

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATIVIDADE LÍCITA: Especialidade e Anormalidade do Dano *

PEDRO HENRIQUE XAVIER

SUMÁRIO

I – O REGIME DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

1. Responsabilidade objetiva e subjetiva
2. Extensão do campo de aplicação da responsabilidade objetiva
 - 2.1 – O nexo causal
 - 2.2 – Caracteres intrínsecos do dano indenizável

II – ANORMALIDADE E ESPECIALIDADE DO DANO

1. Insuficiência da conceituação usual
2. Critérios distintivos
 - 2.1 – Critérios formais e materiais
 - 2.1.1 A teoria do ato individual ou único
 - 2.1.2 A teoria da especialidade do resultado
 - 2.1.3 A teoria da dignidade de proteção
 - 2.1.4 A teoria da possibilidade de exigir
 - 2.1.5 A teoria da diminuição da substância
 - 2.1.6 A teoria da alienação da finalidade
 - 2.1.7 A teoria do uso privado
 - 2.2 – Críticas às teorias expostas
3. A tentativa do estabelecimento de um conceito satisfatório
 - 3.1 – Marienhoff e a irrelevância da especialidade
 - 3.2 – A tese de García de Enterría: o critério da lesão
 - 3.3 – A opinião de Garrido Falla
 - 3.4. –A contribuição de Renato Alessi

III – CONCLUSÕES

*Trabalho apresentado à Disciplina de Direito Administrativo do Curso de Pós-graduação do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR.

INTRODUÇÃO

A determinação do regime de responsabilização do Estado por danos causados a terceiros, no exercício de sua atividade administrativa e, conseqüentemente, a fixação das fronteiras que separam o dano indenizável da mera lesão a interesse não protegido, é questão tormentosa, que tem dividido as opiniões dos mais respeitados estudiosos do Direito Administrativo.

Mesmo em aspectos de aparente consenso, o exame mais acurado das diferentes posturas doutrinárias demonstrará surpreendente imprecisão quanto a conceitos tão elementares quanto fundamentais à sistematização do regime de comprometimento do Estado por danos que lhe sejam imputáveis. Na verdade, como observa AGUSTÍN GORDILLO, “não existe nenhuma regra geral que determine quais são concretamente as condições para que esta responsabilidade exista”.¹

Essa excessiva flexibilidade conceitual cobra pesado tributo aos imperativos de justiça perseguidos pelo Direito Administrativo e pelo ordenamento jurídico como um todo, na medida em que acarreta indesejável margem de insegurança nas relações Administração/Administrado, numa situação tão mais grave quanto mais tenhamos presente que o princípio da responsabilidade do Estado é a própria espinha dorsal do Estado de Direito.

Disso é exemplo o problema da noção de dano especial e anormal. Embora condição imprescindível à admissão da responsabilidade pelo agir lícito da Administração, sua conceituação padece da ausência de critérios adequados ao balisamento da distinção entre prejuízo geral ou particular, ou do limite a partir do qual esse prejuízo supera os transtornos inerentes à vida social para se constituir num gravame indenizável.

Limitadas às hipóteses de responsabilidade decorrente da atuação lícita da Administração Pública (excluídas portanto a responsabilidade contratual e derivada de ato ilícito), visam as seguintes considerações retratar esse quadro de inexatidão e hesitação doutrinária a respeito da caracterização da anormalidade e especialidade do dano.

I – O REGIME DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

1. Responsabilidade subjetiva e objetiva

Tem a doutrina se consolidado em admitir que a licitude ou ilicitude do ato informam o regime de responsabilização estatal.

Na síntese de ODÍLIA FERREIRA DA LUZ OLIVEIRA, "é subjetiva a responsabilidade extra-contratual que decorre de ato ilícito, isto é, de ação ou omissão culposa do agente estatal. Tratando-se, porém, de danos causados por atos lícitos de seus agentes, a responsabilidade do Estado é objetiva."²

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO estende a aplicação da responsabilidade objetiva aos casos em que, embora ilícita a atuação administrativa, "o dano é causado pelo Estado, produzido por ele, ou seja, quando se trata de ato comissivo, ilegítimo ou legítimo do Poder Público."³

Admite-se, também, a responsabilização objetiva do Estado quando embora o dano não derive diretamente de sua atuação, é decorrente de risco por ele criado, imediatamente propiciatório do prejuízo havido.

Não importa, porém, para os fins do presente, precisar as condições deflagradoras da responsabilização estatal sem culpa. Considerada como forma apenas subsidiária de implementação dessa responsabilidade — posição amplamente majoritária entre os doutrinadores nacionais e estrangeiros⁴ — ou entendida, como querem alguns⁵, como o regime usual, a responsabilização dita objetiva do Estado é unanimemente caracterizada como a obrigação de indenizar que deflui da atuação lícita ou ilícita da Administração Pública produtora de uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço.

2. Extensão do campo de aplicação da responsabilidade objetiva

A admissão do regime objetivo de responsabilização estatal, mesmo nas hipóteses em que este vem sendo consagrado (danos produzidos por situação de risco voluntariamente criada ou propiciada pelo Estado ou resultantes de obras públicas), não se opera, porém, às rédeas soltas, no que seria uma completa socialização de todo e qualquer prejuízo eventualmente sofrido pelo particular e imputável por uma relação causal a determinado comportamento administrativo.

Com efeito, a existência de **limites** definidores do campo de aplicação desse regime é admitida até pelos mais ardorosos defensores da existência de uma "cláusula geral de responsabilidade objetiva" em Direito Público.⁶

Paul DUEZ e Guy DEBEYRE⁷ já advertiam que a eliminação da noção de culpa não conduz a uma extensão indefinida do

campo de aplicação da teoria do risco, aludindo aos *crans d'arrêt* estabelecidos pela jurisprudência, que se traduzem na necessidade do estabelecimento de um nexo causal entre a atuação administrativa e o dano e nos caracteres intrínsecos que este deve apresentar para que haja direito à indenização.

2.1 – O nexo causal

A necessidade do estabelecimento de uma relação de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido obedece a imperativo de ordem lógica: se não se deveu ao Estado a produção do resultado lesivo, não há como pretender responsabilizá-lo.

Na lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano.”⁸ Para JEAN RIVERO, “o dano deve ligar-se à atuação de uma pessoa pública.”⁹

A necessidade da demonstração do nexo causa-efeito entre a atividade administrativa e o dano verificado representa, pois, o primeiro dos limites à aplicação da teoria objetiva no âmbito da responsabilidade estatal. Por conseguinte, não são imputáveis ao Poder Público os danos:

a) decorrentes da culpa do lesado. Se a produção do evento danoso é atribuída ao comportamento do lesado, e não do Estado, a responsabilidade da Administração fica totalmente excluída. Concorrendo ambos — lesado e Estado — para a formação do dano, a responsabilidade administrativa será proporcionalmente atenuada.

b) produzidos por força maior. O fato irresistível da natureza exclui a responsabilização: se o dano foi causado por força maior, logicamente não o foi pelo Estado. Todavia, o caso fortuito (acontecimento cuja causa é desconhecida) não é exoneratório.¹⁰

c) indiretos. O Estado somente é responsável pelos danos gerados pela sua própria atuação. Essa responsabilidade compreende, porém, os casos em que embora a lesão não resulte da ação de agente da Administração, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Ou seja, quando “é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano.”¹¹

O estabelecimento do nexo causal não é, contudo, suficiente para a responsabilização objetiva do Estado. É preciso, conforme se viu, que o dano preencha certos requisitos. São estes os

2.2 – Caracteres intrínsecos do dano indenizável

O dano é a condição *sine qua non* da responsabilidade, elemento capital cuja reparação é o objetivo final de toda a teoria da responsabilidade patrimonial do Estado. Todavia, nem todo prejuízo diretamente decorrente da atuação administrativa é indenizável. Para ensejá-la, imprescindível apresente certas características, além da pura e simples relação causal com o comportamento administrativo.

Em primeiro lugar, o dano deve traduzir uma lesão certa a um direito da vítima. A certeza do dano implica na irreparabilidade do prejuízo potencial, eventual, meramente possível. E a lesão deve atingir a esfera dos interesses juridicamente protegidos da suposta vítima. Essa qualidade do bem lesado deve ser aferida a partir da existência, no sistema normativo, de uma garantia que contemple a utilidade substancial e direta para o sujeito titular do bem¹². Não basta, portanto, o simples gravame patrimonial sofrido por alguém: é preciso que esse gravame atinja um bem, uma utilidade, juridicamente garantidos.

A esses dois elementos devem, ainda, acrescentar-se duas outras características: a especialidade e anormalidade do dano.

Nas hipóteses em que o Estado é chamado a responder por violação (comportamento ilícito), basta a configuração dos dois primeiros característicos: a lesão certa a um direito da vítima, “não se condicionando o dever reparatório do Estado à verificação de um dano especial e grave.”¹³

Não é este, contudo, o objeto das presentes considerações: interessa-nos, mais de perto, a imputação ao Estado dos danos oriundos de sua atividade lícita. Ora, a configuração do dano reparável, em tal contexto, exige que além da certeza do dano e da lesão a um direito acrescentem-se duas outras características: é preciso que o dano seja **especial** e **anormal**. Esta, efetivamente, a opinião da quase unanimidade dos autores. GEORGES VEDEL, v. g., admite a responsabilidade administrativa *sem culpa*, fundamentada no princípio da igualdade, decorrente de medidas legalmente tomadas, que acarrete “um prejuízo especial e de certa gravidade”.¹⁴

Idêntica posição é adotada por outros autores franceses, como DUEZ, ao sustentar que à certeza do dano (e seu caráter direto) são comuns os regimes da culpa e do risco, enquanto a **especialidade e anormalidade** do dano são peculiares à teoria do risco "constituindo a barreira principal à uma extensão indefinida da responsabilidade".¹⁵

Para RIVERO, o dano deve ser **especial e anormal**¹⁶; e sem discrepar dos demais administrativistas brasileiros, CELSO ANTONIO afirma serem

"a especialidade e a anormalidade do dano os requisitos para que se ponha em jogo essa modalidade de responsabilização, cabível quando o Estado atua licitamente, mas onera de modo particular a um ou alguns poucos ao visar benefícios para a coletividade."¹⁷

GOMES CANOTILHO alerta que "nos casos de sacrifícios impostos autoritativamente através de medidas legítimas . . . a inadmissibilidade da indenização de danos generalizados e de pequena gravidade é a regra."¹⁸

E mesmo MIGUEL MARIENHOFF – voz isolada ao refutar tais requisitos como imprescindíveis à responsabilização estatal dita objetiva – admite que "na doutrina é quase unânime a opinião de que, para o Estado ser extracontratualmente responsável por dano que lhe seja imputável . . . é necessário que o dano seja especial, particular ou singular, e não geral."¹⁹

Conclui-se, portanto, que os pequenos transtornos, mesmo incidindo apenas sobre alguns cidadãos, são tidos como meros encargos da vida em sociedade, de certo modo compensados por outras vantagens, decorrentes da própria atividade administrativa do Estado. Por outro lado, mesmo que os prejuízos possam ser tidos como graves, se incidem sobre a coletividade como um todo, não se poderá cogitar de um sacrifício desigual. Em síntese, no caso de sacrifícios impostos por medidas legítimas, a regra é a não indenização dos prejuízos generalizados e de pequena monta.

Mas o que é dano especial? A partir de que ponto um prejuízo é tido como grave ou anormal? Quais os critérios apropriados ao estabelecimento da distinção geral-especial, normal-grave? Da análise da resposta doutrinária a tais indagações nos ocuparemos a seguir.

II – ANORMALIDADE E ESPECIALIDADE DO DANO

1. Insuficiência da conceituação usual

Estabelecido que a responsabilização objetiva do Estado por atos lícitos exige, ao lado da lesão certa a um direito, a especialidade e anormalidade do prejuízo produzido, importa obter um conceito preciso desses dois últimos requisitos. Afinal, de sua caracterização depende um grau mínimo de segurança nas relações jurídicas entre a Administração e o particular atingido pela atividade administrativa.

Com pequenas variações, a doutrina vem definindo **dano especial** como aquele que onera a situação particular de um indivíduo ou grupo de indivíduos; a seu turno, o **dano anormal** é tido como aquele que supera os agravos patrimoniais de pequena gravidade. Assim sendo, não são suscetíveis de indenização os danos generalizados e de pequena monta.²⁰

Ora, um tal conceito apenas contorna a questão, na medida em que, *ultima ratio*, define especial como o contrário de geral; anormal como equivalente a grave. O que se pretende saber — essa indagação é textualmente formulada por GOMES CANOTILHO — é “quando se pode afirmar que um dano atinge especialmente um indivíduo ou um grupo restrito de cidadãos”.²¹ Ou qual a linha divisória entre o “pequeno transtorno” e a “lesão grave” ou “anormal”.

A busca de uma solução menos imprecisa deve principiar pelo exame dos principais critérios distintivos, cujos contornos básicos continuam a servir de pano de fundo para doutrinas mais recentes.

2. Critérios distintivos

Devem-se à doutrina alemã as mais relevantes tentativas de fixação de critérios delimitadores da especialidade e anormalidade do prejuízo. Na verdade, as soluções subsequentemente sugeridas pelos mais acreditados administrativistas têm, até hoje, suas raízes fortemente ancoradas no raciocínio e fundamentação dos autores germânicos, como se verá mais adiante (*infra*, nº. 3). Importa, pois, gizar o conteúdo básico desses critérios.

2.1. Critérios formais e materiais

Os chamados critérios **formais** preocupam-se com a distinção especialidade-generalidade do dano; a dicotomia prejuízo normal-grave é abordada pelas teorias de feição material. Não se encontra, pois, nas duas principais teorias de índole formalista qualquer alusão ao conceito de dano grave ou anormal; esta, a seu turno, a exclusiva preocupação das doutrinas materiais.

2.1.1 – A teoria do ato individual ou único (*Einzelakttheorie*)

Originalmente formulada por ANSCHUTZ²², foi a primeira corrente doutrinária que se afirmou na Alemanha, principalmente por seus profundos reflexos nas decisões jurisprudenciais, seja sob a Constituição de Weimar, seja após a vigência da Constituição de Bonn.²³

Essencialmente fundada sobre o princípio da igualdade, tem sua tônica na forma do ato ablatório da esfera patrimonial do administrado. “Os danos impostos através de medidas gerais constituiriam simples limitações sociais; as lesões emergentes de atos individuais seriam sacrifícios especiais com relevância indenizatória.”²⁴

A teoria, contudo, dado seu caráter essencialmente formalista, passa ao largo de qualquer investigação acerca do conteúdo, extensão ou profundidade da invasão operada sobre a esfera jurídico-patrimonial do cidadão; não cogita, pois, da normalidade ou gravidade do dano porventura produzido. Nestas condições, intervenções administrativas de extrema gravidade — como a socialização de todo um ramo de atividade até então privada — desde que estabelecidas por atos gerais, estariam totalmente isentas de qualquer responsabilização estatal; enquanto isso, gravames de mínima ou insignificante intensidade — a poeira ou ruídos resultantes da execução de uma obra pública — obrigariam ao resarcimento, pelo só fato de resultarem de ato administrativo individual.

Limita-se, demais, a um enfoque maniqueísta entre atos absolutamente gerais e atos estritamente individuais. Ora, como observa GOMES CANOTILHO, “uma generalidade absoluta ou uma individualidade completa são apenas dois pólos entre os quais se situa uma escala interminável de gradações.”²⁵

É evidente que determinadas medidas restritivas da esfera juridicamente protegida do particular podem atingir um grande

número de sujeitos sem contudo apresentar-se como uma “limitação abstrata” do conteúdo de um direito; da mesma forma, podem vir a agravar poucos destinatários, mantendo embora caráter iniludivelmente genérico e abstrato.²⁶

A dificuldade da distinção diminuiria se ao invés de levar em consideração a generalidade da medida se abordasse a questão sob um outro enfoque: o da incidência sobre uma categoria de bens ou direitos, em contraposição ao gravame incidente sobre um bem ou alguns bens em concreto. Essa noção, porém, é estranha à *Einzelakttheorie*.

2.1.2 – A teoria da especialidade do resultado (*Einzeleingriffstheorie*)

Calcada ainda no princípio da igualdade, procura essa teoria solucionar o problema transportando o problema da individualidade do ato para a especialidade do resultado. Importa assim tenha o ato incidido sobre uma pessoa ou uma pluralidade de particulares, ou seja destinado a uma generalidade mais ou menos ampla. O critério ato individual – ato geral é substituído pelo critério sacrifício individual – sacrifício geral.

Na oportuna observação de GOMES CANOTILHO, a teoria continua vinculada a um critério formal: a bipolaridade entre generalidade e individualidade.²⁷ Sujeita-se, por isso, à mesma crítica feita à teoria do ato individual: qual o exato limite entre essas categorias?

“Quando o ato atinge a totalidade da população é seguro não se poder falar-se de especialidade. Os prejuízos eventualmente resultantes e, por vezes, de gravidade indiscutível, das medidas de estabilização dos preços, da regulamentação das taxas de câmbio, da desvalorização da moeda, não poderão gerar uma responsabilidade por atos lícitos.

“Se se trata, porém, de danos respeitantes a categorias mais restritas, as dúvidas começam a surgir. A interrupção de energia elétrica numa região pode trazer sacrifícios graves a todos os utentes . . . e suportando todos eles os mesmos encargos, poderá ter êxito uma ação de responsabilidade contra os poderes públicos? Do mesmo modo, se todos os indivíduos de uma profissão são onerados por atos autoritativos geradores de sacrifícios, haverá especialidade de prejuízo necessária ao acolhimento de uma ação resarcitória?”²⁸

2.1.3 – A teoria da dignidade de proteção (Schutzwürdigkeitstheorie)

Introduzindo critérios de índole material, distingue no caso particular o que é digno de ser protegido daquilo que não o é. A indenização caberia quando o direito fosse afetado na sua substância, o que seria aferido mediante a interpretação da história, meio cultural, estágio de desenvolvimento, parâmetros legais e regulamentares. A teoria foi desenvolvida por W. JELLINEK²⁹.

Embora detenha o mérito de constituir-se na primeira teoria a inserir a equação normal-grave na verificação do sacrifício imposto ao particular, padece de acentuado grau de incerteza na definição do que é – ou não – indenizável.

Mais que isso, a teoria simplesmente suprime a especialidade como característico indispensável ao resarcimento do prejuízo resultante do agir lícito da Administração. Reduzindo a questão à anormalidade do dano, conduz à conclusão de que mesmo os danos generalizados por todo o estamento social mereceriam a tutela reparatória, desde que graves – e portanto anormais.

2.1.4 – A teoria da possibilidade de exigir (Zumutbarkeitstheorie)

Com sensível afinidade com a Schutzwürdigkeitstheorie e, como esta, de cunho material, a teoria atribuída a STODTER³⁰ afirma a responsabilidade estatal sempre que, dadas as circunstâncias do caso concreto, não se pode comprimir determinado direito de uma pessoa ou grupo de pessoas sem uma reparação adequada.

Uma vez mais a linha demarcatória entre o sacrifício indenizável ou a simples compressão do conteúdo de um direito é aferida mediante critérios extremamente elásticos, deixando-se ao intérprete, afinal, a sua definição.

2.1.5 – A teoria da diminuição da substância (Substanzminderungs-theorie)

SCHELCHERS, seu criador³¹, considera que haverá dano indenizável quando através de uma intervenção dos poderes públicos seja afetado o conteúdo essencial de um direito. Essa substancialidade é verificada conforme a gravidade e intensidade

da invasão na esfera patrimonial privada, o que confere à teoria um caráter evidentemente material.

2.1.6 – A teoria da alienação da finalidade (Zweckentfremdungstheorie)

Segundo GOMES CANOTILHO, a teoria configura a gravidade no fato de haver sido alterada a destinação do bem, tendo seu uso deixado de estar de acordo com sua função:

"Se a lei regulamenta o direito de propriedade respeitando o destino do bem, ou se ela se contenta com impor ao proprietário obrigações que permitem um uso conforme a função do bem, o direito de disposição do proprietário está submetido a restrições enquadradas nos limites permitidos pela sua função social. Se, pelo contrário, se impõe ao proprietário uma obrigação que altera o destino do bem, já não está em questão um simples limite derivado da função social da propriedade."³²

2.1.7 – A teoria do uso privado (Privatnutzigkeit)

Dentre as mais recentes doutrinas de base material está a teoria desenvolvida por REINHARDT³³, que partindo da convicção de que a iniciativa e propriedade privadas constituem-se em fator imprescindível ao progresso econômico da coletividade, sustenta que a ordem jurídica deve assegurar a subsistência e o acesso à propriedade privada, além da utilização do próprio bem pelos particulares, de modo adequado à sua função.

Aí estariam os limites à própria intervenção do Estado na esfera patrimonial privada, o que confere à teoria um atributo marcadamente individualista.

2.2. Crítica às teorias expostas

Enquanto as teorias formais (2.1.1 e 2.1.2 supra) ressentem-se de qualquer consideração a propósito da gravidade ou anormalidade do prejuízo, não conseguindo superar as dificuldades da exata delimitação da fronteira entre o geral e o especial, os critérios materiais, buscando delimitar o sacrifício não reparável no quadro das sujeições normais do particular, pecam pela extrema diversificação na formulação dos critérios aferidores dessa mesma normalidade.

3. A tentativa do estabelecimento de um conceito satisfatório

A análise, ainda que superficial, das diferentes soluções expostas pelos diversos administrativistas vem demonstrar que, quase sem exceções, a distinção entre gravidade/normalidade e especialidade/generalidade do dano termina sempre atrelada a um dos critérios antes esboçados.

A opinião de Paul DUEZ e Guy DEBEYRE, por exemplo, no que concerne à definição de especialidade do prejuízo, revela os contornos próprios da *Einzeleingriffstheorie* (teoria da especialidade do resultado): “o prejuízo sofrido deve ser ESPECIAL, particular à vítima do dano. Não se repararão os prejuízos gerais havidos ou suscetíveis de haver sobre a esfera de atividades dos indivíduos como um todo.”³⁴

O mesmo DUEZ, em outra obra³⁵, adentra a questão da materialidade do dano, para sustentar que é indenizável o prejuízo “anormal, excepcional, exorbitante pela sua natureza ou importância, dos incômodos e sacrifícios correntes exigidos pela vida em sociedade.” Formula, aqui, na caracterização do gravame anormal, um critério substancial (*Substanzminderungs*), contra o qual se podem levantar as críticas às quais estão sujeitos todos os critérios de fundo material: qual a medida dessa “excepcionalidade”? Ou quando deixa determinado incômodo de ser meramente “corrente”?

A posição de RIVERO é idêntica: as teorias da especialidade do resultado e da diminuição da substância embasam, respectivamente, suas definições de dano especial e anormal: “o dano deve ser . . . relativo às vítimas, e não comum ao conjunto de uma coletividade . . . e deve exceder os inconvenientes inerentes ao funcionamento de um serviço, às servidões que qualquer vida coletiva impõe.”³⁶

Em BÉNOIT, a idéia da dano anormal contém evidentes vestígios da *Zumutbarkeitstheorie*: é o dano que excede as dificuldades resultantes da vida em sociedade e que cada qual deve sofrer sem compensação. O próprio autor alerta ser esta uma noção “eminente mente subjetiva, e portanto relativa, variando seu conteúdo efetivo segundo as concepções próprias do juiz.”³⁷

A teoria da especialidade do resultado também encontra respaldo em FORSTHOFF: o particular sacrifício “é uma perda determinada, ou seja, que afete a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos, porém não a toda a coletividade em questão”.³⁸

Na doutrina brasileira não se detecta nenhuma originalidade. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO³⁹ repete o recurso (comum nos doutrinadores franceses) da utilização cumulativa de um critério formal para a determinação da especialidade (no caso, a *Einzeleingriffstheorie*) e outro material, no que tange à concepção de dano anormal (aqui o autor se socorre da *Schutzwurdigkeitstheorie*). Idêntico expediente é utilizado por SEABRA FAGUNDES: sua concepção de dano anormal é obviamente fundada na *Substanzminderungstheorie* ("se a medida envolve um bem de tal maneira, que praticamente o priva de uma utilidade substancial vale por expropriação parcial; se atinge a coisa em aspecto economicamente secundário . . . cabe ao proprietário sofrer gratuitamente a imposição"); na noção de dano especial, evidencia-se o socorro buscado na teoria da especialidade do resultado: "quando a restrição alcança os proprietários, em geral, . . . não há que ressarcir."⁴⁰

Apenas alguns doutrinadores, porém, oferecem soluções que transcendam a mera repetição de algum dos critérios formais ou materiais antes enfocados. Pelos aspectos de originalidade nelas contidos, merecem uma atenção mais destacada.

3.1 – MARIENHOFF e a irrelevância da especialidade

O renomado administrativista argentino nega à especialidade o atributo de condição imprescindível à deflagração da responsabilidade estatal por atos lícitos.

Admitindo embora ser "quase unânime" a opinião de que, para o Estado ser extracontratualmente responsável por dano resultante da aplicação de uma lei, tal dano deve individualizar-se com relação a uma pessoa ou grupo de pessoas (portanto especial, particular, e não geral), o autor taxativamente afirma sua discordância com tal solução.

Tal postura — unusual, sem dúvida — merece o seguinte raciocínio justificativo: presume o autor que a exigência de um dano particular, especial, deriva de países de constituição flexível. Em países de sistema constitucional rígido, garantidor do respeito à propriedade e aos direitos adquiridos, "é inaceitável a afirmativa de que o prejuízo ou dano 'geral' não é indenizável porque constitui um encargo público."⁴¹

A violação do direito de propriedade, continua Miguel MARIENHOFF, não consiste em mero encargo público; além disso, "a desigualdade de tais encargos não é o único fundamen-

to possível da responsabilidade do Estado, já que outro desses fundamentos pode ser o respeito aos direitos adquiridos, ou o respeito ao direito de propriedade.”⁴² Portanto,

“si una ‘ley’ causa un perjuicio ‘general’, es decir a un gran número de personas . . . y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, derecho o garantía constitucional, dicha ley declararse inconstitucional o debe admitirse la responsabilidad del Estado por el perjuicio o daño que a raíz de la aplicación de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados.”⁴³

Na verdade, sob a ótica de MARIENHOFF, qualquer ato administrativo que, dando cumprimento à lei, viesse a causar dano ao administrado, tornar-se-ia ilícito pelo só fato de existir esse mesmo dano. Essa ilicitude contaminaria o próprio ato legislativo, agora fulminado por inconstitucionalidade. Todo e qualquer prejuízo seria, assim, antijurídico, porque contrário às garantias constitucionais. Não haveria que se falar, pois, de responsabilidade por atos lícitos da Administração; tudo se reduziria à responsabilização por uma violação, já que será ilícita (inconstitucional) qualquer diminuição na esfera jurídico-patrimonial do cidadão. Bastaria à suposta vítima, pois, provar a existência de uma lesão certa ao seu direito de propriedade.

O autor confunde, porém, o conceito jurídico de direito de propriedade com o conceito metajurídico de propriedade privada. Ora, um interesse somente se transmuta em direito se e quando tutelado pela ordem jurídica. Assim, o direito de propriedade, como qualquer outro direito subjetivo, deriva do ordenamento jurídico, que delimita o seu conteúdo. Portanto – e a lição pertence a RENATO ALESSI, “a imposição de limites à propriedade individual não representa uma limitação verdadeira e própria do direito, ou uma lesão, senão unicamente uma definição do mesmo, uma fixação de seus confins.”⁴⁴

3.2 – A tese de GARCÍA DE ENTERRIÁ: o critério da lesão

Abstraindo de sua teoria da responsabilidade os elementos ilicitude e culpa – e com isso qualquer investigação acerca da eventual antijuridicidade da conduta do agente, fixa-se o autor no dado objetivo do patrimônio lesado. Assim,

“a qualificação de um prejuízo em justo ou injusto depende da existência ou não de causas de justificação (civil) na atuação pessoal do sujeito a quem se imputa tal prejuízo. A cau-

sa de justificação há que ser expressa e concreta e consistirá sempre em um título que legitime o prejuízo contemplado: por exemplo, a exação de um imposto, o cumprimento de um contrato, uma execução administrativa ou processual. Fora destas hipóteses, todo prejuízo ou oneração patrimonial imputável a um sujeito (no caso, a Administração) será uma lesão, um prejuízo injusto que, por isso mesmo, tenderá à sua reparação, gerando um dever de resarcimento, que é no que se concretiza a responsabilidade civil.”⁴⁵

En síntese, para GARCÍA DE ENTERRÍA a responsabilidade se dá sempre que alguém suporta um feito cujas consequências não está juricamente obrigado a sofrer. Vale dizer, uma coisa é estar obrigado ao cumprimento de determinada ordem administrativa e outra estar obrigado a suportar o dano ou lesão patrimonial. “Isto é certo”, diz GARRIDO FALLA na crítica feita à solução proposta, “mas o que ocorre é que a existência ou não desta segunda obrigação não depende da existência de um título de justificação da atividade danosa — que, desde logo, existe — senão de que, por outras razões, se possa configurar o direito à indenização.”⁴⁶

A tais objeções pode ser acrescida a falta de critério metodológico da teoria, já que conduz à constatação de que um mesmo ato administrativo pode ser simultaneamente lícito e ilícito.⁴⁷

3.3 – A opinião de GARRIDO FALLA

O catedrático da Universidade de Madrid reconhece na singularidade do dano a condição de requisito essencial à admisão da responsabilidade do Estado. Definida como o “Sacrifício do conteúdo concreto de um direito”, a singularidade é contraposta à noção de generalidade, que se dá “sempre que uma norma jurídica estabeleça limitação, prestações ou modos de ser da liberdade ou da propriedade dos particulares, aplicáveis diretamente sem necessidade de um ulterior ato administrativo que concretize a obrigação.”⁴⁸

A única crítica que se pode dirigir contra esse critério — de extraordinária importância para o deslinde do problema, como veremos a seguir — repousa no fato de não haver GARRIDO FALLA rendido homenagem ao seu autor. De fato, quando da primeira edição do TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (1960), a terceira edição da clássica monografia de RENATO

ALESSI⁴⁹ já contava ao menos um lustro. E é à doutrina italiana — a ALESSI, mais precisamente, que se deve essa contribuição. Vamos, pois, à sua versão original:

3.4 – A contribuição de RENATO ALESSI

Diferenciando a responsabilidade por atos ilícitos (que violam direitos subjetivos e dão origem a uma responsabilidade da Administração) da responsabilidade por atos lícitos (que impõem sacrifício de direitos subjetivos e implicam em indenização), o autor, a seguir, lança as bases que propiciarão o estabelecimento de um critério próprio e adequado à distinção entre os danos especiais e genéricos, graves e normais. Estas originam-se do discrimen entre sacrifício e limitação de direitos:

“o que distingue o sacrifício verdadeiro e próprio eventualmente indenizável, das limitações de direitos, é o fato de que enquanto estas abarcam o direito em abstrato, com independência da titularidade concreta de cada direito, o sacrifício só afeta determinados titulares; por isto se pode dizer que mais do que o direito em si, diretamente, o sacrifício afeta o bem concreto que constitui o objeto do direito, de forma que este último só indiretamente fica afetado.”⁵⁰

Estes sacrifícios, pelo princípio de justiça distributiva (igualdade dos administrados) devem ser indenizados pela Administração, mesmo na ausência de qualquer preceito legal expresso. Além disso, a obrigação de indenizar se impõe por força do princípio da intangibilidade do patrimônio, que malgrado seu caráter relativo (sobre ela prevalece o interesse público) impede a supressão pura e simples de um direito patrimonial, sem que ocorra a conversão desse direito numa justa indenização.

Conforme Alessi, esse princípio da conversão não se opera sem limites: para ensejar a indenização, se requer a existência de um sacrifício legítimo de um direito privado por parte da Administração Pública.

Tal sacrifício, como antes se afirmou, não se confunde com a limitação abstrata: enquanto esta onera em igual medida todos os titulares, o sacrifício atinge determinados direitos concretos, e grava em maior medida um titular concreto em relação aos demais. Em outras palavras, a limitação abrange o direito em abstrato, por conseguinte conforma diretamente o direito, sem preocupar-se com cada um dos bens objeto dos direitos concretos. Contrariamente, o sacrifício incide sobre bens concretos

objeto do direito, situados na esfera jurídica de A, B ou C.

Assim, as limitações são estabelecidas diretamente pela norma, sem que seja necessário um posterior ato de império da Administração, enquanto os sacrifícios propriamente ditos são aqueles que, mesmo estando previstos em abstrato pela norma jurídica, se estabelecem em concreto, caso por caso, pela Administração, mediante um ato administrativo concreto.⁵¹

As limitações abstratas, prossegue Alessi, não serão indenizáveis enquanto não dispostas concretamente pela Administração; os sacrifícios o serão desde que sejam uma consequência anormal, não necessariamente decorrentes do agir legítimo da Administração. Quando o prejuízo deriva necessariamente da norma legitimadora da atividade administrativa, não se terá um sacrifício, mas antes mera limitação do direito em abstrato, já que "a norma que autoriza a atividade produtora do dano vem de certo modo limitar todos os direitos concretos com os quais a atividade legítima pode entrar em contato."⁵²

III – CONCLUSÕES

De todos os critérios, teses e teorias expostos, a solução de RENATO ALESSI é sem dúvida a que detém maiores virtudes, única a fornecer uma diretriz segura e juridicamente aceitável, na conciliação da responsabilização dita objetiva do Estado com o necessário estabelecimento dos limites à socialização dos prejuízos decorrentes de sua atividade lícita.

A antinomia geral/especial, grave/normal deriva para o binômio limitação/sacrifício de direito, que abrange com proficiência as próprias noções de especialidade e anormalidade do dano. A especialidade é evolucionada no sentido da noção de dano estabelecido em concreto por um ato administrativo individual, em contraste com a generalidade do dano abstratamente previsto pela norma.

A normalidade é aferida conforme o prejuízo esteja – ou não – embutido na norma legitimadora da atividade administrativa, como sua consequência necessária e inevitável. A norma não estará, assim, impondo um sacrifício, mas antes limitando o próprio conteúdo do direito em abstrato.

Em síntese, o dano especial é aquele que se materializa com a edição de um ato administrativo concreto, indenizável desde que configure consequência anormal da norma jurídica que abstratamente o autorizou.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (01) – Agustín GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, ed. Macchi, 1977, tomo 2, pg. XX-4.
- (02) – ODILIA FERREIRA DA LUZ OLIVEIRA, Intervenção do Estado na Economia e Responsabilidade Patrimonial pelas atividades Industriais Insalubres e Perigosas, Revista de Direito Público, vol. 59-60, pg. 186.
- (03) – Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Responsabilidade do Estado por Intervenção na Esfera Econômica, Revista de Direito Público, vol. 64, pg. 81.
- (04) – Jean RIVERO, Direito Administrativo, Coimbra, 1981, pg. 324.
- (05) – Neste sentido HELY LOPEZ MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 9a. ed. RT 1983, pg. 542.
- (06) – É a posição adotada por José Joaquim GOMES CANOTILHO, O Problema da Responsabilidade do Estado por atos lícitos, ed. Almedina, Coimbra, 1974, pg. 271.
- (07) – PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, Traité de Droit Administratif, Dalloz, Paris, 1952, pg. 434.
- (08) – Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, ed. RT 1981, pg. 156.
- (09) – Jean RIVERO, op. cit., pg. 317.
- (10) – Jean RIVERO, op. cit., pg. 318.
- (11) – Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Ato Administrativo . . . , cit., pg. 150.
- (12) – Cf. RENATO ALESSI, Instituciones de Derecho Administrativo, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1970, pgs. 449/450.
- (13) – GOMES CANOTILHO, op. cit., loc. cit.
- (14) – Georges VEDEL, Droit Administratif, Presses Universitaires de France, 3a. ed., 1964, pg. 278.
- (15) – DUEZ e DEBEYRE, op. cit., loc. cit.
- (16) – Jean RIVERO, op. cit., pgs. 314/315.
- (17) – Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Responsabilidade do Estado . . . , cit., pg. 80.
- (18) – GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 272.
- (19) – Miguel MARIENHOFF, Responsabilidad del Estado, Revista de Direito Público, vol. 68, pg. 9.
- (20) – Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Ato Administrativo . . . , cit., pg. 156.
- (21) – GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 273.
- (22) – Cf. GUIDO D'ANGELO, Limitazioni Autoritative Della Facoltà di Edificare e Diritto All'Indennizzo, Morano, Nápoles, 1963, pg. 169; cf. ainda GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 274.
- (23) – cf. GUIDO D'ANGELO, op. cit., loc. cit.
- (24) – GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 273.
- (25) – GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 274.
- (26) – Ernest FORSTHOFF, Tratado de Direito Administrativo, pg. 316.
- (27) – GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 276.
- (28) – GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 277.
- (29) – W. JELLINEK, Weraltungsrecht, pg. 412, citado por GUIDO D'ANGELO, op. cit., pg. 174.
- (30) – cf. GUIDO D'ANGELO, op. cit., pg. 176.
- (31) – cf. GOMES CANOTILHO, op. cit., pg. 279.
- (32) – idem, ibidem.
- (33) – REINHARDT, citado por GUIDO D'ANGELO, op. cit., pg. 183.
- (34) – DUEZ e DEBEYRE, op. cit., pg. 434.

- (35) — Paul DUEZ, *La Responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contrat)*, Paris, 1937, pg. 61.
- (36) — Jean RIVERO, op. cit., pgs. 314/315.
- (37) — Francis-Paul BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, Paris, 1968, pg. 697.
- (38) — FORSTHOFF, op. cit., pg. 452.
- (39) — Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Ato Administrativo...*, cit., pg. 146.
- (40) — M. SEABRA FAGUNDES, *Responsabilidade do Estado*, Revista de Direito Públíco, vol. 57-58, pgs. 15/16.
- (41) — MARIENHOFF, op. cit., pg. 13.
- (42) — idem, ibidem.
- (43) — idem, ibidem.
- (44) — RENATO ALESSI, op. cit., pg. 474.
- (45) — GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los Princípios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, citado por Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volume II, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- (46) — Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado*, cit., pg. 244.
- (47) — idem, ibidem.
- (48) — GARRIDO FALLA, op. cit., pg. 250.
- (49) — *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Giuffre, 1955.
- (50) — ALESSI, op. cit., pg. 487.
- (51) — ALESSI, op. cit., pg. 495.
- (52) — ALESSI, op. cit., pg. 501.