



**Revista da
Procuradoria Geral
do Estado de São Paulo**

**Estudos em homenagem ao
Professor José Afonso da Silva
por ocasião dos 20 anos da Constituição Federal**

**67/68
janeiro/dezembro 2008**



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOSÉ SERRA

Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 - 4o andar
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7020 - Fax: (11) 3286-7028
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos:

Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria:

João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Coordenador:

José Luiz Souza de Moraes

Comissão Editorial

Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Carlos José Teixeira de Toledo, Celso Luiz Bini Fernandes, José Luiz Souza de Moraes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Patricia Ulson Pizarro Werner, Maria Marcia Formoso Delsin, Tatiana Capochin Paes Leme.

Revista

José Luiz Souza de Moraes (Coordenação Editorial) Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Tiragem: 2.000 exemplares

Editoração, CTP, Impressão e Acabamento: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, SP, Brasil, 1971-.

(semestral)

1971-2008 (1-68)

1998 (n. especial)

2003 (n. especial)

CDD-340.05

CDU-34(05)

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS LÍCITOS

Cristiana Corrêa Conde Faldini¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Responsabilidade ou dever de indenização? 2.1 Relevância e imprescindibilidade da prática do ato lícito. 2.2 Relevância da distinção entre licitude e ilicitude do ato. 3 Caracterização da licitude para fins de responsabilidade. 3.1 Fundamento e objetivo da responsabilidade. 3.2 Caracterização e apuração do dano indenizável. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Introdução

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade do Estado, instituto que, considerado como “instrumento de legalidade material”², se julga pertinente abordar diante da atuação positiva do Poder Público.

Em que pese o tema responsabilidade civil do Estado já ter sido profundamente debatido, pareceu oportuno promover estudo dirigido à prática de atos lícitos pelo Poder Público, de forma a repensar sua abrangência no contexto social contemporâneo.

O caráter democrático do Estado, assim declarado na Constituição, permanece e deve influir sobre a configuração da Administração. A responsabilidade do Estado deve continuar a servir de instrumento de defesa dos administrados face à ingerência da Administração Pública, mas sua ampliação desordenada ensejaria substanciais prejuízos aos próprios cidadãos. Assim,

¹ Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da USP e doutoranda em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 14. Para o autor, o instituto da responsabilidade do Estado merece revigoramento apto a “torná-lo meio eficiente de defesa dos cidadãos”.

quando se faz menção ao “princípio da confiança legítima”³, deve-se ter em mente que os princípios democráticos devem informar sim a atuação administrativa, pois é sabido que “inexiste democracia sem democracia da Administração”⁴, mas não podem servir a distorções caracterizadoras do enriquecimento sem causa dos particulares.

Novos balizamentos da dicotomia interesse público e interesse privado norteiam o estudo, de forma a reenquadrar a atuação lícita da Administração Pública dentro desses novos conceitos.

O objeto de estudo do trabalho proposto está centrado na formulação teórica da responsabilidade do Estado por atos lícitos, buscando demonstrar a relevância da distinção da juridicidade da conduta do Poder Público no tocante às consequências ao erário público para compatibilização do interesse público com o interesse particular.

Aborda também alguns aspectos práticos dessa responsabilidade, perpassando critérios para estabelecimento da indenização, sem que o enfoque signifique negativa de vigência do princípio da igualdade ou venha a representar qualquer concepção predefinida de supremacia do interesse público.

Com efeito, não se propõe restringir ou afastar aprioristicamente a responsabilidade do Estado por atos lícitos, o que está consagrado constitucionalmente e não se dissociaria do ordenamento sem que restasse abalado o próprio Estado de Direito. O que se procura, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, é promover enquadramento crítico daquela consequência.

³ O princípio da confiança legítima, consagrado no ordenamento alemão e em fase de expansão para outros ordenamentos, apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica e remete à continuidade das leis, à subsistência das normas. Mais amplo que o conceito de direitos adquiridos, abrange direitos ainda não adquiridos, mas que se encontram em vias de constituição, assim como dá proteção a compromissos cuja realização a Administração Pública acenou como prováveis, tutelando os administrados contra rupturas abruptas ou radicais mudanças de rumo. Ainda com projeção discreta, mas relevante, visa a que a Administração Pública somente altere seu comportamento ou a disciplina legal em vigor quando for estritamente necessário, face ao objeto da medida e às finalidades (públicas) a alcançar. Nessa linha, preventivo o estabelecimento de um regime de transição. (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 246-248).

⁴ MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, cit., p. 168-169.

2 Responsabilidade ou dever de indenização?

A origem da palavra responsabilidade reside no latim, no termo *respondere*, “de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do direito quiritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare centum? Spondeo*, ou seja, prometes-me dar um cento? Prometo)”.⁵

A idéia, portanto, é de responder por algo⁶. Quando os legisladores franceses conceberam a responsabilidade civil, indicaram a culpa como seu fundamento maior – sem ela não haveria obrigação de reparar. A noção já era cunhada na Idade Média; nos séculos XIII e XIV, associava-se a culpa à responsabilidade.⁷

Discorrendo sobre a evolução da concepção jurídica de responsabilidade, Giselda Maria F. Novaes Hironaka apresenta precisa e oportuna síntese:

“Será por volta do final do século XVIII que a *responsabilité* se tornará presente no vocabulário jurídico, ainda que não apareça, imediatamente, nos códigos do início do século XIX. Entretanto, quando o assunto se consagra na atenção dos doutrinadores desse mesmo século, a responsabilidade então concebida será a responsabilidade baseada na idéia de culpa e, em especial, será a continuidade terminológica da concepção jurídica que havia iniciado seu percurso no fim do século anterior – dentro, já então, do pensamento jurídico da Revolução, mas distante, agora, de uma concepção racionalista.”⁸

De forma simplista, certo é que a associação do conceito à culpa, remetendo à idéia da prática indevida de determinado ato em lugar de outro, esperado, levou muitos doutrinadores a repelirem esse conceito, quando se trata de analisar as consequências danosas da prática de atos lícitos.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura: alguns casos de indenização no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 26, n. 100, p. 628-658, out./dez. 2000.

⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5. p. 187.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 73 e 77.

⁸ *Ibidem*, p. 86.

Renato Alessi ensina que, em relação aos atos lícitos, não seria adequado falar em responsabilidade⁹. Haveria lesão a direito e em relação aos atos ilícitos haveria violação a direito. Assim, quando se tratar de danos oriundos de atividade lícita do Estado, adequado seria dizer “dever de indenização”, ao passo que para os atos ilícitos, corresponderiam as expressões responsabilidade e ressarcimento¹⁰. A afronta a direito propriamente dita só ocorreria no caso de violação, mas, em decorrência do princípio da igualdade dos administrados face aos encargos públicos, e a fim de evitar enriquecimento sem causa, assiste ao lesado o direito a indenização.

A lição decorre de interpretação deveras ampla ao artigo 42 da Constituição italiana¹¹, ainda em vigor, que fala em indenização e versa sobre direitos reais, sendo que o autor estende sua incidência a direitos pessoais. Para o autor, haveria autorização constitucional para a prática de atos lícitos que interferissem na esfera juridicamente protegida dos administrados, inclusive no campo dos direitos pessoais, aplicando-se, para restabelecimento do equilíbrio financeiro, o mecanismo da conversão de direitos acima mencionados em indenização.

⁹ “Già si è avuto occasione di accennarvi nel corso del lavoro e si è avuto occasione di dire che il fondamento teorico e positivo di questa forma speciale di responsabilità è del tutto distinto dal fondamento teorico e positivo della normale responsabilità, laonde solo impropriamente può essere denominata responsabilità.” (ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939. v. 1, p. 244).

¹⁰ Renato Alessi enuncia que havendo sacrifício de direitos, corresponde indenização, ao passo que somente violação de direitos ocasiona ressarcimento e, portanto, responsabilidade. Transcreve-se trecho da lição: “Per tale ragione, il danno che ai private deriva da questo sacrificio di un vero diritto, non potrà, in base alle normali regole che governano la responsabilità della pubblica amministrazione, trovare un risarcimento. Cio non pertanto in molti casi in cui da una norma giuridica viene previsto il sacrificio di un diritto privato per il soddisfacimento di un interesse pubblico, dalla norma stessa viene disposta la rifusione del danno per tal modo cagionato al cittadino, dando luogo così a quella forma speciae di responsabilità della pubblica amministrazione cui si è accennato, e cioè allà responsabilità per danni legittimi. È chiaro però, naturalmente, che questa rifusione del danno non avrà la natura di un vero e próprio risarcimento (e di fatti dalle leggi che lo contemplano è denominata per lo più indennizzo anziché risarcimento), così come il fondamento teorico e positivo di questa speciale forma di responsabilità sarà sostanzialmente diverso dal fondamento teorico e positivo della vera e própria responsabilità, la quale presuppone la violazione di un diritto soggettivo.” (ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 246).

¹¹ “Artigo 42 - A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades, ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei e salvo indenização, expropriada por motivos de interesse geral. A lei estabelece as normas e os direitos da sucessão legítima e testamentária, e os direitos do Estado sobre as heranças.” (tradução livre.)

Tamanha elasticidade do dispositivo constitucional italiano, embora tenha contribuído para ressaltar a necessidade da distinção entre atos lícitos e ilícitos como causa de pedir indenização ou ressarcimento, não foi compartilhada pelos demais doutrinadores italianos, mesmo aqueles que reconhecem a oportunidade da diversidade de fundamentos.¹²

A atuação estatal tem como escopo precípua promover o bem comum, o que enseja, na maioria das vezes, sacrifícios de direitos de particulares em prol da comunidade. E se o sacrifício de direitos de particulares configurar danos patrimoniais a uma parcela específica de administrados, a solução encontrada será a preponderância do interesse público e a contrapartida do dever de indenização, consubstanciado na *conversão do direito* atingido ou sacrificado em equivalente expressão patrimonial.

A doutrina italiana sugere que, nos casos de responsabilidade do Estado por atos lícitos, a indenização deveria equivaler apenas e tão somente ao prejuízo sofrido, como se fosse obrigação inerente à condição de cidadão submeter-se à consecução do interesse público mediante sacrifício de bens ou direitos particulares. Não seria, portanto, caso de responsabilidade propriamente dita, apenas de aplicação da equação supra mencionada: conversão do direito violado em equivalente expressão patrimonial.

No mesmo sentido preceitua Guido Zanobini¹³, que afirma ser inadequado o emprego da expressão responsabilidade para a contrapartida dos danos oriundos de atividades lícitas do Estado. A responsabilidade do Estado somente se configuraria mediante a prática de conduta ilícita, da qual resultassem danos, tendo em vista que quando o prejuízo adviesse da prática de ato lícito, corresponderia a um sacrifício do qual não poderia o administrado se esquivar.

Fernando Garrido Falla, à semelhança de Alessi, entende que se devem indenizar os danos provenientes de atos lícitos e responsabilizar o Estado pelos danos provenientes de atos ilícitos.¹⁴

¹² ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano; Giuffrè, 1958. v. 1, p. 335 e ss.

¹³ *Ibidem*, p. 350.

¹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 244.

Restringiram, portanto, a utilização do termo responsabilidade para as hipóteses de infração legal, de atos ilícitos, fazendo distinção que muitos autores não aceitam ou abandonaram.

Os que dispensam o rigorismo terminológico traduzem o conceito para o sistema jurídico, para lhe conferir o sentido de dever moral de não prejudicar o outro¹⁵. E, nesse sentido, caberiam os atos lícitos, de forma que seria adequado falar em responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos.

Miguel Maria de Serpa Lopes também perfilha esse entendimento, ao traduzir responsabilidade civil como dever de reparar o *prejuízo*.¹⁶

Para Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷, cabe responsabilidade ou indenização quando o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta indiretamente (como consequência do ato e não sua finalidade¹⁸) a lesão a um direito alheio. Para o autor, apenas nos casos em que o poder deferido ao Estado pela norma jurídica tem como conteúdo restringir ou aniquilar direito alheio é que se pode afastar o conceito de responsabilidade. Nesses casos, quando o sacrifício de direitos é querido pela norma, não há responsabilidade, mas mero cumprimento do dever legal.¹⁹

A doutrina assente em não falar de responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder cujo conteúdo reside em aniquilar direito alheio, do que é exemplo a desapropriação. Haveria, nesse

¹⁵ STOCO, Rui. Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 689, p. 118, mar. 1993.

¹⁶ “Sob esse critério, a responsabilidade torna-se um conceito secundário; supõe sempre uma relação entre dois sujeitos e que se resolve, em última análise, numa obrigação de reparação. Consequentemente, responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, com a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.” (SERPA LOPES, Miguel Maria, *Curso de direito civil*, cit., v. 5, p. 188-189).

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 959. Sintetiza o autor: “Entendemos necessário discernir, e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas os casos em que o Direito confere à Administração poder jurídico *diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem*. Diversamente, consideramos inclusos no tema da responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado, orientada para certo fim não necessariamente entrecocante com direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito.” (Ibidem, p. 960).

¹⁸ A respeito do tema, v. item 3, infra.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, ob. cit., p. 960.

caso, mero cumprimento da lei. A norma, nesse caso, fala propriamente em indenização, conforme o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal.²⁰

Esse entendimento é comungado pela doutrina pátria e estrangeira, como bem salientam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández²¹, que excluem da abrangência do instituto da responsabilidade a desapropriação – que se rege por regime jurídico diverso –, sob pena de caracterização de dano jurídico (ou seja, previsto na lei) indenizável.

Pondera-se, neste passo, por exemplo: nos casos em que não se está meramente aplicando a lei e indenizando (quando a lei expressamente traz o benefício e determina a indenização), mas há dano causado sem culpa, não se poderia falar em responsabilidade? Houve um ilícito, pois ocorreu uma lesão jurídica (leia-se restrição a direitos positivados da vítima), a diferença é que o ilícito não está no ato principal, na sua finalidade, mas aparece como sua consequência, como resultado.

Amaro Cavalcante não se opunha à utilização dos termos *responsabilidade* e *civil*, afirmando que “a responsabilidade civil significa tão somente a obrigação de prestar uma reparação pecuniária que restabeleça a situação patrimonial anterior do lesado”²². Entretanto, reconhecia a limitação da extensão do dever do Estado indenizar somente na esfera civil, de forma que é preciso respeitar o posicionamento que considera a expressão *responsabilidade civil do Estado (ou de pessoa jurídica)* pleonástica. Tratando-se, pois, de pessoas jurídicas, não haveria no ordenamento pátrio, segundo o autor, além da civil, outra sanção à qual pudessem ser submetidas, de forma que se tornaria desnecessário adjetivar a responsabilidade.

A respeito dessa questão conceitual, válido ainda registrar o posicionamento trazido à baila por Elcio Trujillo, que entende descabido utilizar o adjetivo *civil* para conceituar a responsabilidade cabível ao Estado, mas sob fundamento diverso, qual seja o receio de que a expressão possa

²⁰ Constituição Federal: “Artigo 5º - (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1977. v. 2, p. 319.

²² CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905. p. 218.

induzir à idéia de que a relação jurídica em questão seria regida pelo direito privado.²³

Em que pese o registro feito e o fato de efetivamente usarmos em alguns trechos do trabalho a expressão responsabilidade do Estado (sem o adjetivo *civil*), não se está a acatar a lição exposta, que parece demasiadamente zelosa. Ora, não se pode negar que a origem da responsabilidade do Estado remonta mesmo ao direito civil, de forma que a adjetivação do substantivo pode configurar resquícios dessa aproximação. Cremos, contudo, que o instituto da responsabilidade do Estado já está suficientemente disciplinado por regras e princípios publicísticos, de forma que não achamos relevante o temor por eventual equívoco de interpretação ou de aplicação de regime que poderia advir da utilização da expressão *responsabilidade civil do Estado*.

Por outro lado, aqueles que entendem ainda aplicável a responsabilidade subjetiva do Estado²⁴ não lançam mão do adjetivo *civil* para justificar a incidência de regras e princípios típicos do direito privado. O raciocínio vai além dessa conclusão simplista, mais baseado na natureza jurídica dos atos praticados.

E, ainda que não se utilize a expressão responsabilidade *civil* do Estado, a supressão do termo não possui o condão de afastar a aplicação de normas do direito privado, mais especificamente do Código Civil, como no caso de caracterização e apuração dos danos.

Julgamos, dessa forma, dispensável a adjetivação, inclusive reconhecendo a existência de algumas normas e posicionamentos doutrinários que possibilitam admitir a responsabilidade da pessoa jurídica no campo penal.

²³ TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: LEUD, 1996. p. 36.

²⁴ Importante, com base nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, distinguir a objetividade da conduta à qual se atribui o dano da objetividade da responsabilidade: “A primeira é sempre objetiva, pois o Direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, isto é, como um dado objetivo. A segunda sê-lo-á ou não. Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que o *direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 968-969).

Não se deve, assim, inferir qualquer posicionamento desta subscritora pelo emprego, ou não, da expressão responsabilidade *civil* do Estado.

Voltando à possível distinção de emprego das expressões responsabilidade e indenização, Elcio Trujillo, em outro trecho de sua obra, refere-se à segunda como espécie da primeira, valendo transcrever suas oportunas lições:

“A rigor, toda manifestação da atividade estatal traz ínsita a questão da responsabilidade – obrigação de responder quando, pelos seus atos, ocasionar prejuízo ao patrimônio de outrem.

Submete-se, portanto, o Estado a uma sanção jurídica cuja natureza é essencialmente patrimonial, consistente na reparação do dano, através de uma prestação pecuniária.

Na esfera civil, pode-se falar em ‘restituição’, ‘ressarcimento’, ‘reparação’ e ‘indenização’ como espécies de consequências que a responsabilidade é suscetível de engendrar.

A restituição consiste na devolução de um bem pelo ofensor ao ofendido. É a consequência mais simples do ato lesivo, não chegando a configurar autêntico ressarcimento, exceto em hipóteses muito raras. O ressarcimento é o pagamento do dano ocasionado em toda sua extensão, incluindo o prejuízo emergente e o lucro cessante. O termo ‘reparação’ é utilizado nos casos em que o dano não tem caráter patrimonial.

A indenização no sentido próprio, surge em direito público, nos casos em que os atos, embora lícitos, acarretem prejuízo.

Assim, no que se refere à responsabilidade do Estado, se decorre do ato ilícito, tem como consequência o ressarcimento, se decorre de ato lícito, a consequência é a indenização. Embora seja esta a terminologia correta, tem-se difundido o uso da palavra ‘indenização’ significando genericamente o *quantum* para satisfazer a obrigação de índole extracontratual qualquer que seja, considerando-a sinônimo de ressarcimento.”²⁵

O posicionamento pode parecer deveras diplomático, visto que logra conciliar as correntes doutrinárias contrapostas. Entretanto, não se pode

²⁵ TRUJILLO, Elcio, *Responsabilidade do Estado por ato lícito*, cit., p. 39-40.

negar que a lição resolve a questão de forma suficiente, inclusive porque é passível de ser deduzida da letra da Constituição Federal, que mencionou: “(...) responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”²⁶

“Responder”, na língua portuguesa é definido etimologicamente como “responder. (...) 4. Corresponder (a algo), seja como seu oposto, ou como consequência, complemento, equivalente. 5. Revidar (a uma agressão física ou moral) com outra. 6. *Responsabilizar-se*. Int. (...)”²⁷

Assim, tecnicamente até seria mais adequado falar em dever de indenizar do Estado pela prática de atos lícitos, mas a obrigação fica genericamente abrangida pelo emprego da expressão responsabilidade, razão pela qual a maior parte dos autores pátrios reputa indiferente a distinção. De mais a mais, ainda que se exija a presença do ilícito para configuração da responsabilidade, pode-se arguir em defesa da generalidade do emprego do termo que a atuação lícita da Administração Pública, para ser indenizável, deve necessariamente apresentar resultado ilícito (dano indenizável).

Edmir Netto de Araújo, embora não ingresse na distinção específica, dá o sentido do termo: “A conotação da palavra responsabilidade é sempre estabelecida com a idéia de imputabilidade a alguém, relativamente ao desequilíbrio que esse alguém causou na ordem regular ou natural das coisas.”²⁸

Embora o presente trabalho, na maior parte das vezes, respeite a *distinção* de situações, falando de responsabilidade e ressarcimento quando se referirem a ato ilícito, e em dever de indenização no que se refira aos atos lícitos, não implica que se tenha adotado a teoria de Renato Alessi.

O uso da palavra indenização foi difundido para as duas hipóteses e etimologicamente bem significa “tirar o dano”, de forma que, nesse aspecto, parece mesmo adequado a ser empregado em quaisquer dos casos. Mesmo porque também já se mencionou a presença do elemento ilícito

²⁶ Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

²⁷ Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002. p. 602.

²⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 712.

– no resultado – nos casos de indenização por ato lícito, o que seria suficiente para adotar o termo responsabilidade.

Pode-se lançar mão dos ensinamentos de Hans Kelsen, que reputa o conceito de responsabilidade como direcionado àquele que sofre a sanção²⁹. Sanção como consequência do ilícito, que está no resultado. Pode-se, no entender do jurista e aplicável ao caso presente, responder por conduta própria – culposa – ou alheia, situação em que a relação de antijuridicidade estará no resultado (dano). É a que o autor alude como “responsabilidade por culpa” ou “por resultado”, respectivamente. E responsabilidade não é um dever, mas a relação do indivíduo contra o qual o ato coercitivo é dirigido, com o delito por ele ou por outrem praticado. O dever é a omissão do delito. O dever de indenização apenas existe quando a não indenização do prejuízo ilicitamente causado é considerada pressuposto de uma sanção. Ou seja, a sanção da execução civil constitui dois deveres: o principal – não causar prejuízos; e o subsidiário – ressarcir os prejuízos ilicitamente causados – que toma o lugar do principal quando este é violado. O dever de ressarcir os prejuízos não é uma sanção, mas um dever subsidiário. Se esse dever não for cumprido, surge a sanção (indenização compulsória do prejuízo). Esta, como dito, pode ser imposta a outrem, que é sujeito de uma responsabilidade (relação...),

²⁹ Sanção, na lição exposta por Hans Kelsen, pode ter o caráter de ato de coação estatuído contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, ou não, ou seja, não requerer qualquer ação ou omissão para imposição (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 163). É o ato coercitivo que constitui o dever jurídico (Ibidem, p. 182). A chamada indenização do ilícito consiste em pôr termo à situação criada em virtude da conduta contrária ao direito (Ibidem, p. 164). Em síntese despreziosa e um tanto desprendida do objeto do trabalho, mas apenas para fins ilustrativos, o ilícito, no entender do autor, não é antijurídico, mas sim pode ser qualificado como jurídico, porque pressuposto de uma sanção e, portanto, não estaria fora do direito. É um fato por ele previsto (Ibidem, p. 166-170). “A sanção, porém, não tem de ser dirigida contra o delinquente, ou apenas contra ele, mas pode também ser dirigida contra um outro indivíduo – ou contra outros indivíduos. Nesse caso, a ordem jurídica tem de determinar a relação em que o delinquente está para com o indivíduo ou os indivíduos que respondem pelo seu delito.” (Ibidem, p. 171). O indivíduo que cumpre o dever que lhe impõe a norma, *observa* a norma; aquele que viola o direito e motiva a imposição de uma sanção, *aplica a norma* (Ibidem, p. 173). Quando a ordem jurídica pressupõe, para a ocorrência do ilícito, determinada ação ou omissão para produção ou não impedimento de um evento indesejável, tem-se a responsabilidade por culpa. “O momento a que chamamos culpa é uma parte integrante específica do fato ilícito: consiste numa determinada relação positiva entre o comportamento (atitude) íntimo, anímico, do delinquente e o evento produzido ou não impedido através da sua conduta externa: consiste na sua previsão ou na sua intenção, àquele evento dirigida. Estamos perante uma responsabilidade pelo resultado onde não exista uma tal relação, onde o evento não é previsto nem intencionalmente visado.” (Ibidem, p. 180-181).

mas só surge quando nem um – o causador – nem o outro, indenizem o prejuízo.³⁰

O ilícito no resultado (dano), portanto, pode perfeitamente viabilizar a utilização do termo responsabilidade do Estado, ou responsabilidade civil do Estado, quando a causa de pedir residir em danos causados pela atuação lícita do ente³¹, até porque essa tem sido a linguagem diuturna da jurisprudência emanada de nossos mais altos tribunais.

2.1 Relevância e imprescindibilidade da prática do ato lícito

Quando se falou da função estatal executiva, mencionou-se a necessidade da edição de uma série de atos com vistas à concretização das finalidades públicas. Isso parece não ser objeto de controvérsias. Ao contrário, é o que se espera do Estado.

Renato Alessi, em 1939, tratando das atividades lícitas da Administração Pública, reconhecia a supremacia do interesse público, que julgava ser jurídica e, portanto, lhe retiraria a condição de absoluta, *in verbis*:

“Se cio può avvenire anche in diritto privato, il fenomeno acquista una importanza ed un rilievo tutto particolare in diritto pubblico, in dipendenza della posizione di supremazia in cui si trova la pubblica amministrazione nei confronti con i singoli cittadini.

La pubblica amministrazione, come si as, deve tendere al soddisfacimento di interessi della collettività, interessi pubblici, interessi perciò di natura prevalente nei confronti con gli interessi privati. Avviene perciò frequentemente che essa debba dare soddisfacimento ad un interesse pubblico com il sacrificio non soltanto di meri interessi privati, ma anche di interessi tutelati: com sacrificio, perciò, di diritti soggettivi privati, nel che si estrinseca appunto la supremazia della pubblica amministrazione.

Questa supremazia della pubblica amministrazione però, como si as, nello Stato moderno, Stato di diritto, non è assoluta, sibbene giuridica,

³⁰ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 182-183.

³¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos. In: CASELLA, Paulo Borba et al. (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*: Guido Fernando Silva Soares (*amicorum discipulorum liber*). São Paulo: Atlas, 2008. p. 7-23.

nel senso che deve fondarsi su norme giuridiche, potendo estrinsecarsi soltanto nei modi, casi, limiti, determinati dalla norma stessa; il sacrificio dei diritti in cui si estrinseca la supremazia stessa operato mediante atti legittimi, e cioè atti rientranti formalmente e sostanzialmente in questa sfera giuridica della pubblica amministrazione, non potrà mai, perciò, costituire violazione dei diritti stessi, in quanto che questi affievoliscono di fronte alla norma, e nell'ambito della norma su cui la supremazia in questione si fonda.”³²

Celso Antônio Bandeira de Mello também alude à imprescindibilidade da prática do ato e à respectiva necessidade compensatória:

“Se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscabar a proteção do interesse privado a ser atingido. Estabelece-se, então, um dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado a fim de se poder realizar outro interesse maior. Vale dizer: opera-se uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial.”³³

O regime jurídico-administrativo compreende prerrogativas concedidas à Administração e sujeições, limites impostos à sua atuação. É corrente tratar-se, em direito administrativo, da tensão entre esses dois aspectos: a autoridade da Administração e a liberdade individual.

³² ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 245-246. Tradução livre: Se isto pode ocorrer também em direito privado, o fenômeno adquire uma importância e uma relevância toda particular em direito público, dependendo da posição de supremacia em que se encontra a Administração Pública na sua relação com os administrados. A Administração Pública, como é sabido, deve visar à satisfação dos interesses da coletividade, interesses públicos, interesses, portanto, de natureza prevalente no que respeita aos interesses privados. Ocorre, no entanto, frequentemente, que ela deve satisfazer ao interesse público não apenas com o sacrifício de interesses privados, mas também de interesses tutelados, com sacrifício, portanto, de direitos subjetivos privados, fato que exterioriza a supremacia da Administração Pública. Essa supremacia da Administração Pública, como se sabe, no Estado moderno, Estado de Direito, não é absoluta, é jurídica, no sentido de que deve se fundar em normas jurídicas, podendo exteriorizar-se apenas nos modos, casos e limites determinados pela própria norma; o sacrifício dos direitos nos quais se exterioriza a supremacia realizada mediante atos legítimos, a significar atos formalmente e substancialmente atinentes a essa esfera jurídica da Administração Pública não poderia jamais, portanto, constituir violação dos próprios direitos, relativizados diante da norma e no âmbito da norma sobre a qual a supremacia em questão se funda.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 958.

Nesse contexto, se estuda o poder de polícia, por meio da qual a Administração condiciona o exercício dos direitos dos particulares ao bem-estar coletivo. Nada há de errado em limitar o exercício dos direitos individuais, restrição inerente à condição de direito subjetivo³⁴. Ou seja, ao mesmo tempo em que o poder de polícia é limitação à liberdade individual, tem por finalidade assegurar essa própria liberdade e os direitos essenciais ao homem.

A expressão poder de polícia, no entanto, vem sendo bastante criticada. O *poder de polícia*, para Carlos Ari Sunfeld³⁵, é mera função de aplicar as leis reguladoras dos direitos. Não haveria *faculdade* administrativa, visto que o poder de regular direitos é da lei. Ou seja, há que compatibilizá-lo com o princípio da legalidade. Gordillo³⁶ propõe a extinção da própria idéia de poder de polícia.

Não se pode deixar de afirmar, contudo, que, em sentido amplo, o chamado poder de polícia é o setor de atividade estatal que compreende tanto as leis que delineiam o âmbito da liberdade e da propriedade quanto os atos administrativos que dão execução às leis, e consiste em limitar os direitos individuais, em benefício do interesse público. Este, por sua vez, diz respeito aos mais variados setores da sociedade, como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Trata-se de conceito amplo, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro o define como conceito moderno.³⁷

Identificar o interesse público é tarefa que nunca foi fácil, posto que muitas vezes confundia-se o interesse público com o oficial, o que não é correto, pois a Administração Pública não é titular daquele, o que lhe confere, inclusive, *status* de indisponibilidade.

³⁴ Conforme lição de Guido Zanobini, tudo aquilo que é juridicamente garantido, é também juridicamente limitado. (*Curso di diritto amministrativo*, cit., v. 1, p. 187-190).

³⁵ Para o autor, a noção de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, que não intervém na economia, apenas fixa limites negativos à liberdade e propriedade. Diante do Estado Social, perfil positivo do Estado, fica difícil enquadrar posturas novas, como, por exemplo, o cumprimento da função social da propriedade, o tabelamento de preços, intervenção em instituição financeira etc. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 9-15).

³⁶ GORDILLO, Agustín. El poder de policía. In: *Tratado de derecho administrativo: a defensa del usuario y del administrado*. v. 2, cap. 5. Disponível em: <www.gordillo.com/Tomo2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 111.

Não se pode ignorar que a determinação do conteúdo do interesse público vem sofrendo alterações, principalmente nos últimos anos. Antes utilizado como critério para distinguir o direito público do privado, tal critério tornou-se falho, em face da aproximação dos regimes jurídicos experimentada nas últimas décadas³⁸. Vivencia-se realidade de fluidez entre o interesse público e o privado. A situação é de multiplicidade de interesses públicos, entre os quais se enquadram inúmeras atuações de particulares.

A tendência atual consagra a participação da sociedade no processo de apuração, de definição do que é interesse público. A Administração Pública deve compartilhar a identificação e a garantia do interesse público (muito embora, no mais das vezes, à Administração Pública ainda caiba a decisão final). Denota-se a função atual de ponderação dos interesses em confronto, de busca do estatuto da compatibilidade entre os interesses.

Que o interesse público é finalidade da Administração Pública e que toda sua atuação deve pautar-se pela perseguição dele não parece cabível questionar. Também já se esclareceu que a finalidade da atuação da Administração Pública deve ser controlada, para exigir que se dirija ao atendimento do interesse público. Este define os fins e fundamentos legítimos da atuação estatal: o bem comum, o mais compreensivo e abstrato fim, fundamento da permanência da vida social.

O princípio do interesse público é um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. É um pressuposto lógico do convívio social. Há autores que vêm questionando a

³⁸ Alexandre Pasqualini discorreu sobre a relativização dessa dicotomia, valendo transcrever pequeno trecho de seu artigo: “Indivíduo e Sociedade: tais são os dois principais ângulos da geografia humana. Esses dois ângulos são, ao mesmo tempo, as suas duas necessidades (*ananke*). Uma não existe sem a outra. Mas há duas guerras nestas duas fronteiras: a guerra da opressão, que é a preponderância do Estado sobre o indivíduo; a guerra do individualismo, que é a supremacia do indivíduo sobre o Estado. Dois excessos produtos de um único erro: a falta de identidade moral entre ambos. Assim, superando a esquizofrenia do contratualismo clássico (Locke), a ética deve ser uma e una. O princípio do interesse público, sem ferir a abertura e a pluralidade dos valores, há de ser essa espécie de norte axiológico (=metaprincípio), em cujo magnetismo, Estado e Indivíduo, na *ágora* ou na *hestia*, no parlamento ou no mercado, asseguram a racionalidade do convívio entre o exercício da autonomia e a criação de instituições – instituições essas fora das quais, num retorno ao estado de natureza, já não resta nada além de barbárie e voluntarismo. A vontade individual, enquanto ser-para-si, tem de ligar-se à dos outros numa atmosfera que a todos oriente e envolva – a esta desafiadora e exigente atmosfera dá-se o nome de interesse público.” (O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 36).

condição de princípio e da *supremacia* do interesse público. A par de se insurgirem contra a rotulação da concepção (se é um princípio, um postulado jurídico, etc.), questionam a regra de prevalência apriorística. Outros entendem que o princípio da supremacia do interesse público não está expresso na Constituição Federal, mas há dispositivos dos quais se depreenderia sua nítida aplicação, como nos institutos da desapropriação e da requisição.

Humberto Ávila³⁹ entende que no interesse público estariam contidos múltiplos interesses, carecedores de ponderação entre si, mas não hierarquicamente superiores. Exalta o papel conciliador que a Administração Pública vem assumindo. Nesse sentido, não se admitiria a regra abstrata de preferência no caso de colisão. O princípio da supremacia do interesse público seria um “dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente”⁴⁰, da qual entende não se depreender esse caráter de preferência, da seguinte forma:

“Dessa discussão orientada pela teoria geral do direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse ‘princípio’). Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade.
(...)

³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 119.

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.⁴¹

Com efeito, a doutrina moderna a respeito da evolução do direito administrativo é uníssona em afirmar que a atuação da Administração Pública sofreu alterações. Não é mais dado à Administração o poder unilateral e final de decidir o que é interesse público sem atrelá-lo a contexto sócioeconômico, confundindo-o, muitas vezes, como dantes, com o interesse oficial. Novas formas de participação (exigidas legalmente até mesmo para tornar válido o procedimento, não apenas legitimá-lo) influenciam a definição do interesse público em um dado caso. A transparência exigida no processo formativo de decisão possibilitou que a sociedade (e também o Judiciário) controle a solução escolhida, restringindo a possibilidade de desvios, o que não significa a eliminação do núcleo essencial da discricionariedade, apenas a refina.

Como dito, ainda que o processo de identificação do que é o bem comum, ou do que é o interesse público, venha evoluindo, remanesce a opção de escolha da Administração, quando se mostrarem possíveis duas ou mais soluções.

Nesse sentido, até se pode falar em relativização da supremacia alegada ou democratização do conteúdo do interesse público, mas parece acertado afirmar que a viabilização da vida em sociedade ainda se dá quando é possível preconizar o bem comum em detrimento do interesse particular⁴². Deve-se, para tanto, considerar todos os princípios que informam o

⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o princípio da supremacia do interesse público, cit. p. 126-127.

⁴² Maria Sylvia Zanella Di Pietro vincula o desenvolvimento do direito público à supremacia do interesse público sobre o individual: “Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do direito civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve

sistema jurídico, bem como dar o máximo de transparência possível para o processo de escolha do que seja o interesse público. O princípio do interesse público – ainda que não se fale em supremacia – também continua limitando e norteando a atividade da Administração Pública, filtrando sua atuação para conferir-lhe legítima atuação.

A evolução do conceito de interesse público e a superação do individualismo que marcou o período imediatamente posterior à Revolução Francesa possibilitaram que se admitisse o condicionamento do exercício do direito de propriedade para consecução do bem-estar comum. Ou seja, cunhou-se a noção de que o direito de propriedade não pode ser exercido de forma ilimitada, seja porque deve coexistir com outros direitos, seja porque há interesses públicos em jogo.

Depreende-se do exposto, portanto, ser perfeitamente jurídica a sobreposição do interesse público sobre o particular, com vistas à tutela do interesse comum.

2.2 Relevância da distinção entre licitude e ilicitude do ato

Nosso ordenamento não tece distinção entre atos lícitos ou ilícitos no que concerne à responsabilidade do Estado. Ou seja, havendo direito infringido (tendo a lesão sido direta ou indireta), seja por meio de ato lícito,

de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os *interesses públicos têm supremacia sobre os individuais*. (...) O direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo. Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a consequente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o sem campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional. Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial do direito constitucional e administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.” (*Direito administrativo*, cit., p. 69-70).

seja mediante ato ilícito, omissivo ou comissivo, exsurge a obrigação de indenizar.

Nesse sentido, oportuno transcrever as lições de Fernando Facury Scaff:

“O problema da responsabilidade do Estado não deve ser enquadrado na dicotomia *atos lícitos ou atos ilícitos*, uma vez que limitar o montante a ser pago pelo dano ocasionado em razão do ato praticado ter sido fruto de uma atividade lícita ou ilícita é algo que fere a mais elementar noção de justiça, posto que, para o indivíduo que foi lesado, o que importa é a recomposição integral de seu patrimônio, sendo-lhe irrelevante se o ato que lhe causou prejuízo foi ou não baseado na legalidade.”⁴³

Como dito, para tal finalidade não importa distinguir se o Estado agiu de forma ilícita (violação direta de direito de particular) ou lícita (restrição indireta de direito de particular, em virtude de atuação necessária e esperada para consecução do bem comum).

Há, inclusive, autores que entendem que as funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos, bem como que os particulares não podem escolher, prever ou minimizar a atuação estatal lícita, de forma que a responsabilidade do Estado também deveria ser mais extensa.

Contudo, é importante lembrar que de fato não se evita ou minimiza a atuação estatal, mormente a lícita, mas é certo que ela, a despeito de causar danos – consequência indireta – também visa à consecução dos interesses da sociedade, que é beneficiada.

De forma sintética, tem-se no ordenamento brasileiro as seguintes causas de pedir para responsabilidade do Estado: a) comportamentos ilícitos (comissivos ou omissivos) estatais – a finalidade da responsabilidade é a exata contrapartida do princípio da legalidade; b) comportamentos lícitos – a finalidade da responsabilidade é garantir repartição dos ônus provenientes dos atos que tenham gerado lesão, evitando que apenas alguns

⁴³ SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 151.

particulares suportem prejuízos, quando o interesse é de todos – contrapartida do princípio da igualdade.⁴⁴

Entretanto, para fins de fixação de indenização, não há, a princípio, qualquer distinção prática entre atos lícitos ou ilícitos. Relevante tornou-se apenas verificar a consequência, ou seja, perda da situação juridicamente protegida.

Entretanto, cremos que o assunto mereceria melhor reflexão, para apurar o cabimento da distinção.

Weida Zancaner⁴⁵, reconhecendo a relativa escassez doutrinária sobre o ponto específico, reputa fundamental, até do ponto de vista prático, a distinção, lição que julgamos oportuno transcrever:

“É necessário que se perceba não ser idêntica a situação do administrado, em alguns casos, quando este é vítima de atos ilícitos e quando este tem seus interesses contrariados por atos lícitos da administração. Esta questão, que pode parecer ter cunho eminentemente acadêmico, é, a nosso ver, não só importante do ponto de vista prático, como também constitui um dos pontos que os doutrinadores quase não versaram, sendo que, quando o fizeram, trataram o tema de forma bipartite, não esclarecendo através da teoria objetiva a problemática da indenização por danos causados por atos lícitos e ilícitos.

Como já dissemos, a teoria objetiva, apartando a culpa e elegendo por critério o nexos de causalidade entre o evento danoso e a atividade administrativa, fez cair por terra, na maioria dos casos, a necessidade de distinção entre atos lícitos e ilícitos.

A culpabilidade, uma vez determinada como sendo de um agente, só tinha importância para o Estado que, com isto conseguiria direito de regresso contra seu funcionário, podendo, destarte, ressarcir-se daquilo que havia pago ao administrado lesionado.

Apenas e tão somente nisso parecia residir o interesse da distinção entre atos lícitos e ilícitos, pois, uma vez ilícito o ato e sendo determinado seu agente causador, o Estado adquiria o direito de regresso.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 976.

⁴⁵ ZANCANER, Weida. *Responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 35-36.

Com efeito, o Estado intervencionista, fonte geradora, como vimos, da própria responsabilidade objetiva do Estado, consegue, de muitas formas, escapar de algumas reparações de pequena monta ou inerentes às mais corriqueiras de suas atividades, em virtude do princípio universalmente consagrado que nos diz haver ‘igualdade de todos os administrados perante os encargos públicos’. Desta forma, não só se estabeleceu que os encargos públicos existem e que os administrados são obrigados a suportá-los, como também, de forma universal, se disciplinou que, para que um administrado pudesse lograr ressarcimento de encargo lesivo, este encargo deveria ser *anormal e especial*. (...)

Com a objetivação da responsabilidade e não mais havendo necessidade de provar ilicitude ou culpabilidade do ato, muitos se esqueceram de que ninguém é obrigado a suportar um instante sequer um ato ou fato ilegal.

(...)

Estes atos ilícitos não são, de nenhuma forma, encargos que a Administração possa impor ao administrado, mesmo porque a Administração Pública deve ater-se ao princípio da legalidade, não se coadunando sua atuação com os eventos ilícitos, ilegais.

Dessa forma, a ocorrência de ato ilícito desonera o administrado de uma carga à qual estaria obrigado, se lícita fosse a atividade. Podemos dizer que, 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.”

Assim, no entender da jurista, a ilicitude do ato ensejaria imediata impugnação, a qualquer momento e por qualquer motivo, o que conferiria ao direito subjetivo violado caráter “mais potente”⁴⁶, do que o gerado por dano lícito, embora não ocasione nenhum impacto no que concerne à indenização propriamente dita.

Em que pese a lição da jurista, nossa opinião, todavia, é de que, passado período razoável de tempo, verificou-se tendência à redução da tolerância jurisprudencial com os atos lícitos. Assim, o que na época em que foi cunhado o pensamento conduzia à necessidade de identificação do ilícito,

⁴⁶ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 40.

para possibilitar a caracterização do dever de ressarcimento, hoje não mais se verifica. Lícito ou ilícito o ato, a tendência é tutelar o direito subjetivo dos administrados, muitas vezes indiscriminadamente.

Não que tenha perdido relevância, em absoluto, a tese citada, mas apenas acrescentaríamos que a necessidade de perquirição da licitude ou ilicitude do ato ainda se faz presente, ou pelo menos assim deveria ser, mas agora para fins de relativização da amplitude da responsabilidade, nas hipóteses de atuação do Estado conforme a lei.

Com efeito, não nos parece de todo irrazoável que se restrinja a contrapartida monetária, ou a extensão das verbas envolvidas, quando se tratar de danos ocasionados pela prática de atos lícitos, ou seja, queridos pela sociedade (ainda que se tenha que lançar mão do conceito de maioria, para viabilizar a governança).

O registro feito pela autora⁴⁷, de que não se estará, em absoluto, deslocando a responsabilidade para o campo subjetivo, fica reiterado, vez que a discussão permaneceria restrita aos aspectos de legalidade do ato administrativo (e, portanto, via inversa, da conduta), não se discutindo culpa.

Para reflexão, oportuno transcrever os ensinamentos de Rui Stoco:

“Uma das contingências de quem vive nas grandes cidades é justamente a de adaptar-se a restrições impostas pelo convívio social. As exigências urbanísticas obrigam e conduzem a alterações de vida e afetam o próprio conceito de direito de propriedade, que vai perdendo sua aparência egoisticamente unitária para ganhar contornos de solidariedade, em nome da função social, tal como previsto no artigo 182 da Constituição Federal.”⁴⁸

A análise do dever de indenização do Estado pela prática de atos lícitos não pode ser feita dissociada do benefício que determinada medida enseja. É função precípua do Estado promover o bem comum, de forma que sua atuação não pode ficar engessada pela contrapartida remuneratória em todos os casos em que um direito do administrado seja limitado.

⁴⁷ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 36.

⁴⁸ STOCO, Rui, *Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza*, cit., p. 129.

O Estado é criação do direito, de forma que, sem prejuízo do controle e punição pelos desmandos e excessos, não se pode promover tamanha abstração, a pensar que seja figura diversa, da qual não fazem parte os administrados.

Por outro lado, o atual papel de regulador que vem assumindo o Estado fornece subsídios para a provocação do questionamento do dogma da responsabilidade objetiva do Estado, em especial quando de sua atuação lícita. Caberia ainda essa amplitude de responsabilidade?

O período em que o intervencionismo caracterizou a atuação estatal recomendava a extensão e objetivação da responsabilidade do Estado como forma de remédio jurídico para os administrados, contra investidas desmedidas do Poder Público. O momento presente caminha para, cada vez mais, um Estado não interventor, distante da prestação direta das demandas da sociedade.

Vale registrar alguns pensamentos a respeito. Regulação estatal compreende toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo), definição baseada no segundo sentido conferido por Vital Moreira à regulação (“toda a intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas, ficando de fora a participação direta do Estado na própria atividade econômica.”)⁴⁹.

É a regulação estatal uma forma de intervenção do Poder Público no campo da economia, no qual em regra deve imperar a liberdade dos agentes econômicos. Embora haja alguma restrição à atividade individual, a intervenção é indireta.

No Estado Liberal, o Estado abstinha-se da intervenção na economia – leia-se atividades econômicas –, sendo a regulação praticamente inexistente (muito embora já existisse o instituto da concessão, o que dá leve contorno de atividade de regulação).

Em virtude da necessidade empiricamente verificada de regulação das atividades econômicas e sociais para garantia do bem-estar coletivo, chegou-se a um modelo de Estado Social, durante o qual o Estado

⁴⁹ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 35.

promovia intervenção direta na economia e participava diretamente da atividade econômica.

A época coincide com o período em que foram rascunhadas as teorias ampliando a responsabilidade do Estado.

Demonstrada a incapacidade ou impossibilidade do Estado promover a regulação, prestar e executar atividades econômicas diretamente, passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza pela regulação pelo Estado da atuação dos particulares, nas últimas décadas do século XX. Ou seja, o Estado não muda seu caráter intervencionista, apenas a forma de intervenção, como bem preceitua Eros Grau.⁵⁰

No Brasil, iniciou-se movimento de superação da intervenção direta do Estado na economia, de forma que as notícias sobre atividades de empresas públicas e autarquias acabaram cedendo lugar às agências reguladoras, aliadas às correntes notícias sobre privatização. Havia (e ainda há) evidente objetivo de retirar o investimento e custeio público de atividades antes só praticadas pelo Estado.

O movimento privatizador de grandes empresas estatais e de quebra de monopólio levou ao retorno de vários serviços públicos (então assim qualificados) para a atividade privada, a título de concessão, permissão ou autorização, ou a título de atividade regulada. De Estado intervencionista, passou a Estado regulador, o que tornou necessária a regulação do exercício privado.

Importante esclarecer que essa superação de intervenção direta não significa volta ao Estado Liberal ou a qualquer filosofia econômica próxima do *laissez faire*. Isso porque o que se tem verificado é que, embora o Estado tenha se retirado da intervenção direta nas atividades econômicas, continuou e continua exercendo fortemente essa intervenção (que em algumas áreas até se intensificou), sua função reguladora, só que de forma indireta.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136.

Assim, não se pretende ingressar mais profundamente no assunto, até porque se está a abordar mais especificamente a atuação direta do Estado. Mas fica o registro da possibilidade de questionamento da regra que prevê a responsabilidade objetiva do Estado nas hipóteses de atuação indireta, sob o novo modelo mencionado, principalmente quando lícita.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer que perquirir a juridicidade da conduta estatal para fins de configuração da medida de responsabilidade do Estado acabaria mesmo por mitigar a regra da objetivação da responsabilidade. Isso porque implicaria a análise do acerto da conduta, sua adequação, finalidade e forma, o que aumentaria, em tese, o ônus do administrado. A questão pode muito bem ser equacionada nos mesmos termos utilizados para a responsabilidade objetiva, da qual é efeito a inversão do ônus da prova. Assim, poderia o Estado demonstrar a licitude de sua conduta e “beneficiar-se”⁵¹ da eventual redução indenizatória.

3 Caracterização da licitude para fins de responsabilidade

Já se mencionou anteriormente que não é só a atividade ilícita do Poder Público que enseja seu dever de recompor o patrimônio do particular pelos danos causados. Ventilou-se que a atuação lícita do Estado pode atingir, de forma negativa, o patrimônio de um particular ou de um grupo deles.

Ou seja, a despeito da realização de uma finalidade pública, que vai ao encontro dos interesses da sociedade, advém uma consequência negativa da atuação lícita, consubstanciada na verificação de danos no patrimônio de um grupo específico de particulares, embora eles também se beneficiem do serviço realizado.

A casuística tem demonstrado que alguns atos comissivos lícitos são indenizáveis, enquanto que outros não.⁵²

⁵¹ Beneficiar-se entre aspas porque, em verdade, é a sociedade que arca com o ônus do pagamento das indenizações.

⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello salienta poderem ser ditos atos lícitos indenizáveis, atos jurídicos e atos materiais, reputando ao resultado da atuação a configuração ou não do dever de indenizar. (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 976).

Edmir Netto de Araújo tece sintéticos delineamentos sobre a dicotomia lícitos/ilícitos:

“Os atos (ou omissões) humanos podem ser lícitos ou ilícitos. *Lícito* é a qualidade de algo que é conforme a lei, admitido pela lei, legal, ou seja, aquilo que é justo ou permitido. No caso dos *atos jurídicos*, somente o são, no direito brasileiro (CC, art. 185), os atos lícitos que tenham por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Ilícito, ao contrário, é então aquilo que é contrário à lei, à moral, ao direito, ou seja, injurídico ou *ilegítimo*.

Na verdade, para a ciência do direito, ilícito é uma categoria jurídica cujos elementos são: ato ou omissão humanos, infringência à norma legal do ramo jurídico considerado, dano e responsabilidade: alguém causa, neste último aspecto, desequilíbrio à ordem natural-legal da sociedade e por seu restabelecimento deve responder.”⁵³

Não cabe perquirir o elemento culpa ou dolo na causa dos danos, até porque a atuação da Administração tinha outro objetivo e finalidade. Eles, quando alcançados, é que geram os danos mencionados. Assim, não se pode falar sequer de *faute de service* porque não há culpa individuada, nem culpa anônima do serviço público, mas sim atuação regular e lícita da Administração Pública.

A presença do elemento culpa é dispensável. No caso de responsabilidade por atos ilícitos, ainda que se aplique a teoria objetiva, há a presença do elemento culpa, seja para dispensar sua demonstração ou presumir sua existência. No caso dos atos lícitos, pode-se falar que genuinamente não há o elemento culpa a ser considerado para fins de dever de indenização.⁵⁴

Com efeito, a consideração do elemento culpa, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, é reconhecida por Yussef Said Cahali, ao se

⁵³ ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de direito administrativo*, p. 737.

⁵⁴ “Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexa causal ou nexa de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexa de causalidade, o Estado deve ressarcir.” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 430).

reportar aos danos injustos que tem sua causa na deficiência ou falha do serviço público:

“A primeira regra, assim, ainda que resquício da teoria civilística ajustada ao direito público, permite reconhecer a responsabilidade indenizatória da Administração quando o dano sofrido pelo particular tiver a sua *causa* na culpa individuada do agente, na culpa anônima ou na deficiência do serviço.

Aliás, identificada aquela causa subjetiva, ainda que imputada ao serviço anônimo, tem-se desde logo o dano como *injusto*, mostrando-se até mesmo despicienda qualquer digressão em torno da responsabilidade objetiva.

Sem dúvida, a regra assim enunciada descarta a chamada teoria do risco integral, tendendo mais para a teoria do chamado risco ou acidente administrativo, aproximando-se da culpa ou da *faute de service*.⁵⁵

O dever de indenizar que nasce da prática de atos lícitos só pode mesmo se configurar com a atuação positiva da Administração. Admitir a omissão lícita como fato gerador da obrigação de indenizar significaria dizer que o Estado sofreria repercussão patrimonial para todas as suas inações, sempre que elas gerassem prejuízo. Para as omissões, portanto, seria exigível a ocorrência de dois fatores: se havia o dever do Estado agir – *e aí entendemos que a questão se resolve pelo elemento subjetivo da falha do serviço público* –, e se os danos experimentados são injustos, ou seja, se houve dano jurídico com repercussão patrimonial a um administrado ou um pequeno grupo deles.

A questão se deslocaria, assim, para a investigação da causa⁵⁶ do evento danoso, objetivamente considerada, mas sem se perder de vista a

⁵⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 51.

⁵⁶ “Causa é a razão da existência de uma coisa ou situação. Para os efeitos da responsabilidade objetiva patrimonial do Estado, causa é o comportamento comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, material ou jurídico, da pessoal estatal ou de quem lhe faça as vezes, que determina, de forma idônea, direta ou indireta, a ocorrência danosa. A causa constitui a razão prática e inexcludente do dano que se pretende imputar ao Estado para que a responsabilidade deste possa daí se originar. Para constituir, juridicamente, razão de ser do dano, a causa tem que, além de idônea, ser suficiente à produção do resultado havido como antijurídico responsabilizável, além de ter que se relacionar, direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, com o resultado indigitado como injusto. O fator provocador do dano tem que ser, necessariamente, vinculado, ainda que não como fator único de ocorrência, com o cometimento estatal ou que lhe seria devido juridicamente assumir.” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 97-98, jul./set. 1991).

regularidade da atividade pública, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, na determinação do que seja o dano injusto, pois só esse merece reparação.⁵⁷

Caio Mário da Silva Pereira⁵⁸ bem precisa essa relação, que se forma em consequência do funcionamento do serviço público, independentemente de ser bom ou mau. A relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do agente público é que se mostra fundamental a exigir a reparação, fundada no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos públicos.

No que concerne à atuação lícita da Administração, não há que se falar em culpa, mas também não se pode resolver a equação apenas pela relação de causalidade – atuação do Poder Público e dano na esfera do administrado.

Os danos advindos da prática de atos lícitos pelo Estado constituem seqüela de uma atividade legítima que tinha em mira satisfazer outro interesse jurídico. Não se dispensa totalmente a presença do ilícito, só que ele sai da esfera do sujeito ativo e passa à do resultado experimentado pelo sujeito passivo da relação jurídica.

A existência ou inexistência do dever de indenizar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano – lícita ou ilícita – mas pela qualificação da lesão sofrida. Ou seja, a questão se resolve no lado passivo, não do lado ativo. Deve-se, portanto, indagar a respeito do dano indenizável. Tem-se, portanto, que a configuração do dever de indenizar pela prática de atos lícitos perpassa a questão pertinente aos condicionamentos de direito, as restrições à esfera juridicamente protegida dos administrados e seus limites, posto que o excesso na medida tende a caracterizar o dever de indenização, desde que presentes os elementos configuradores do dano antijurídico.

A visualização do conceito de antijuridicidade a que se reportaram Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez⁵⁹ possibilitou o deslocamento da ilicitude da conduta do agente para o evento danoso. Passou

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 27.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 116.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 303 e ss.

a ser primordial a existência de um dano que um administrado, ou uma reduzida parcela deles, não tem o dever de suportar.

Explica-se: o dano deve ser ilegítimo, não a conduta que o causou. Ocorre, portanto, verdadeira “responsabilidade”⁶⁰ objetiva, pois o dano é decorrente de um benefício. Se houver culpa do agente que pratica o ato, dando conta que pretendia, com finalidade, o dano causado, o ato caracteriza-se como ilícito, com as implicações dessa conclusão advindas. No mesmo sentido, estando o ato eivado de vícios que maculem sua licitude, no mesmo tom resolve-se a equação.

O fato da indenização pela prática de atos lícitos resolver-se à guisa da responsabilidade objetiva, que já se mencionou prescindir de prova da culpa para sua caracterização, não significa que a obrigação seja absoluta. Aliás, a exemplo do que se exige quando se trata da responsabilidade, em direito público ou privado, há que haver dano concreto.

As atividades são lícitas, tanto que o Estado pode e, em muitos casos, deve praticá-las. Em sentido amplo, configuram uso de seu poder de polícia, desde que tenham sido respeitados os seus limites. Por exemplo, a proibição de comercialização de determinado alimento, em face de descoberta de potencialidade de dano à saúde pública (ainda que após o licenciamento da atividade, inspeção e autorização): nesse caso, há o dever de proibir, mas pode ser imposta a contrapartida indenizatória, visto que a atividade havia sido inicialmente autorizada pelo Poder Público e estava sendo desempenhada dentro dos critérios por ele ditados.

É bem verdade ser inerente à vida em sociedade o dever de suportar certas limitações administrativas, que só devem ser indenizadas nas hipóteses de caracterização de dano especial e anormal, adiante referidos. Conforme nos ensina Renato Alessi, esses *sacrifícios de direito* podem estar autorizados diretamente na norma, que prevê a consequência, ou decorrerem indiretamente da atuação da Administração.⁶¹

⁶⁰ Responsabilidade, aqui mencionada entre aspas, para remeter à discussão levantada no item anterior, no qual se indicou a existência de posicionamento doutrinário contrário ao emprego desse conceito para os casos de atos lícitos.

⁶¹ “Come si vede negli esempi adottati, il sacrificio di un diritto spesso è legittimato da una norma espressa la quale può prevedere direttamente il sacrificio (come nel caso dell’espropriazione, della distruzione di piante e di animali ecc.), ovvero può legittimarlo soltanto indirettamente in quanto

Nos casos em que os sacrifícios de direito são o objeto da norma, ou seja, decorrem diretamente da sua aplicação, a doutrina é assente em afastar a configuração de responsabilidade. Com efeito, não há ilícito na conduta nem no resultado, mas mero cumprimento de dever jurídico. Esse dever, se descumprido, enseja o estabelecimento da relação de responsabilidade e a imposição da sanção (dever compulsório de indenizar).⁶²

São típicos os casos de ingerência no direito de propriedade, do qual é exemplo clássico a desapropriação. Ou seja, quando a norma impõe a contrapartida compensatória pela restrição imposta (sacrifício de direito), forma relação jurídica dissociada da responsabilidade do Estado. Note-se que aqui responsabilidade aparece em sentido distinto de dever de indenizar. Ele consta da norma e sua violação impõe uma sanção, o que difere da responsabilidade, que é relação que se forma com a violação do dever jurídico de indenizar e determina o destinatário da sanção. A responsabilidade pressuporia assim a violação à lei; o dever de indenizar, a aplicação da norma.⁶³

Há que se investigar, portanto, dentre os sacrifícios de direito impostos, aqueles que geram dever de indenizar, posto que acarretam de forma acessória e indireta restrições a direitos juridicamente protegidos de terceiros, ocasionando desproporcionalidade entre o benefício que veiculam e os danos que ocasionam.

Carlos Ari Sundfeld orientou critérios para atos lícitos indenizáveis e atos lícitos não indenizáveis, tratando de distinguir “condicionamentos de direitos”⁶⁴ dos “sacrifícios de direitos”, na medida que os primeiros geram

*preveda ed autorizzi una attività dalla qualche derivino danni imprevisi a privati cittadini. Talora invece il sacrificio è legittimato dall' assoluta necessita pubblica ed urgenza (23) e cioè in sostanza dal diritto di difesa (legittima difesa e stato di necessita) che allo Stato spetta così come ad ogni soggetto.” La responsabilità della pubblica amministrazione.” (ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 249).*

⁶² KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit. (vide item 2).

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ “Os condicionamentos administrativos são as situações subjetivas passivas, impostas pela lei e controladas pela Administração (ou impostas pela Administração Pública, com base em lei, e por ela controladas), aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições). (...) Os condicionamentos de direitos são administrativos quando a lei, ao prevê-los, atribui à Administração poderes explícitos para atuar (impondo-os concretamente, fiscalizando seu exercício, sancionando, etc.). (...) Os condicionamentos são disseminados em todo o Ordenamento; de fato, a ausência de limites é incompatível com a ideia de direito subjetivo. Por isso, compreensível que nem todos os

compatibilização entre o interesse público e o privado, impondo gravame normal ao administrado, e os segundos impõem restrições, constrangimentos extraordinários, de forma que arcar com eles configuraria patente ofensa ao princípio da igualdade⁶⁵. Essa igualdade, no caso de condicionamento de direitos, é interpretada para que não se lhe dê o caráter de absoluta, pois seria inviável na prática que fosse aplicada indistintamente a todos os administrados.

Exemplifica-se: o proprietário de uma área próxima a um estabelecimento hospitalar não poderá destiná-la a abrigar uma quadra de escola de samba. Mas não lhe cabe direito a indenização, pois sabidamente há outros destinos passíveis de serem dados ao bem. Ou seja, é a parcela de sacrifício que cada administrado deve arcar para viabilizar a gestão do interesse público.

Para Carlos Ari Sunfeld, todo sacrifício de direito produz diminuição patrimonial⁶⁶ e depende de processo judicial. Reputa o critério da generalidade e da singularidade como insuficientes a resolver a distinção entre os sacrifícios de direito e os condicionamentos de direitos, dada a incerteza do que se pode qualificar como geral. Assim, ao lado dessa idéia básica, deve-se lançar mão de outros critérios, analisando a questão sob o ponto de vista do princípio da igualdade, não se exigindo mais de uns que de outros. A configuração do sacrifício de direitos, assim como a apuração do dano, devem levar em conta medidas de racionalidade e razoabilidade, mostrando-se presentes quando importar onerosidade excessiva ou eliminar o conteúdo mínimo do direito.⁶⁷

condicionamentos de direitos sejam administrativos. A lei civil, ao regular o direito de propriedade, fixando seus contornos, também submete o proprietário a condicionamentos. (...) Não cabe pretender distinguir os condicionamentos administrativos dos condicionamentos de direito privado por alguma característica íntima do interesse que visam realizar. Os condicionamentos administrativos protegem interesses públicos – daí caber à Administração atuar – e os condicionamentos de direito privado tutelam interesses privados – razão porque só os particulares beneficiados estão autorizados a exigir seu cumprimento. (...) Os condicionamentos, conquanto representem situação desfavorável para o particular, justamente por delimitarem o campo de atuação legítima do titular do direito (é dizer: por apenas traçarem seu perfil) não conferem direito à indenização.” (SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 54-57).

⁶⁵ Ibidem, p. 55.

⁶⁶ “É situação subjetiva passiva voltada a diminuir, suspender ou eliminar possibilidades de desfrute genericamente admitidas pelo Ordenamento. Restringe o direito a campo menor do que o normal e dependeriam de processo judicial para serem instituídos.” (SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 88).

⁶⁷ Ibidem, p. 91-92.

A proposta de Carlos Ari Sundfeld parece bastante didática, visto que a nomenclatura eleita tem um quê de autoexplicativa. Condicionamentos regem, sacrifícios restringem. Ainda que não se ingresse no mérito da proposta do autor, que entende superada a noção de poder de polícia, tal como cunhada anteriormente, e sugere a substituição do termo por administração ordenadora, auxilia-nos o conteúdo conceitual apresentado, tal como a distinção entre condicionamentos de direitos e sacrifícios de direitos.⁶⁸

Mas não há como negar que são vertentes do poder de polícia, ainda que em sentido amplo, e mesmo que no futuro o termo seja substituído por outro que melhor traduza seus delineamentos. Esse argumento pode ser ilustrado por um julgado do Supremo Tribunal Federal, que equiparou medidas de polícia praticadas pelo Município do Rio de Janeiro à desapropriação indireta⁶⁹. Ou seja, o Poder Público, no exercício de seu poder de polícia, buscando resguardar o interesse social de população carente, acabou por causar lesão ao patrimônio de um particular específico, que deve ser ressarcido. A não ser que consideremos a atuação da Municipalidade como ilícita, temos como inadequado falar em desapropriação indireta, seja porque ela exige ilicitude da atuação do Poder Público, seja porque não houve desapossamento por parte da Prefeitura.

Feita essa ilustração, voltemos à esclarecedora lição de Carlos Ari Sundfeld, em relação ao que seja condicionamento de direito, que se distinga do sacrifício de direito porque este “é constrangimento extraordinário, excedente dos padrões de normalidade habitualmente aceitos”, enquanto aquele, “mesmo quando gerado por ato específico, corresponde a gravame *normal*, tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 90 e ss.

⁶⁹ “Se é verdade que o Município não deu causa à invasão mesmo porque seria um desvio de função e ato eivado de grave ilegalidade, o certo é que interferiu quando a proprietária adotou medidas legais cabíveis na defesa de seu direito de propriedade e, a partir daí, colaborou eficientemente para configurar um fato consumado irreversível, com o reconhecimento e facilitação da fixação de uma comunidade decorrente das invasões, em franca oposição aos direitos da proprietária. Tal atuação do Poder Municipal, com as medidas tendentes ao definitivo assentamento dos invasores da área, em oposição aos direitos de propriedade, em relação aos quais não houve negligência de seus titulares, caracteriza verdadeira desapropriação indireta, em decorrência do que tem a obrigação de indenizar com pagamento de justo preço.” (STF – AG RE n. 282.213-2, j. 19.11.2002, *DJU*, de 07.02.2003). Note-se, dessa transcrição, que tecnicamente se trata de dever de indenização decorrente de interferência legítima do Município para solução de problema social. Entendeu o Sodalício que esse ato configurava desapossamento e, portanto, gerava dever de indenização.

vida social, ou que não provoca prejuízo, ou o provoca por breve tempo ou em reduzida extensão”.⁷⁰

Ressalva deve ser feita, contudo, no que concerne à distinção entre sacrifício de direito e lesão de direito, visto que o objeto daquele seria “justamente a imposição de restrição ou extinção do direito”. A lesão de direito, no entender do jurista, seria o “prejuízo causado por comportamento estatal, lícito ou ilícito, cujo objeto específico não é a restrição ou extinção do direito; a lesão é, portanto, efeito reflexo de comportamento administrativo”. É por isso que o autor afirma que o sacrifício de direito deve necessariamente ser instituído por processo judicial (porque seriam sinônimos de expropriação de direitos) e demandaria indenização prévia. A lesão, por seu lado, também propiciaria o *ressarcimento* do prejuízo.⁷¹

De toda sorte, seja porque ocorreram lesões de direito, seja porque foram instituídos sacrifícios de direitos, certo é que o descumprimento do dever de indenizar, em ambos os casos, dá lugar à formação da relação jurídica de responsabilidade, que ocasiona a imposição compulsória da recomposição dos danos.

Note-se assim que a questão não deixa de ser semântica. A classificação varia entre os autores, de modo que se deve observar o conteúdo das lições. Pode-se falar ainda em sacrifícios de direitos não indenizáveis (impostos em caráter geral) e sacrifícios de direitos indenizáveis (causam danos particularizados). E, como já se comentou, a questão não deixa de ser resolvida no âmbito do resultado, ou seja, na configuração e apuração dos danos verificados. A classificação ou conceituação varia, mas o conteúdo do que se veicula não.

Tratando-se de atos lícitos, que de forma indireta impõem sacrifícios de direitos (genericamente considerados) ou lesão de direitos a alguns particulares, que excedem o limite do razoável a que devem se submeter, e, não havendo tal ato – ou sua norma autorizadora – estabelecido indenização

⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 94.

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 95. Vê-se ainda que o autor não afasta o emprego do termo *ressarcimento* à contraprestação precuniária devida em virtude de danos decorrentes da prática de atos lícitos. Pode-se, portanto, reportando ao item 2 deste artigo, afirmar que a questão pode ser analisada como responsabilidade do Estado.

correspondente, nasce a pretensão indenizatória que, até por exclusão, deve ser processada pela modalidade objetiva. Isso porque exigir a submissão do assunto à responsabilidade subjetiva e perquirir de culpa que, dada a licitude do ato, inexistente, deixaria ao desamparo os administrados que tiveram seus direitos sacrificados.

Mas também, em respeito ao bom senso, a relação de causalidade não deve ficar restrita à equação atuação lícita + dano ilícito = indenização. Outros critérios informam essa relação, ou pelo menos deveriam fazê-lo. Falaremos adiante.

Marcelo Caetano⁷² enuncia como requisitos à configuração do dever de indenização pela prática de atos lícitos: (i) existência de um sacrifício especial ou anormal – do que se depreende que não pode incidir sobre a maioria das pessoas ou um grande número delas; (ii) que esse sacrifício seja permanente – ou seja, que altere com contornos de definitividade a esfera juridicamente protegida dos sacrificados; (iii) que não se considere esse sacrifício aceitável.

A respeito da lição, parece oportuno esclarecer que o terceiro requisito indicado pelo autor é dotado de uma carga de subjetividade inegável, posto que a apuração do aceitável deve levar em conta o contexto em que foi editado, inclusive o social. O campo é fértil à aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de aferir a dosagem e o equilíbrio entre o sacrifício e o benefício.

A regra, como se sabe, é reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado diante de comportamentos positivos, ilícitos ou lícitos⁷³, e, ainda para as hipóteses de omissão⁷⁴. Juarez Freitas, entretanto, salienta que a desobediência do dever de proporcionalidade na atuação do Poder Público eiva de antijuridicidades seus atos⁷⁵, podendo-se concluir que, de lícitos, passam a ilícitos.

⁷² CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983. v. 2, p. 1.237-1.239.

⁷³ Quanto ao emprego da expressão responsabilidade, para os atos lícitos, v. item 2.

⁷⁴ Quanto à responsabilidade objetiva para a atuação omissiva do Estado, v. nota 24.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.) *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 186-188.

O princípio da proporcionalidade começou como importante limitador do poder de polícia e se expandiu para princípio vinculante de toda a atividade administrativa, no sentido de que visa à contenção do arbítrio e à moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão. Refere-se à vedação do manejo da autoridade de forma não equânime, à quebra do equilíbrio entre benefício e restrição e vincula-se ao princípio da finalidade.⁷⁶

Os princípios da racionalidade e da razoabilidade⁷⁷ permitem identificar no caso concreto as situações em que o administrador ultrapassa o campo de atuação que lhe foi conferido pela lei e transforma-se em arbitrário, o que o transforma em ato ilícito, porque todo ato arbitrário e excessivo infringe o ordenamento jurídico.

Na responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como causa o fato objetivo da atividade administrativa, regular ou irregular. É imprescindível, todavia, que esse dano seja suscetível de avaliação pecuniária⁷⁸, não se admitindo que a compensação ou a restituição do equilíbrio a que alude o princípio da igualdade seja atingido por prestação material.

Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Difere de condicionar o dano. Ou seja, um ato pode ser condição do dano, mas não sua causa. Pode-se dizer “dar causa”, mas não ser a causa. Nesse sentido ocorre com os atos lícitos. A consequência danosa é indiretamente causada pelo ato lícito, que tem outra finalidade pública que motivou sua edição.

Yussef Said Cahali, a despeito de indicar como fundamento da responsabilidade a causalidade, a indica como pressuposto necessário para configuração do dever de ressarcimento, em qualquer teoria que se adote⁷⁹.

⁷⁶ A respeito do tema, ainda que dentro do contexto da atividade regulatória do Estado, ver: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, p. 69-93, jan./mar. 2003.

⁷⁷ Ele ora aparece como vertente do princípio da proporcionalidade, ora o inverso. De toda forma, fica o registro de sua formulação original como princípio do devido processo legal substantivo.

⁷⁸ LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 119, jul./set. 1996.

⁷⁹ Assim, o prejuízo de que se queixa o particular tem que ser consequência da atividade ou omissão administrativa: “A responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre

Prossegue o autor, reportando-se a lição de Roberto Brebbia, ao elencar as diversas doutrinas a respeito da relação de causalidade. Vale a transcrição, pela profundidade do conteúdo que se extrai da síntese:

“Assim: 1) teoria da equivalência das condições: esta doutrina sustenta que *todas* as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas; portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma *condição* desse resultado para que exista relação causal; um fenômeno é *condição* do outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato conseqüente se teria produzido tal como ocorreu (condição *sine qua non*); 2) teoria da causa próxima e da causa direta: esta doutrina (tal como a da causa eficiente) procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de particular relevância, a que considera *causa*; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua formulação inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar; 3) teoria da causalidade eficiente: de acordo com esta doutrina, as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; *causa* seria, pois, para esta teoria, a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno; 4) teoria negativa de Mayer: M.E. Mayer aceita os postulados da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa do problema da causalidade porque entende que, sendo toda condição *sine qua non* relevante, carece de importância na prática comprovar a existência de uma relação de causalidade para o efeito de imputação das conseqüências; o que resultaria decisivo sob tal aspecto seria a indagação da culpabilidade; 5) teoria da causalidade típica: Beling enuncia uma doutrina que de certa forma conduz também à negação do problema da causalidade, pelo menos dentro do âmbito do direito penal, substituindo-a pela subordinação da ação a um tipo; 6) teoria da causalidade adequada: esta doutrina sustenta, assentando, assim, a sua discrepância fundamental com a doutrina da equivalência, que não basta que um fato seja condição de um resultado para que o

submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor.” (CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 94).

agente se possa considerar *autor* desse evento, *toda vez que as condições não sejam equivalentes.*”⁸⁰

A respeito do assunto, ainda de acordo com o autor, o Supremo Tribunal Federal entende como aplicável ao nexos de causalidade a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexos causal. Por essa linha de pensamento, admite-se o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abrange sempre o dano direto e imediato e, em alguns casos, o dano indireto e remoto – desde que para este não tenha havido concausa (circunstâncias anteriores, concomitantes ou posteriores à ação que impactam o nexos causal, quebrando-o ou o desviando). Aproxima-se, assim, como a grande parte da doutrina, da teoria da causalidade adequada, que permite encontrar soluções coerentes, ou seja, perquirir sobre a causa direta e eficiente. “Em outros termos, e sempre em função das circunstâncias de cada caso concreto, impende considerar se o dano sofrido pelo particular vincula-se direta e adequadamente ao ato (comissivo ou omissivo) imputado ao agente da Administração.”⁸¹

Assim se resolveria a questão dos atos lícitos, cujos danos poderiam ser considerados causados pela atuação da Administração Pública, ainda que indiretamente.

José Joaquim Gomes Canotilho salienta que mesmo em se tratando de atos lícitos, o dano é querido, tendo o agente consciência do prejuízo causado⁸². Fala-se, assim, que haveria verdadeira autorização para causar o dano. Não é a conclusão que se retira da doutrina pátria: ela evidencia sempre o caráter indireto do dano, destacando que o resultado pretendido era, em verdade, a satisfação de determinado interesse público.

No que concerne à restrição do direito de propriedade, quando decorre indiretamente da edição de atos do Poder Público protetivos do meio ambiente, bem oportuna se mostra a lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁸³, sob a rubrica “restrições do Estado sobre a propriedade privada”,

⁸⁰ CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 93-94.

⁸¹ *Ibidem*, p. 100.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, cit., p. 77-78.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 118-128.

introduzindo o assunto com a noção de condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem estar-social, cujo alcance foi se estendendo, para culminar com o princípio da função social da propriedade. Com fundamento nesse princípio, são atualmente impostas obrigações de fazer, resultado do desenvolvimento da noção, que antes abrangia apenas obrigações de não fazer.

Trata, assim, dentre as modalidades de restrições sobre a propriedade privada, das limitações administrativas, que impõem obrigações de fazer ou deixar de fazer, em caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse de todos. Lança mão do critério de atingirem propriedades indeterminadas, sob pena de, na corporificação de uma coisa específica, constituírem servidão administrativa.

O proprietário conserva os direitos inerentes ao domínio, devendo observar as normas que disciplinam o exercício desses direitos e, em princípio, não faz jus a indenização. Claro que se está a considerar a imposição lícita de limitações administrativas, sob pena de transferir a análise da questão para a égide da responsabilidade do Estado por atos ilícitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁴ entende que quando é necessário um ato específico da Administração impondo um gravame, atinge-se o direito e consubstancia-se servidão. Não caberia, assim, falar em limitação administrativa. Entretanto, não compartilha do posicionamento de que as servidões e tombamentos seriam sempre indenizáveis, enquanto que as limitações administrativas não. Nesse sentido, a instituição de reserva legal em área particular constituiria servidão (lembrando que para tanto deve haver averbação da reserva legal na matrícula do imóvel, ensejando mesmo ato específico da Administração Pública).

Pode-se, portanto, situar os atos protetivos do meio ambiente⁸⁵ editados pelo Estado, que culminam por estabelecer obrigações de não fazer aos proprietários, dentro do contexto da prática de atos lícitos que *podem*

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 875-876.

⁸⁵ Saliemos possível impropriedade em utilizar o termo meio ambiente, visto que muitos estudiosos o qualificam como redundante, já que *ambiente* (“aquilo que cerca ou envolve os seres vivos e/ou as coisas”, cf. Aurélio, ‘ambiente’) traria em si o conteúdo de *meio*. Nesse sentido, mas invocando a possibilidade da expressão composta reforçar o sentido do termo, ver: SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19.

gerar danos (resultado ilícito) econômicos a particulares, sendo a questão resolvida na esfera da responsabilidade do Estado, tendo em vista que não constituem medidas adotadas para impingir restrição direta e determinada a imóveis em particular, mas sim visam à proteção da biodiversidade local, levando em conta a extensão dela para sua delimitação. Diferem, é bom repetir, da desapropriação, ato cuja finalidade é mesmo aniquilar a propriedade, o bem material, não apenas condicionar-lhe o exercício do direito pertinente.

O direito de propriedade, assim como qualquer outro, não é absoluto, admite condicionamentos, tudo para normalizar⁸⁶ as relações entre os administrados. Assim, o proprietário de área que abrigue mata preservada não pode desmatá-la, mas isso não significa que não possa dar outra destinação à área.

No mesmo sentido, o fato do loteador ter que reservar áreas públicas em seu empreendimento⁸⁷, e até mesmo doá-las à Municipalidade local, não lhe confere o direito de pleitear indenização pela restrição desse uso. Não há excesso ao condicionamento de direitos. E por quê? Porque o proprietário pode utilizar o restante de sua área, e as áreas públicas doadas, em verdade, atendem à “compensação”⁸⁸ ambiental e social pelo adensamento da região. Há casos, inclusive, de valorização do lote, em razão das áreas públicas.

Ainda que esses atos atacados possam constituir o excesso a que aludiu Carlos Ari Sunfeld para qualificá-lo como indenizável, certo é ser preciso analisar o conteúdo do ato protetivo do meio ambiente que ensejou a restrição ao direito de propriedade, para verificar eventual adequação de eventual pretensão indenizatória.

Nesse contexto, o essencial é a identificação do dano indenizável, dado que sua extensão acaba por identificar qual a modalidade de restrição sobre a propriedade privada que incide, representando critério objetivo

⁸⁶ Do sentido de norma pode-se mesmo colher a função de normalizar as relações em coletividade.

⁸⁷ Pelo artigo 4º da Lei n. 6.766/79, eram fixadas em 35% da área total do terreno; com a alteração do dispositivo legal pela Lei n. 9.785/99, a competência para estabelecimento do percentual mínimo de áreas públicas passou às Municipalidades.

⁸⁸ Não se está a falar de “compensação ambiental” como instituto do direito ambiental. O termo deve ser tomado em sua acepção corriqueira, trivial.

para a compensação dos prejuízos decorrentes da atuação lícita do Poder Público, na sua exata medida, sem onerar os cofres públicos com valores desarrazoados nem negar vigência ao princípio da igualdade de repartição dos ônus entre os administrados.

3.1 Fundamento e objetivo da responsabilidade

Não obstante muitos autores entendam que as teorias sobre a responsabilidade civil tendem a evoluir para adotar a da responsabilidade objetiva, indicando como indícios dessa “contaminação” o conceito de culpa presumida (que seria, em síntese, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo), a responsabilidade subjetiva resiste como regra geral no direito privado. A culpa permanece como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar.

A transposição das idéias da teoria da culpa civilista para a responsabilidade subjetiva do Estado resultou no desenvolvimento da teoria da culpa administrativa. Por ela, só assiste direito a indenização àqueles que comprovem a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* por parte dos representantes do Poder Público. Deve necessariamente haver violação de dever jurídico, do que se pode inferir que a responsabilidade subjetiva do Estado deve necessariamente envolver a prática de atos ilícitos.

Distingue-se esta teoria da preceituada pelo Código Civil porque não é necessário promover a individualização da culpa. A culpa é do próprio serviço público, diversamente do que ocorre na teoria civilística, em que:

“O individualismo jurídico fundamenta a responsabilidade civil na idéia de culpa. Todo dever jurídico, nessa filosofia, há de resultar da vontade individual. Uma vez que a responsabilidade civil de uma pessoa consiste na obrigação de reparar o dano que causou, só se explica e determina por atividade ou abstenção ilícita. Assim, a noção de culpa surge como construção técnica necessária a fundamentar essa obrigação. Elaborou-se, em consequência, a teoria subjetiva da responsabilidade.”⁸⁹

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 450.

A aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado para os casos de omissão é defendida por reconhecida doutrina, como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou a ‘falta do serviço’ quando este não funciona, *devendo funcionar*, funcional mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva.”⁹⁰

Nos casos em que a responsabilidade processa-se pela modalidade subjetiva, portanto, consentiu-se que se fundava na culpa, cuja presença constitui requisito à configuração do nexo de causalidade.

Oportuno registrar que se pode discordar da qualificação da culpa como *fundamento* do dever de ressarcimento, sendo mais adequado afirmar-se que ela é *forma* de imputação de responsabilidade, não seu fundamento. Não se deve olvidar que o princípio da legalidade informa o próprio instituto da responsabilidade do Estado, uma vez que instituído como peça do Estado de Direito, de forma que calha à utilização.

Entretanto, tratando-se de responsabilidade objetiva, foi esclarecida a prescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração do dever de indenizar, bastando a verificação do nexo de causalidade entre a atuação do Poder Público e o evento danoso, e desde que não incidente nenhuma excludente de responsabilidade.

O fundamento da responsabilidade objetiva, que não se confunde com as condições e causa do ressarcimento ou indenização, refere-se à justificativa da existência do instituto⁹¹, de forma que não se confunde com o risco, à semelhança da crítica feita à culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 967.

⁹¹ *Ibidem*, p. 970.

André de Laubadère assim manifestou-se, deduzindo que a culpa não seria fundamento da responsabilidade, mas somente condição para sua verificação: “*La faute (ou le risque) constituent seulement la condition exigée selon les cas pour que l’administration soit t  ue de r  parer mais non le fondement, c’est-   dire la justification de la responsabilit  .*”⁹²

Refutados a culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade do Estado, coube    doutrina encontrar novos rumos.

Ren   Chapus⁹³ indicou como fundamento da responsabilidade do Estado fato de outrem, visto que o Estado integra a rela  o jurídica diretamente, mas atua sempre por intermédio de seus agentes.    o que o autor chama de risco-proveito, uma vez que auferir proveito da atua  o de seus agentes, de modo que fica obrigado a responder pelos danos que eles, na mesma qualidade, causem a terceiros.

Para o jurista, a responsabilidade do Estado    indireta, o que não recebeu integral concordância de muitos doutrinadores, que viram uma aproxima  o indesejada de sua teoria com o direito civil, afastando-se do direito público.

Distanciando-se desse posicionamento, houve quem reputasse como fundamentos da responsabilidade do Estado o nexos de causalidade entre a atua  o da Administra  o e o evento danoso e a lesão sofrida.⁹⁴

Entretanto, tecnicamente, parecem acertados os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, no que concerne aos fundamentos da responsabilidade. Para ele, quando se trata de atos lícitos, o dever de

⁹² LAUBAD  RE, André de. *Traité de droit administratif*. 7.   d. Paris: LGDJ, 1976. v. 1. p. 704. Tradu  o livre: A culpa (ou o risco) constituem somente a condi  o exigida, de acordo com os casos (*concretos*), para que a Administra  o seja obrigada a indenizar, mas n  o seu fundamento, ou seja, a justificativa da responsabilidade.

⁹³ “*En principe, la responsabilit   de la puissance publique est une responsabilit   pour faute. C’est dire, s’agissant des personnes publiques et, d’une façon générale, des personnes morales (par exemple, sociétés concessionnaires ou sociétés d’entreprise de travaux publics) que l’engagement de leur responsabilit   est subordonné    la faute d’un (au moins) de leurs représentants, agents ou préposés, puisqu’une personne morale (qui est une abstraction) ne saurait ni vouloir, ni agir, ni commettre de faute. Par conséquent, la responsabilit   pour faute des personnes publiques (notamment) appar  t comme une responsabilit   du fait d’autrui, analogue    la responsabilit   des commettants du fait de leurs préposés    laquelle se rapporte l’article 1384, al. 5, C. civ.*” (CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 15.   d. Paris: Montchrestien, 2001. v. 1, p. 1.293).

⁹⁴ CAVALCANTI, Amaro, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 284.

indenizar decorre do princípio da igualdade, por meio do qual não pode apenas uma parte dos administrados ser onerada por um benefício destinado a todos. Já no caso de atos ilícitos, o dever de ressarcimento é decorrência direta da aplicação do princípio da legalidade, ou seja, é a contrapartida da infração legal.⁹⁵

Diria, apenas, em acréscimo, que a incidência dos princípios mencionados pelo autor é recíproca, tratando-se a aplicação dos mesmos, respectivamente, de forma precípua, mas não exclusiva. Isso porque tanto o princípio da igualdade quanto o princípio da legalidade informam o Estado de Direito e, por consequência, a responsabilidade do Estado constitui garantia dos administrados, face à ingerência da Administração em suas esferas particulares.

Guido Zanobini compartilha do fundamento principiológico, valendo transcrever sua lição para as hipóteses de atos lícitos:

“De outro lado, pode ocorrer que uma responsabilidade derive de um evento danoso, mesmo se ele deriva ou é consequência de uma atividade lícita e legítima. O mesmo não vale no tocante aos particulares, os quais devem responder unicamente pelos atos contrários ao direito e apenas nesta situação, isto é, haja ou não haja também um dano a ser reparado. Isso revela um fundamento diverso da responsabilidade nos dois casos: para os particulares deve-se procurar na regra geral de obediência à lei e de observância de cada dever a eles imposto pelo ordenamento; para o Estado e para os entes públicos, mesmo não sendo estranhas as razões acima, a responsabilidade se baseia especialmente no princípio mais substancial de justiça distributiva, que tende a evitar qualquer dano injustificado e não repartido de forma equânime entre todos os administrados.”⁹⁶

⁹⁵ “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.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 971).

⁹⁶ “D'altra parte, può darsi che una responsabilità derivi da un evento dannoso, anche se questo sai conseguenza di un 'attività lecita' e legittima. Regole opposte valgono nei riguardi dei privati: i quali devono rispondere unicamente degli atti contrari al diritto e solo in quanto tali: vi cia, cioè, o non vi

Otto Mayer busca fundamentar o cabimento da indenização no princípio da equidade, de tal forma que quando o indivíduo é submetido a um sacrifício especial⁹⁷ frente aos demais administrados, se caracteriza o nexo de causalidade entre o evento danoso e a atuação lícita ou não do Poder Público.

Maurice Hauriou⁹⁸ fundamenta o cabimento da responsabilidade objetiva do Estado na contrapartida do enriquecimento sem causa, enquanto Léon Duguit⁹⁹ refere-se à segurança social, de forma que sempre¹⁰⁰ que houver dano ao administrado, haveria obrigação de repará-lo.

Weida Zancaner, embora acolha a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello quanto a fundamentação da responsabilidade, preceitua que a causa de imputação – que difere de fundamento – da responsabilidade do Estado é o dano antijurídico, conceituado como “todo aquele que, proveniente de atividade lícita, constitua flagrante injustiça, pois injustiça é gênero de que a antijuridicidade é espécie; dessa forma, o dano lícito será antijurídico caso seja anormal e especial, não havendo por que não conceituar o dano anormal e especial como antijurídico”.¹⁰¹

Mencione-se ainda o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa¹⁰², o que já seria suficiente, *per si*, para justificar a indenização.

*cia anche un danno da riparare. Cio rivela un diverso fondamento della responsabilità nei due casi: pei singoli, questo è da ricercare nell'obbligo generale di obbedienza allá legge e di osservanza di ogni dovere loro imposto dall'ordinamento; per lo Stato e per gli enti pubblici, purê non essendo estranee tali ragioni, la responsabilità si basa specialmente sopra un principio piú sostanziale di giustizia distributiva, che tende ad evitare qualunque danno ingiustificatoe non equamente ripartito su tutti i consociati.” (ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, cit., v. 1, p. 336. Nossa tradução).*

⁹⁷ O sacrifício especial mencionado pelo autor configura-se quando os prejuízos sofridos afetam o indivíduo de maneira desigual e desproporcional e se traduz em dano material que, não compensado, ensejaria enriquecimento sem causa. (MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Traducción de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Arayú, 1954. p. 215-218).

⁹⁸ Nesse sentido, as expropriações, diretas e indiretas, requisições, danos oriundos de atividades lícitas constituiriam, na falta de indenização, enriquecimento sem causa da Administração. (HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public français*. 11. éd. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 336).

⁹⁹ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1952. v. 3. p. 459-537.

¹⁰⁰ A configuração de dano indenizável será abordada no item 3.2, não se devendo ler o termo “sempre” como conclusivo.

¹⁰¹ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 56.

¹⁰² A respeito do tema, ver: NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Carmen Lúcia Antunes Rocha indica o princípio da legalidade como instrumentalização da justiça material, mas que carece de outros princípios para lhe darem efetividade. Nesse passo, menciona que o princípio da responsabilidade estatal dá a medida do caráter democrático de um Estado de Direito. “Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela aplicação deste princípio se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado, e principalmente, a medida de efetividade do princípio da legalidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.” E mais adiante, afirma que “a responsabilidade é princípio, perpassando todo o sistema jurídico democrático e afetando-o em sua interpretação e aplicação”.¹⁰³

O objetivo claro da indenização e decorrência de seu fundamento é a manutenção do equilíbrio entre as partes, devolver ao particular o prejuízo que lhe foi imposto involuntariamente, como desdobramento do princípio da igualdade diante dos encargos públicos.

Até por isso, Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁰⁴ retira da responsabilidade do Estado a condição de instituto sancionador. Vale a transcrição:

“Atos lícitos ou ilícitos do Estado podem dar azo à aplicação do princípio da responsabilidade e a natureza jurídica obrigacional daí resultante surgirá da mesma raiz do direito, mas com matizes específicos. Afasta-se de qualquer das figuras de responsabilidade estatal oriundas daqueles atos a natureza de sanção, que outras searas jurídicas acolhem. Responsabilidade do Estado não é instituto sancionador, é instituto restaurador de direito. O que se busca é a tutela do espaço juridicamente protegido daquele que sofreu dano em virtude da atuação estatal, não a detração do autor do dano. O enfoque do princípio recai sobre o particular que suportou, sem obrigação jurídica, própria e válida, o dano e não sobre o Estado que lhe deu causa.

¹⁰³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, cit., p. 81 e 83.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 84-85.

A responsabilidade, na hipótese aqui cuidada, não é punição do Estado, é proteção ao direito do particular. O comportamento estatal do qual decorreu o dano pode até ser, e muitas vezes o é, efetivamente, reprovável, censurável, inválido juridicamente; outras vezes, não. Nada disto muda a imprescindibilidade e extensão do princípio da responsabilidade, pois não se busca por esta figura a reprovação do Estado; procura-se a proteção do indivíduo; não se busca a repulsa da entidade pública, mas a sua correção e coerência aos ditames da justiça, pela priorização do indivíduo que nele se encontra e dele necessita.”

E, embora não entenda relevante distinguir a juridicidade da conduta do Estado para fins de fixação de indenização, transferindo para a configuração desse dever a situação do particular e a sua vinculação com o Estado, a que acrescenta que, para aplicação do princípio da responsabilidade, é imperiosa a presença do elemento dano proveniente da atuação do Poder Público, reputa fundamentos diferentes ao restabelecimento das condições anteriores, quando se trata de atos lícitos e de ilícitos. Eis a lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“Há, em ambas as hipóteses, uma satisfação pelo dano provocado, mas tem-se assentado, já agora com alguma frequência e louvável rigor jurídico, que, enquanto o dano decorrente de ato estatal lícito demanda o suprimento patrimonial de natureza compensatória, o dano oriundo do cometimento estatal ilícito requer o ressarcimento de natureza reparatória. É que naquele caso, de que se precisa é do reequilíbrio jurídico da situação do particular através da neutralização patrimonial do dano ocorrido, enquanto neste o que se aspira é a restauração do estrago pela retratação estatal que se converte em espécie pecuniária; naquele há uma recomposição, neste há um saneamento da esfera juridicamente protegida de alguém atingido pelo comportamento do Estado.”¹⁰⁵

A contrapartida do princípio da igualdade em favor do Poder Público pode ser exemplificada pela contribuição de melhoria. Caso um número restrito de particulares seja beneficiado com a valorização de seu imóvel

¹⁰⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, cit., p. 85.

em decorrência de uma obra pública, poderá haver a cobrança de contribuição de melhoria (art. 81 e ss. do CTN), cujo escopo é devolver aos administrados em geral o que alguns poucos receberam sem que tivessem feito jus a tanto.

Por fim, cumpre registrar que decorre da aplicação do princípio da igualdade diante dos encargos públicos uma forma de controle da própria Administração Pública, visto que, ainda que àquela seja possível sacrificar interesses particulares em prol de atender interesses públicos primários, deve fazê-lo com fundamento no ordenamento jurídico em vigor, do qual também se retira a adequação da medida e sua extensão, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.2 Caracterização e apuração do dano indenizável

Ao Estado cabe invocar a ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade para descaracterização do nexo de causalidade que obrigatoriamente deve existir para configurar o direito a indenização, enquanto que a vítima, além do nexo de causalidade, deve provar a existência do evento danoso. Quanto a isso não há objetivação ou presunção de existência, pena da mais flagrante violação do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Das lições de Álvaro Villaça Azevedo, tira-se que “todo patrimônio se compõe de bens materiais e imateriais, quando, pelo ato ilícito de quem não seja seu titular, ele vier a perder-se, em uma parte ou totalmente, ocorrendo uma diminuição pecuniária, em dinheiro, o prejuízo material concretiza-se”¹⁰⁶. Conforme for material ou imaterial o prejuízo, o dano será material ou moral.

Nesse ponto, a responsabilidade do Estado aproxima-se do instituto correspondente no direito privado¹⁰⁷. Dano, na definição de Maria Helena

¹⁰⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura: alguns casos de indenização no direito do trabalho, cit., p. 633.

¹⁰⁷ “As regras pertinentes à indenização não apresentam maior peculiaridade em face do direito administrativo. Aplicam-se os princípios e as regras de direito comum, seja no tocante ao dano material ou ao dano moral. Normalmente, as dificuldades envolverão a questão da prova.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 823).

Diniz, “pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.¹⁰⁸

Lesão, portanto, compreende os danos reais oriundos do fato lesivo. O dano pode ser direto – quando decorre da ação como consequência imediata – ou indireto, quando consiste numa consequência da perda imediatamente sofrida pelo lesado. Tratando-se de interesse público, caracteriza-se a impossibilidade de restabelecimento material da situação anterior, de forma que a situação resolve-se pela indenização pecuniária.

Ela, por sua vez, abrange o dano emergente, que é exatamente o que o lesado perdeu, o *deficit* e o lucro cessante, que consiste no aumento do patrimônio que seria experimentado pelo indenizado. Ambos exigem prova de concretude, o que significa que mesmo o lucro cessante deve ser certo, não podendo configurar mera possibilidade, o que leva Maria Helena Diniz a falar em *probabilidade objetiva*.¹⁰⁹

O critério para composição dos danos materiais está fixado no artigo 402 do Código Civil, que dispõe abrangerem, as perdas e danos devidas ao autor, “além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Compreendem, como dito, o dano emergente e o lucro cessante. “Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. (...) Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda do ganho esperado.”¹¹⁰

Assim, no que concerne ao dano, temos que deve ser certo e não eventual, deve causar lesão a um direito, ou seja, configurar lesão jurídica, além de lesão econômica¹¹¹. No caso de atos lícitos, ressalta-se a necessidade dos danos também serem a) especiais: oneram situação particular

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7. p. 66.

¹⁰⁹ “Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda da chance, de oportunidade ou de expectativa, que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão julgante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar *seu quantum*.” (DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 72).

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 629.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 985-986.

de alguém ou de alguns, o que afasta a característica de generalidade, já que não recaem sobre a coletividade de forma genérica e abstrata; b) anormais: superam os agravos inerentes ao convívio social, tendo em vista que “a vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais”.¹¹²

Sem a anormalidade e a especialidade do dano porventura causado, o ato fica reduzido a restritivo de direito apenas, não sujeito à indenização. Plenamente aceitável que sejam exigidas certas características diferenciadas para a configuração de dano indenizável, quando decorrente de atuação estatal lícita. Devem os danos, nessa linha, exceder a dimensão do exigível dentro das necessidades sociais em questão, bem como configurar particularização do resultado, não se entendendo o critério da especialidade como aplicável somente ao ato causador do dano.

Nesse sentido:

“Subsiste, porém, entre os danos provenientes de ato lícito, um que, por seu grau, por seu porte, implica em indenização ou ressarcimento, e usamos as duas expressões porque, entre nós, elas são e devem ser sinônimas, esta espécie de dano anormal e especial que, por onerar um particular de modo abusivo, merece ser repartido, o que só se pode fazer mediante indenização efetuada pelo Estado. Dessa forma, o efeito é o mesmo, pois, se lícito o ato, mas anormal e especial o dano, exigível se torna o ressarcimento, visto que o dano anormal e especial configura só por si uma injustiça, e a forma de reparação não há por que ser diversa daquela existente para a reparação dos danos provenientes de atos ilícitos.”¹¹³

Dano antijurídico, na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes¹¹⁴, seria aquele suscetível de avaliação econômica, efetivo e individualizável, podendo surgir da atuação lícita ou ilícita da

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 987.

¹¹³ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 40.

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 319-320.

Administração Pública. Não se considera nenhum limite de tolerância para sacrifícios dos direitos dos administrados no caso da atuação lícita. Havendo possibilidade de expressão monetária, deve ser indenizado. Não se funda a teoria no princípio da igualdade dos administrados frente aos encargos públicos para aferição do cabimento de indenização. Para identificação do dever de indenizar, basta a verificação da ocorrência de dano antijurídico, visto que a análise desloca-se para a ilicitude do evento danoso.

O raciocínio exposto, embora apresente fundamentos sólidos, deixa de considerar o aspecto do benefício trazido pelo ato lícito à sociedade como um todo. Sim, porque se o dano é especial – ou seja, atinge parcela reduzida e específica da sociedade, o benefício é geral, aproveita a todos. De forma que não parecem ser duas situações *idênticas*.

Weida Zancaner, além de reputar fundamental distinguir entre atos lícitos e ilícitos, tendo em vista a necessidade dos administrados suportarem cargas inerentes aos condicionamentos de direito, que podem ainda se adjetivar de proporcionais, nas hipóteses de indenização decorrentes de danos causados pela atuação lícita da Administração, estabelece que o prejuízo deve ser anormal e especial, o que lhe conferiria o caráter de flagrante injustiça.¹¹⁵

Haveria, sob essa perspectiva, duas análises de conteúdo a serem feitas: uma pertinente ao conteúdo da restrição, do que se depreenderia o caráter de licitude da medida – seria o exame de legalidade; outra sobre o conteúdo do dano, para qualificá-lo como injusto ou não. Dano antijurídico para a autora, então, constituiria injustiça. Assim, passado o crivo da legalidade e constatado que o dano decorreu de atuação lícita da Administração Pública, o mesmo deve então ser qualificado como especial e anormal, para configurar dano antijurídico e, via de consequência, ser indenizável.

Em que pese essa exposição, parece que os critérios de anormalidade e especialidade exigidos para a configuração do dano indenizável trariam consigo a carga de injustiça pretendida pela autora. Entretanto, a identificação do justo toma rumos filosóficos, posto que se o ato lícito era necessário, oportuno, regular, válido e tinha finalidade pública, talvez se possa

¹¹⁵ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 44-45.

refutar o argumento de que o dano causado – de forma indireta – fosse injusto. Ele, para fins de configuração do dever de indenizar, será ilícito porque afetou esfera juridicamente protegida do particular e, somente sob a óptica dele poderia ser qualificado como injusto.

Rui Stoco discorda da extensão de antijuridicidade conferida por Weida Zancaner, visto que não vê o instituto como espécie do gênero injustiça. Antijurídico seria, nesses termos, o que se contrapõe ao jurídico, ao ordenamento jurídico num Estado de Direito. Nem tudo que é injusto, prossegue, é ilegal. Diz o autor que “o conceito de antijuridicidade é eminentemente objetivo, na medida que traduz um adjetivo, um qualificativo, estando sempre em contradição com a ordem jurídica, independentemente da percepção pessoal de cada um”.¹¹⁶

Não basta, portanto, que o dano seja injusto, embora essa característica *possa* ensejar a infração ao ordenamento jurídico que lhe conferiria o *status* de antijurídico.

Carmen Lúcia Antunes Rocha¹¹⁷ também reputa essencial a injustiça do dano, mas cuja conceituação acaba vinculando-o de forma indissociável à condição de antijuridicidade. Assim:

“Dano injusto é a ofensa imposta ao patrimônio jurídico do particular, criando-se uma situação de agressão aos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. A apuração objetiva da injustiça do dano repousa no cotejo da situação patrimonial juridicamente prevista e assegurada ao indivíduo e a situação criada pelo comportamento estatal. Tem-se, disto, que o dano injusto é objetivamente considerado por meio da identificação da lesão jurídica.”

¹¹⁶ STOCO, Rui, Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza, cit., p. 126. Em outra obra, o autor analisou a relação entre ilicitude e injustiça, da qual se destaca o seguinte trecho: “Antes de mais nada, para melhor defini-lo, é necessário que não se confunda *ilícito* com *injusto*. Se a ilicitude é um predicado da ação, o atributo com que se qualifica uma ação para denotar que é contrária ao ordenamento jurídico, o injusto ‘é um substantivo que se emprega para denominar a ação mesma já qualificada como antijurídica; o injusto é, portanto, a própria conduta antijurídica’. Ilicitude, é, em resumo, a relação de contrariedade entre a conduta humana e as exigências do ordenamento jurídico, idônea a produzir a lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico devidamente protegido.” (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 132-133).

¹¹⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, cit., p. 101.

Dessa forma, para que um dano seja indenizável, portanto, não basta ser econômico, deve constituir dano jurídico, qual seja, ofensa a um bem jurídico protegido pelo ordenamento, reconhecido como um direito do administrado. É o que Renato Alessi¹¹⁸ define como lesão jurídica, além da econômica.

Celso Antônio Bandeira de Mello também reputa fundamental ter havido dano que corresponda a uma lesão jurídica, além da econômica. Não se deve confundir, portanto, dano patrimonial com dano em direito¹¹⁹. Quando decorrentes de atos lícitos, somados – e apenas somados, ensejam o dever de indenizar. O sistema normativo deve proteger o bem jurídico atingido, reconhecendo-o como direito do administrado.

Tem-se, portanto, que a obrigação de indenizar em decorrência da prática de atos lícitos não é absoluta. Aliás, pode-se mesmo inferir essa conclusão da responsabilidade objetiva, na medida que a configuração do nexo de causalidade faz nascer aquele dever, mas não confere ao lesado certeza na procedência do pedido ressarcitório. A prova dos danos não só lhe incumbe, como eles devem obedecer aos requisitos próprios do direito comum.

Quanto ao dano moral, pode ou não ter reflexos patrimoniais, mas é indenizável em ambos os casos. No primeiro caso, pode ser feito por arbitramento; no segundo, pode-se considerar algum outro fator mais concreto para a apuração do valor. As dificuldades de apuração dos danos morais não são objeto central deste trabalho, principalmente em virtude da sua complexidade. Valem, contudo, breves comentários sobre a matéria.

A natureza não econômica do dano moral impede uma avaliação pecuniária precisa, de modo que a indenização traduz-se num conforto à vítima.¹²⁰

¹¹⁸ ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 259-261.

¹¹⁹ “O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá. O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediendo a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 984-985).

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 806-807.

O ordenamento francês também caminhou nesse sentido. Havia resistência em indenizar só os danos morais (*les larmes ne se monnaient pas*¹²¹), mas o contraste casuístico gerado inverteu a conclusão. Como exemplo, menciona-se que ocasionar lesões corporais em um adulto resultaria em indenização, mas a morte de uma criança, sob o raciocínio então adotado, não acarretaria ressarcimento, visto que uma criança não tem repercussão econômica¹²². O absurdo da solução ensejou alteração de posicionamento jurisprudencial na França.

Parece, contudo, que o dano moral decorrente de ato lícito não se mostra recorrente. É preciso que haja possibilidade de expressão monetária para que seja atendido o princípio da igualdade da repartição dos ônus entre os administrados. Não há como negar a dificuldade de ilustrar uma hipótese de dano moral decorrente de atuação lícita.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal estabelece que a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas acarreta direito à indenização por dano material ou moral. No entanto, parece que a licitude da conduta do Poder Público afastaria a violação dos bens juridicamente protegidos, porque fundada em outras normas constitucionais. Assim, a interpretação sistemática levaria o ato lícito a não configurar violação desses direitos.

Calham os ensinamentos de Cristiane Derani¹²³ que, sintetizando o pensamento de Ronald Dworkin¹²⁴, dispõe serem os princípios normas que versam a respeito de algo a ser realizado o mais amplamente possível, dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos. Seriam mandados de otimização que podem ser preenchidos em diferentes graus. Por-tariam em si pressuposto de fato suficiente a caracterizá-los como norma, muito embora a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras. Estas poderiam ser colocadas como concreção daqueles. O conteúdo dos princípios só é plenamente observável quando de sua aplicação e compreensão corresponder o entendimento de seus limites, ou seja,

¹²¹ As lágrimas não se pagam com dinheiro (Nossa tradução).

¹²² RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 305 e ss.

¹²³ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 48-51.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

o conhecimento de um princípio é permitido pela contraposição e análise conjunta com outros princípios e a realidade em que se insere. Regras são normas que podem ou não ser preenchidas, inexistindo gradação de preenchimento. A vigência de uma norma exige que seja cumprido seu mandamento, nem mais, nem menos. Assim, a distinção entre regras e princípios é qualitativa, inexistindo distinção hierárquica em grau de importância.

Prossegue a autora, no que concerne à colisão de princípios e conflito de regras, dispondo que duas normas, utilizadas independentemente, podem trazer resultados inconciliáveis uma com a outra. Por outro lado, quando dois princípios colidem, um dos princípios dá lugar ao outro, pelo simples raciocínio de precedência de um sobre o outro dentro de determinada situação concreta. Há diferença de pesos entre os princípios conforme o caso concreto, pesos esses definidos pela sociedade em dado contexto e controláveis pelo princípio da proporcionalidade. Assim, a precedência de um princípio sobre outro numa situação não declara a não aplicabilidade do outro para outras situações, permanecendo válido como norma dentro do ordenamento. O conflito entre regras desenvolve-se na dimensão da validade, não de pesos.

Parece acertado dizer que, no caso de danos morais, estaríamos diante mais de um embate de princípios que de regras, de forma que não seria conciliável a solução de dano moral decorrente de atuação lícita da Administração Pública, dada a carga de subjetivismo que implicaria. Para ser indenizável, o dano deve ocasionar restrição na esfera juridicamente protegida da vítima – é a carga de ilícito que todo dano, para ser indenizável, traz em si – e deve ser objetivamente exprimível em moeda corrente, inclusive sob pena do Estado ser alçado à condição de segurador universal.¹²⁵

Não se mostraria a violação ao princípio da igualdade dos administrados diante dos encargos públicos, visto que a aferição dos danos morais depende de apreciação subjetiva da ofensa, sendo que o princípio da responsabilidade do Estado exige que se restabeleça a situação anterior, o que, no caso de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem não seria possível obter. Reforce-se nesses casos ser cabível compensação

¹²⁵ A expressão “segurador universal” é utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se referir à responsabilidade do Estado por omissão, mas se mostra apropriada à hipótese em comento. (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 979).

monetária arbitrada dentro de critérios, ainda que os mais objetivos possíveis, variáveis caso a caso. O conforto a que se visa com a indenização não é efetivamente exprimível em dinheiro.

Dessa forma, que a Constituição Federal não faça distinção entre os atos lícitos e os ilícitos como fonte de obrigação de indenizar vá lá, mas não se pode fazer tábula rasa dos demais princípios que informam o ordenamento jurídico, quando da apuração dos danos indenizáveis.

Neste ponto, oportuno registrar, ainda que se destine à responsabilidade do direito comum – que se sabe ser regida pela modalidade subjetiva, a norma do artigo 944, parágrafo único do Código Civil de 2002, da qual se pode extrair a preocupação do legislador com a adequada proporcionalidade da indenização: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Ainda que se trate de norma excepcional, que a prudência recomenda interpretar-se restritivamente, não deixa de representar corroboração ao que aqui se argumenta, de que o elemento subjetivo pode sim influenciar na fixação da indenização, evitando condenações desproporcionais.

Colhe-se exemplo ilustrativo da jurisprudência francesa, ao analisar o caso *Deberles*¹²⁶: em caso de demissão injusta de funcionário, decidiu-se por indenização equivalente ao total dos vencimentos que deveria ter recebido, *menos* o que conseguiu obter com seu trabalho durante o período da demissão. A fórmula adotada pelo Conselho de Estado francês é precisa para restabelecer o equilíbrio, afastando a configuração de enriquecimento sem causa.

A questão é casuística. Apurar o dano depende do caso concreto, exige bom senso e ponderação. Há que se observarem os critérios para caracterização do dano, supra mencionados, apurando-lhe a estrita medida do prejuízo. E, no caso de atos lícitos, há que se perquirir sobre o cabimento de inclusão de acréscimos ao valor do dano propriamente dito, tais como lucros cessantes e, em alguns casos, juros compensatórios.

¹²⁶ BRAIBANT, Guy et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 6. éd. Paris: Sirey, 1974, p. 210-213.

Sabe-se que a liquidação dos danos depende de prova, que já se mencionou incumbir ao lesado, não ao Estado, dito que a objetivação é da responsabilidade, não da indenização. E, diversamente da responsabilidade contratual – que admite a existência de dano presumido, de que é exemplo a mora – a responsabilidade extracontratual exige a efetiva materialização do dano.

A inclusão dos lucros cessantes não é afastada de plano, mas exige ainda maior cautela, lembrando que se está na seara de aplicação do princípio da igualdade dos administrados diante dos encargos públicos. Ou seja, qualquer excesso representa enriquecimento ilícito em detrimento dos demais e também viola dito princípio. Nesse contexto, o Código Civil francês consagra a existência dos juros de mora, que se diferenciam dos juros de dano¹²⁷, estes cabíveis apenas quando da má fé do devedor.

Ou seja, enquanto que o dano emergente consiste no prejuízo causado em direitos já existentes na titularidade da vítima, o lucro cessante representa os danos referentes a direitos ainda não pertencentes ao lesado. Dano futuro, assim como lucro cessante, deve se distanciar de dano hipotético e consubstanciar algo além de expectativa de direito.

4 Considerações finais

O pensamento exposto neste trabalho corrobora que o Estado está sujeito à responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da

¹²⁷ Artigo 1.153 do Código Civil francês. Permite ainda que o juiz altere o termo inicial dos juros de dano: “Article 1.153 - Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. Article 1.153-1 - En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement. En cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa.”

Constituição Federal, pelos atos praticados em decorrência do exercício de qualquer de suas funções. Não obstante, resistindo a responsabilidade subjetiva como regra geral no direito privado, pode-se defender a aplicação dessa modalidade para os casos de omissões da Administração Pública.

No que concerne à Administração Pública, a prática de atos positivos, ainda que lícitos, pode causar repercussão negativa no patrimônio de alguns particulares, ou seja, pode ensejar a ocorrência de danos indenizáveis, até porque seria incompatível com o princípio da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos deixar os administrados sem reparação. Nesse contexto, não se dispensa totalmente a presença do ilícito, só que ele sai da esfera do sujeito ativo e passa à esfera do resultado experimentado pelo sujeito passivo da relação jurídica.

A esses casos mostra-se mais adequada a subsunção à regra da responsabilidade objetiva, dado que se pode afirmar não haver o elemento culpa a ser considerado para fins de dever de indenização. Nessa linha, o Estado não causa os danos de forma *direta*, mas participa em algum momento de sua formação, estabelecendo outra relação jurídica. Diferem, portanto, substancialmente das situações em que o Poder Público pratica ato cuja finalidade é aniquilar o patrimônio ou direitos de particulares para atendimento do interesse comum, do que é exemplo clássico a desapropriação.¹²⁸

Sabe-se ser inerente à vida em sociedade o dever de suportar certas limitações administrativas ou, mas genericamente, intervenções públicas na esfera jurídica dos administrados, que não deixam de ser vertentes do poder de polícia e que podem se converter em direito à indenização, nas hipóteses de caracterização de dano especial e anormal. Essa ponderação deve levar em conta medidas de racionalidade e razoabilidade, para que se repute presente o dever de indenizar somente quando o ato lícito importar onerosidade excessiva ou eliminar o conteúdo mínimo do direito.

O objetivo claro da indenização e decorrência de seu fundamento é a manutenção do equilíbrio entre as partes, de forma que os danos indenizáveis devem corresponder ao prejuízo comprovado do particular. Relevante mostra-se o exame de juridicidade da conduta do Estado para, em

¹²⁸ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit. (vide item 2).

se tratando de conduta lícita, exigir os requisitos de anormalidade e especialidade para o dano ser considerado indenizável, neutralizando-se posicionamentos que culminam por objetivar a indenização, não a responsabilidade.

5 Referências

ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939-1941. v. 1-2.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos. In: CASELLA, Paulo Borba et al. (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares (amicorum discipulorum liber)*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7-23.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. 1979. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1979.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. Alguns casos de indenização no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 100, p. 13-37, out./dez. 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BRAIBANT, Guy et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 6. ed. Paris: Sirey, 1974.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983. v. 2.

_____. Da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 100, p. 323-336, out./dez. 1988.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 15. éd. Paris: Montchrestien, 2001. v. 1.

_____. *Responsabilité publique et responsabilité privée*. Paris: LGDJ, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DEBBASCH, Charles. COLIN, Frédéric. 7. éd. *Droit administratif*. Paris: Economica, 2004.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 19-33, jan./mar. 1948.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1952. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FREITAS, Juarez. Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.) *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 186-188.

_____. A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 241, p. 21-37, jul./set. 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1977. v. 2.

GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, n. 7, p. 11-49, jan./abr. 1952.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANNINI, Massimo Severo. *L'amministrazione pubblica dello stato contemporaneo*. Padova: CEDAM, 1988.

_____. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

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

GORDILLO, Agustín. El poder de policia. In: _____. *Tratado de derecho administrativo: a defensa del usuario y del administrado*. v. 2, cap. 5. Disponível em: <www.gordillo.com/Tomo2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public français*. 11. éd. Paris: Recueil Sirey, 1927.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pres-
suposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e res-
ponsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 7. éd. Paris: LGDJ, 1976. v. 1.

LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 117-124, jul./set. 1996.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, p. 69-93, jan./mar. 2003.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Traducción de Horacio H. Heredra e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Arayú, 1954.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981.

_____. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 132, p. 41-56, abr./jun. 1978.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 8. éd. Paris: Montchrestien, 2003.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASQUALINI, Alexandre Correa da Camara. O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 15-37.

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

REALE, Miguel. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 21, n. 87, p. 24-34, jul./set. 1988.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 79-122, jul./set. 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*. 2. éd. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1945.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Responsabilidade do Estado: indenização por retardada decisão administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57/58, p. 7-17, jan./jun. 1981.

SERPÁ LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUSSE, Marcel. La notion de faute caractérisée. *Revue du Droit Public*, Paris, v. 120, n. 5, p. 1.378-1.393, set./out. 2004.

_____. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*. Paris, LGDJ, 1994. (Bibliothèque de Droit public, 174).

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 689, p. 114-133, mar. 1993.

_____. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, n. 731, p. 86-88, set. 1996.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Leud, 1996.

VEDEL, George. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

ZANCANER, Weida. *Responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano; Giuffrè, 1958. v. 1.