



Regra sobre indenizações contra estado precisa ser revista

1 – INTRODUÇÃO

Para se analisar o desenvolvimento social é necessário decompor e observar uma série de elementos em uma dada realidade, e, muitas vezes, ponderar quais os limites aconselháveis, mesmo que a análise varie conforme o peso valorativo atribuído pelo sujeito que observa o fenômeno aos diferentes dados, de acordo com as suas “convicções” subjetivas.

Destarte, o crescimento populacional pode, por um lado, aumentar a quantidade da oferta de mão de obra de reserva, diminuindo o seu preço de mercado, ao mesmo tempo em que (naturalmente) exerce um efeito sobre os índices de criminalidade relativa aos delitos afetos ao tipo de desigualdade promovida pelo sistema capitalista, que, em número muito superior a capacidade de acomodação pelo mercado e remedição pelo estado, é capaz de gerar (em conjunto com muitos outros fatores) o panorama urbano atual da maioria das grandes cidades brasileiras, em especial quando a marginalidade se mostra capaz de integrar no sistema através da execução de práticas ilegais altamente rentáveis.

Mecanismos igualmente aterradores ocorrem com a introdução de certos tipos de sistemas industriais, a introdução de determinadas franquias políticas, entre outros. Mesmo o índice de desemprego, se sustentado artificialmente pelo estado em porcentagens muito inferiores ao seu índice natural (expressão monetarista) para o mercado em questão, na maioria dos casos, pode ser fator determinante na geração de dívidas públicas insustentáveis, e, concomitantemente, exercendo influencia na inflação, em função do superaquecimento econômico. A dinâmica destes intrincados processos econômicos nos leva à incerteza sobre o caráter positivo ou negativo destes exemplos de desenvolvimento social. E nesse diapasão, surge a problemática das realizações públicas, que não raramente deixam de seguir a melhor prudência, advindo prejuízos incalculáveis à comunidade.

2 – CONCEITUANDO O SERVIÇO PÚBLICO

Sobre o regime de concessão de serviços públicos, cabe-nos ressaltar que o serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança(1).



O serviço público deve ser prestado aos usuários com segurança, tendo em vista a sua natureza essencial, que pode ser expressamente determinada por lei ou assim considerada pela sua qualidade, e, “a priori”, de execução privativa da Administração Pública. Por ser indispensável à vida e à convivência dos administrados, ou, pelo menos, sendo assim considerada pela lei, o governo deve prezar pela sua execução cautelosa, em todos os seus pormenores, evitando (de forma preventiva) a exposição de bens jurídicos a riscos superiores aos padrões normais no que tange àquele tipo de atividade, assim como, de forma punitiva, sancionando penalmente o aumento deste risco, se o for por conduta típica, culpável e antijurídica, e, paralelamente, no campo da restituição, administrando as perdas dos particulares, que, neste caso, há de abarcar inclusive o dano em razão do risco inerente a atividade, por menor que seja o dano e o risco, excetuando os casos em que causa eficiente tenha partido da vítima, que agiu mal, como será explicado posteriormente.

Obriga-se, portanto, a Administração Pública, pelo princípio da cortesia, a oferecer aos usuários de seus serviços um tratamento urbano consentâneo. A prestação não é em favor do agente ou da Administração Pública, mas dever desta, e, sobretudo, um direito do cidadão.

3- FATORES HISTÓRICOS RELEVANTES SOBRE A RESPONSABILIDADE PÚBLICA

Nas organizações primitivas a culpa não era necessariamente cogitada quando se realizava o termo da vingança. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Em geral, não havia regras fora do costume, a limitação à vingança privada estava na força do ofendido, ou, muitas vezes, daqueles que o costume encarregava a vingança.

O avanço organizacional vedou à vítima a justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, que era voluntária, passa a ser obrigatória e tarifada, consubstanciada em um sistema de taxas. Assim, por exemplo, o ofensor era obrigado a pagar um montante exato por membro roto, por morte de homem livre ou de escravo. É a época do Código de Ur – Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

Olvidando partes muito relevantes da história, registramos agora que o direito francês estabeleceu princípios gerais regulando a responsabilidade civil sobre termos que serviram de modelo para a modernidade.

Aos poucos se consolidaram postulados que exerceram sensível influência no direito civil contemporâneo, como o direito a reparação relacionado à culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante o particular) da responsabilidade penal (perante o estado).

O Código francês inspirou o legislador pátrio na elaboração dos artigos 186 e 942, estabelecendo a falta ou erro como fundamento do dever de reparação:

“Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”(2).



4 – A DOUTRINA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil se assenta em três pressupostos: o dano, a culpa e a relação (nexo) de causalidade.

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito subjetivo ou infringindo uma norma jurídica que tutela interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, apenas em função do fato danoso. É essencial que se tenha agido com culpa, seja por ação ou omissão, negligência, imprudência ou imperícia, excetuando alguns casos expressos na legislação, v.g., artigos 188, 929, 930 do C.C. Agir com culpa significa atuar de forma a merecer a censura ou reprovação, ou seja, quando, em face de circunstâncias concretas houver exigibilidade de conduta diversa, ou, melhor, quando se puder aferir que a cautela comum ao homem colocado em circunstâncias análogas indicasse que devesse agir diferentemente.

No que tange ao direito brasileiro, deve-se medir a indenização pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. Neste caso, adotou o legislador a norma romana que obriga a indenizar mesmo na ocorrência de culpa levíssima, muito embora parte substancial da jurisprudência indique a tendência de se utilizar da indenização como sucedâneo punitivo-preventivo, majorando-a para desestimular a reincidência, muito embora este leve aumento não apresente grande efetividade.

5- A TEORIA DO RISCO

No entanto, a questão da responsabilidade pública foge aos termos da teoria clássica porque a base do dever de indenizar se funda no risco, ou seja, a responsabilidade deixa de resultar da culpabilidade para derivar exclusivamente de um tipo qualificado de causalidade material.

Consoante a doutrina, nestes casos podem ocorrer concausas sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. Nas sucessivas se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade maior está em se aferir a causa eficiente, ou, ao menos, a predominante, rateando-se a indenização proporcionalmente as responsabilidades.

Assim sendo, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, que estabeleça o um vínculo de necessidade entre a causa e o efeito (qualidade) ou, pelo menos, com extensão (quantidade) deste mesmo efeito, como causa concorrente.

A matéria submetida a prova será o vínculo de causalidade que liga o ofensor a vítima, assim como o próprio dano resultante, e, em casos mais complexos, a existência de outras concausas, ou, até mesmo a exclusão do suposto ofensor, que poderia ser imputado através da teoria do risco, em favor de outro, agora responsabilizado pela teoria da culpa, ou a exclusão de qualquer ofensor, em razão de culpa exclusiva da vítima, cuja conduta será a única causa eficiente da consequência danosa. Quanto as causas que aumentem a extensão deste dano, a regra nos ensina que, se constituírem apenas uma causa sucessiva posterior ao fato danoso, esta deverá ser imputada apenas pela teoria da culpa, tendo-se em vista que o dano majorado pelo funcionamento regular da sociedade deve ser imputado ao autor inicial, como seria o caso da recusa de contratar um serviço relevante sobre a modalidade de pagamento diferido



em função de inscrição do cliente preterido nos serviços de proteção ao crédito, por ação indevida efetuada por uma outra empresa, pela qual apenas a última poderá responder.

A concepção de dano abarca toda e qualquer lesão a um bem jurídico, incluindo o dano moral.

A reparação de um dano cometido sem culpa se faz em função da responsabilidade objetiva, pois prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo da causalidade.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova da culpa do agente para que haja a obrigação de reparar o dano. A teoria que atualmente predomina na justificação do dever de indenizar sem culpa é a teoria do risco, que se baseia em uma responsabilidade social derivada da atividade exercida, ou seja, toda pessoa que exerce alguma atividade e cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigada a repará-lo.

Desta maneira, a responsabilidade desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como ‘risco-proveito’, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável; ora mais genericamente como ‘risco-criado’, a que se subordina todo àquele que, sem indagação de culpa, expuser um outro a suportá-lo, facilitando, sobremaneira, a realização judicial, que não mais depende de um conjunto probatório mais extenso, excetuando, é lógico, quando existe culpa exclusiva da vítima, o que exclui a aplicação da teoria do risco para se aplicar a teoria clássica.

6 – A TEORIA DO RISCO E O RISCO ADMINISTRATIVO

A responsabilidade civil do estado é considerada matéria constitucional. A Carta Magna adotou a teoria da responsabilidade estatal sob a modalidade do risco administrativo, o que não importa em diferenciação em relação a teoria do risco, que é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva administrativa adotada pela Constituição Federal, consoante os princípios da igualdade dos ônus e encargos sociais.

No plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como causa a atividade administrativa, sendo incompatível, portanto, com a concepção de culpa administrativa. A questão se desloca para a investigação da causalidade referente ao evento danoso, sem perder de vista a 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 este merece reparação(3).

Assim reflete a jurisprudência:

“Ação indenizatória – Vítima, terceiro em relação ao tiroteio, atingida por projétil. Inexistência de caso fortuito e de prova de culpa desta. Responsabilidade do Estado reconhecida (TJSP, 1º Câmara, Ap. 127.771 – SP. Rel. Des. Roque Komatsu. J. 11-9-1990)”.

“Danos causados à lavoura por obra pública. Responsabilidade objetiva da Administração. Departamento de Estradas de Rodagem. Responsabilidade solidária da firma empreiteira e construtora



(RJTJSP, 40:96, 87:1220)”.

“O Estado é obrigado a ressarcir prejuízos causados a particular, embora tais prejuízos sejam consequência indireta de atividade legítima do Poder Público (RT, 447:76, 543:102, RTJ, 95:434)”.

“Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação (STF, RE 113.587 – 5 – SP. Rel. Min. Carlos Velloso, 2º T. DJU, 3 abr. 1992, n. 65, p. 4292)”.

A teoria do risco social fornece suporte ao princípio da responsabilidade estatal, servindo como linha divisória entre os atos regulares e os que rompem o equilíbrio dos encargos e vantagens sociais, em prejuízo de alguns particulares que acabam se sujeitando a um ônus que deveria ser suportado pela coletividade, representada pelo estado, tendo em vista que os benefícios que geraram estes riscos também são coletivos.

CONCLUSÃO

Indenizar significa compensar o dano causado à vítima, tanto quanto possível, tendo em vista um referencial ideal de reparação integral, que muito raramente é efetivamente alcançado, e, mesmo assim, mormente nos casos de danos materiais puros, em que é abrangido o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima, a frustração da expectativa de lucro, a perda de um ganho esperado. Nos casos de dano moral, tenta-se uma compensação material em função da dor injustamente causada, variando-se conforme a situação e o pedido manifestado na relação processual.

No entanto, devemos estar atentos ao fato de que a aniquilação da culpa pode representar um problema social, quantificado em termos estruturais, pelas suas consequências orçamentárias, tendo em vista que os recursos estatais efetivos são escassos em face da demanda social. Neste caso, se, em termos teóricos, a decisão politicamente justa deve ser a adoção da teoria do risco, na sua forma original, que se mostra teoricamente perfeita e adequada, pode, em conjunto com outras causas (ainda mais relevantes), contribuir para um déficit orçamentário sem proporções.

Parece evidente que, quando um governo não toma uma posição manifesta, e não enfrenta uma questão que necessariamente precisa ser analisada, adota um sistema de controle que não preza pela transparência da administração e, em muitos casos, sequer pela legalidade.

Nestes casos, em que a lacuna prevalece, a questão teórica indica uma condição correspondente cuja importância se mostra mais política que científica, em elucubrações aparentemente racionais que na verdade endossam relações de poder, na relação complicada entre saber e poder, que muitas vezes são associadas a interesses monetários das quais, de alguma forma, podem participar os autores destas especulações.

Em se tratando de situações emergenciais, não é dado ao governo a possibilidade de remanescer imóvel. Daí o fundamento político-ideológico da implementação de uma política de corrupção intelectual em setores intelectuais estratégicos, como, por exemplo, é o caso do mecanismo de captação do judiciário pelo poder executivo, camuflado sobre eufemizado “sistema de pesos e contrapesos”. O executivo, como



se sabe, tem forte influência na escolha dos magistrados que irão compor as cortes superiores, o que, de certa forma, não só afeta apenas a jurisprudência destas cortes, mas, ao mesmo tempo, pode atingir grande parte do judiciário, que muitas vezes tende a julgar copiosamente conforme o posicionamento dos mais altos tribunais, não só em função do argumento de convicção baseado na autoridade, ou mero comodismo, mas, também, por causa de sentimentos ambiciosos daqueles que desejam ascender aos mais poderosos tribunais, o que, em regra, é normal a todas as classes de profissionais, mas que, neste exemplo, pode acarretar muitas vezes a modificação do posicionamento jurisprudencial de acordo com constituição política do governo.

Parece claro, também, que boa parte da doutrina de qualidade produzida está envolvida em questões econômicas, na medida que participam diretamente da defesa destes interesses junto aos tribunais, ou, por outro lado, são membros destes mesmos tribunais, o que nos força a resgatar o argumento do parágrafo anterior, sobre os quais ainda são exercidas inúmeras outras relações de poder quase que invisíveis, cuja demonstração não nos incumbimos no presente.

No entanto, como limitar os efeitos da teoria do risco sem afetar substancialmente os particulares? Seria tanto quanto interessante fazê-lo em casos específicos, que só poderiam se realizar com a alteração legislativa devida. Podemos pensar em vários exemplos, muitos destes nem um pouco razoáveis. Neste sentido, nas hipóteses de pagamento das verbas trabalhistas, para as quais não tenha existido nenhuma prestação por parte do assalariado, como freqüentemente ocorre nos problemas relacionados à não nomeação de servidores. Parece claro que estes não têm culpa por não trabalharem, mas, não seria tanto quanto mais justo adotar um referencial diverso do salário que deveria ter sido pago no período como forma de indenização? Até porque este ainda dispunha de uma certa liberdade para contratar a sua mão de obra, inclusive com outras esferas do poder, o que muitas vezes o faz, e, em alguns casos, como funcionário público.

Em casos graves, em que a culpa existe e é evidente, apesar de não ser necessário prová-la para se aplicar a teoria do risco, poder-se-ia estabelecer que o estado seria demandado subsidiariamente, tendo-se como responsável principal os administradores responsáveis, que cometeram a falta grave.

É certo que o direito a indenização não pode de forma alguma ser suprimido, no entanto, é necessário repensar o sistema e dispor de forma mais específica e límpida, para que se afastem as iniquidades existentes, distorções de uma realidade que deveria ser enfrentada diretamente.

NOTAS DE RODAPÉ

(1) Cf. Art. 17 nos termos da Lei paulista n. 7835/92, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos.

(2) Planiol, Marcel. *Traité de la responsabilité civile em droit français*, Paris, 1951, v.1, n.4.

(3) Cahali, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1996, p. 27.

**BIBLIOGRAFIA**

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, Jurídica e Universitária : São Paulo, 1999.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1996.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Graal: Rio de Janeiro, 1984.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. Saraiva: São Paulo, 2003.

JÚNIOR, José Cretella. Responsabilidade civil do Estado legislador. Saraiva: São Paulo, 2000.

LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. Saraiva: São Paulo, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Malheiros: São Paulo, 1998.

MORAES, Alexandre de Moraes. Reforma administrativa. Atlas: São Paulo, 1999.

NUNES, António José Avelãs. O Keynesianismo e a Contra-revolução Monetarista, Coimbra, 1991 (separata do Boletim de Ciências Económicas),

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Forense: Rio de Janeiro, 1990.

PLANIOL, Marcel. Traité de la responsabilité civile em droit français, Paris, 1951, v.1, n.4.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Radical. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. Saraiva: São Paulo, 1994.

Date Created

09/06/2004