações ficam adotadas. E pela venda das unidades autônomas a autora perceberia a comissão de 3% na forma contratada. Assim, tinha ela expectativa a essa remuneração, pelo que bem andou a sentença em conceder essa verba, merecendo a decisão reparo tão-somente na parte em que manteve o percentual em 5% pedido na inicial, quando se constatou que contratualmente a autora só teria direito a 3%.

Improcede a argüição de coisa julgada, para que esta ocorra é necessário a presença simultânea da tríplice identidade: identidade de partes, identidade de pedido e identidade de causa de pedir. E na ação mencionada em que a ré teria sido condenada a pagar indenização, a ora autora, Farcasa S.C., não foi parte. Não há assim que se falar em coisa julgada.

Quanto a argumentação da apelante ré, que nem toda a obra seria concluída, porque as obras estariam paralisadas por culpa dos incorporadores, não tem procedência. È que ainda que as obras estivessem paralisadas, teriam elas possibilidade de serem concluídas, vencidas as dificuldades. Com maior ou menor demora as obras teriam sido concluídas, e a autora teria direito a remuneração a título de administração do empreendimento.

E, no tangente à corretagem o mesmo raciocínio se aplica. Desde que tinha a autora administração e o encargo de promover a venda, tinha ela direito também à corretagem contratada de 3%.

E a remuneração pela administração de condomínio por um biênio era condição imposta no contrato de adesão imposto aos adquirentes das unidades autônomas, e, assim, concluída a obra teria a autora direito à administração e à remuneração correspondentes.

Não se trata de conceder indenização por dano hipotético, mas, de indenizar os danos sofridos pela frustração da remuneração que a autora já esperava em razão do contrato firmado, de administrar e promover a venda das unidades autônomas” (fls.461-464).

Votou vencido o Juiz Souza Lima, na parte alusiva à correção monetária:

“Divergi da douta maioria, apenas na parte relativa à correção monetária, que entendo devida.

Com a devida vênia, não pode prevalecer o argumento de que inexistente previsão legal, pois, conforme recente Jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, “em se tratando de dívida de valor, ainda que a indenização seja por danos materiais, nada impede que se utilize do índice de correção monetária, como simples instrumento para aferição, quando do pagamento pelo executado, da correspondência entre o valor do dano a ser ressarcido e a quantia em dinheiro a ele correspondente” (RE 86191, TTJ 80/304).

No mesmo sentido: RE 84468, RTJ, 80/644.

Aliás, decidindo questão análoga, conforme documentos juntados por linha nestes autos, entendeu o Pretório Excelso de modo idêntico (RE 85782). É a seguinte a ementa: “I- Embargo à construção licenciada, originando prejuízos. Indenização devida pela Municipalidade. II- O valor dos danos a ser pago cabe ser atualizado, em consonância com a Jurisprudência ora assente do Supremo Tribunal Federal, a qual, em casos como tais, tem concedido a correção monetária. III- Recurso extraordinário provido.”

Indiscutível, pois, o acerto da sentença recorrida em conceder a correção monetária, razão por que dou provimento em menor extensão ao recurso de ofício e ao voluntário da municipalidade, mantendo tal verba” (fls.465-466).

Foi a decisão mantida em embargos, desta vez, com os votos vencidos daquele mesmo Juiz e do Juiz Macedo Costa:

“O embargo das obras, como bem ponderou o respeitável acórdão, não caracterizou comportamento ilícito da Municipalidade de S. Paulo. Decorreu do exercício regular de direito do órgão público de fiscalizar construções.

Não havendo outro fundamento legal, inaplicável, portanto, a correção monetária, data vênua dos votos dos eminentes Juizes que decidiram em contrário.

A decisão da suprema Corte junta por linha, em apenso, se refere a situações diferentes. Ali, a prestação jurisdicional era reclamada pela construtora das obras, com contrato em plena execução, sofrendo danos atuais. Aqui, no caso concreto, a prestação jurisdicional é reclamada em razão de contrato dependente de situação futura, com prejuízo dificilmente mensurável, dada a natureza de mera atividade intermediária da autora” (fls.535-536).

E o voto vencido do Juiz Macedo Costa:

“O meu voto, data vênua da douta maioria, recebia os embargos. E assim votava por acolher integralmente os fundamentos do r. pronunciamento minoritário. Aliás, o caso vertente – ação de indenização devida por embargo à construção licenciada – é a rigor, tresdobramento de lides com o mesmo estímulo e dirigidas contra a mesma Fazenda Pública. E em todas as querelas similares, o Pretório Excelso considerou e assentou que ‘o valor dos danos a ser pago cabe ser atualizado, em consonância com a jurisprudência ora assente no Supremo Tribunal Federal, a qual, em casos como tais, tem concedido a correção monetária’ (fls.473 e 491). Assim, o veto da correção, pela inexistência de lei expressa, cede ante aquela construção jurisprudencial, eis que, a rigor, a atualização é imperativa sob pena de se frustrar, ou depauperar, fundamente, a meta indenizatória dos danos. Por isso, com a devida vênua, cassava o r. acórdão embargado na porção impugnada para o efeito de ordenar o pagamento da indenização fixada com correção monetária, na forma do r. voto vencido e da decisão de primeiro grau” (fls.537).

A esse acórdão opuseram recurso extraordinário o Município e a autora.

O recurso do município, denegado, recebeu solução final adversa no despacho por mim proferido no Ag. 77240, datado de 19.12.79.

O recurso da autora, admitido, ataca a negativa de correção monetária.

Sustenta que, nesse ponto, a decisão contrária aos artigos 107 e 135, § 1º da Constituição Federal, nega vigência aos artigos 159 e 1059 do Código Civil e diverge das que foram proferidas nos RPEE 79673, 85782, 86191 e 84468, dissentindo,

também, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, in RT, 485/167 (fls. 548-557).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Décio Miranda (Relator): o embargo administrativo da Prefeitura de São Paulo à obra de que cogitam estes autos suscitou, além desta, duas outras ações contra o Município.

Uma, a dos incorporadores do condomínio, que seriam também proprietários ou promissários compradores dos terrenos, José Epaminondas Furquim de Campos, Boris Kresiak e Pedro de Castro Leite, veio ter ao Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário nº 79678, sendo recorrentes os acima nomeados e recorrida a Prefeitura Municipal de S. Paulo.

Outra, a da empresa construtora dos edifícios de apartamentos, ou seja, a Construtora Warchavchik Neumann Ltda, igualmente subiu ao Supremo Tribunal no RE nº 85782, recorrente a empresa e recorrida a Prefeitura Municipal de São Paulo.

Em ambos os recursos, pleitearam os requerentes a correção monetária da indenização, que lhes negara a instância local.

E lograram êxito. No primeiro caso, em acórdão da 1ª Turma, relator o saudoso Ministro Alckmin, acompanhado pelo Sr. Ministro Cunha Peixoto, vencido o Sr. Ministro Eloy da Rocha. No segundo caso, em acórdão desta 2ª Turma, relator o Sr. Ministro Thompson Flores, com os votos concordantes dos Srs. Ministros Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves.

Basta essa menção para verificar que o recurso é de ser conhecido pela letra d.

E, como naqueles casos, merece provimento.

Admitiu-se na discussão da causa, ter sido lícito o embargo municipal à obra encetada pelos particulares. Tal embargo decorreria de superveniente plano de circulação no local. Mas, por outro lado, não negaram as decisões da instância

ordinária que as obras dos particulares se tivessem iniciado e continuado até certo ponto com o regular consentimento da municipalidade.

Tratava-se, assim, de ato administrativo objetivamente causador de dano, independentemente de culpa ou dolo dos agentes da administração, como prevê o art. 107 da Constituição.

Cabível em tese a indenização, e tendo sido uniformemente concedida em todos os três casos, aos incorporadores, à construtora, e, aqui, à empresa promotora e administradora de vendas, a correção monetária será mera consequência, como elemento integrante da composição do dano.

Aplicando o entendimento firmado nos dois acórdãos divergentes já referidos, nos Recursos Extraordinários nº 79678 e 85782, conheço do recurso e lhe dou provimento, para determinar que à indenização seja acrescentada a correção monetária, na forma dos votos vencidos nos acórdãos de apelação e dos embargos e da sentença do primeiro grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE nº 91542-7-SP – Rel.: Min. Décio Miranda.. Recte.: Farcasa S>C. Administração de Bens e Vendas Ltda (Advs.: Jurandir Scarcela Portela e outros). Recda.: Prefeitura Municipal de São Paulo (Adv: Sebastião J. V. de Moraes).

Decisão: conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. Falou, pelo recte., o Dr. Arnaldo Wald. – 2ª Turma, 15.08.80.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes a sessão os Senhores Ministros Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Décio Miranda.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves.

Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Décio Miranda.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

Brasília, 15 de agosto de 1980 – Hélio Francisco Marques, secretário.