



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil do Estado por atos praticados com abuso de poder

Maíra Neves de Araujo

Rio de Janeiro
2012

MAÍRA NEVES DE ARAUJO

Responsabilidade Civil do Estado por atos praticados com abuso de poder

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores: Mônica Areal
Nelson Tavares
Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2012

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS PRATICADOS COM ABUSO DE PODER

Maíra Neves de Araujo

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O ato abusivo, especialmente na esfera administrativa, além de lesivo ao administrado e à própria Administração Pública, se restar impune, frustra a confiança coletiva nas instituições do Estado. Assim sendo, os danos sofridos pelo particular e pela coletividade em decorrência das atividades praticadas em nome do poder público, merece reparação. É preciso encarar a atuação da Administração Pública como a serviço da coletividade. Entender o servidor público ou agente público como alguém que trabalha pela coletividade e em nome dela, de forma a exigir-lhe atuação com boa-fé, representa uma forma de garantir a credibilidade das instituições públicas, assunto atualmente muito em evidência.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Ato abusivo. Excesso e desvio de poder. Autoexecutoriedade. Responsabilidade civil do Estado e de seus agentes.

Sumário: Introdução. 1. Ato abusivo: conceito e efeitos. 2. Agente público. 3. Autoexecutoriedade. 4. Responsabilidade Civil do agente público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do abuso no exercício de atividades e na condução dos poderes estatais no ordenamento pátrio e as questões acerca de suas consequências, dentre elas a manutenção do ato administrativo abusivo e a responsabilidade tanto do Estado quanto do agente público responsável pelos prejuízos que sejam causados aos administrados, individual e coletivamente, quando este último agir em abuso, excesso ou desvio de poder, de forma imoral e ilícita.

Os institutos citados fazem parte do cotidiano da sociedade, pois para toda atuação do poder público é preciso visar ao interesse público e a autoexecutoriedade é o

atributo do ato administrativo que viabiliza ao administrador alcançar tal objetivo.

Tendo em vista que a autoexecutoriedade tem de se pautar nos limites legais e de moralidade administrativa. Não somente a inobservância de formalidade prevista em lei torna ilegal o exercício do poder de polícia e sujeita a Administração pública ao dever de indenizar os prejuízos suportados pelo administrado. O ato imoral que gera prejuízo ao administrado também deve sê-lo.

A responsabilidade civil do Estado, segundo ensinamento consagrado doutrinária e jurisprudencialmente, representa não somente uma forma de controle dos atos estatais pelo poder judiciário, mas também permite a repartição dos ônus sociais – na medida em que faz com que o administrado lesado seja compensado pela coletividade por sua perda – e reforça a credibilidade do cidadão comum nas instituições governamentais.

Atualmente o poder público no Estado e no Município do Rio de Janeiro, com o intuito de incrementar e restaurar o ordenamento urbano, apresenta estratégias e realiza operações, no exercício de seu poder de polícia, para controlar o comércio irregular, para ocupar áreas de favelas e implantar alguns postos prestadores de serviços públicos, e, ainda, para determinar a remoção de construções irregulares em áreas de risco ou de preservação ambiental.

No presente trabalho busca-se despertar a atenção para a necessidade de controle da autoexecutoriedade dos atos administrativos, analisando-se o ato discricionário em seu mérito sob o ângulo da razoabilidade e moralidade administrativa. Isso porque, mesmo as escolhas lícitas do administrador público podem dar ensejo à sua responsabilização civil e do ente público responsável por suas atividades, em razão do prejuízo causado ao particular.

O presente trabalho analisa o ato abusivo em suas concepções mais aceitas e sua ocorrência em atos administrativos realizados em função da autoexecutoriedade característica da atuação do Poder Público, para vislumbrar as situações em que haverá a necessidade de

responsabilização civil do Estado ou do agente público diretamente, por ato discricionário, como forma de reafirmar o Estado de Direito e todos os seus princípios regentes.

1. ATO ABUSIVO

O ato que, em princípio, contém os elementos básicos para sua adequação formal ao ordenamento jurídico pode, concretamente, ser praticado com o intuito de prejudicar outrem ou de forma desvinculada aos fins que justificaram a sua criação. Neste sentido, a identificação e o estudo do instituto do abuso do direito tem grande importância não somente para o direito e para as relações privadas, mas para todo o ordenamento, como forma de reafirmar os princípios da boa-fé e da confiança, que devem pautar todas as relações sociais.

1.1 CONCEITO

O ato abusivo é aquele que resulta do exercício excedente de um direito subjetivo, violando não somente seus limites morais, mas também os ideais de justiça, equidade e solidariedade, que existem acima do plano da legalidade.

A doutrina evoluiu para adotar, consoante os ensinamentos de Heloisa Carpena¹, a seguinte concepção:

[...] ato abusivo como aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito subjetivo.

O exercício de um direito em conformidade com o ordenamento jurídico se destina à consecução da vantagem a que ele alude. Não é possível que uma pessoa venha a se valer de um direito para atingir finalidade diversa daquela para o qual ele foi criado.

¹ CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.380.

O Código Civil de 2002, diferentemente do código anterior, previu expressamente a figura do abuso de direito no seu art. 187. Essa nova redação expressamente se refere aos limites éticos que devem pautar o exercício dos direitos subjetivos ou outras prerrogativas individuais.

O citado dispositivo estabelece que os limites ao exercício regular de um direito ou vantagem são a boa-fé objetiva, os bons costumes e a função social e econômica dos direitos.

A importância do valor boa-fé no ordenamento jurídico pós 1988 é ainda crescente. Essa constatação é feita inclusive por Sérgio Cavalieri Filho², para quem “a boa-fé é o princípio cardeal do Código de 2002, que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, enquanto forma regulamentadora das relações humanas”.

No seu aspecto objetivo, a boa-fé é comportamento exigível para afastar atuações com finalidade oposta àquela que se deveria licitamente esperar. O Código Civil de 2002 inovou ao apresentar a boa-fé objetiva como uma cláusula geral implícita em todos os atos negociais.

Além de Cavalieri Filho, alguns doutrinadores, como Fábio de Oliveira Azevedo³, delimitam três funções típicas desempenhadas pela boa-fé objetiva no direito brasileiro.

A primeira das funções é a interpretativa, prevista no art. 113 do Código Civil, segundo a qual a boa-fé objetiva desempenha inicialmente um papel de regra de interpretação da declaração da vontade nos negócios jurídicos.

A segunda função da boa-fé objetiva é integrativa e está prevista no art. 422 do Código Civil, representando a existência de deveres anexos, normas de conduta impostas aos envolvidos em uma contratação. Vale destacar que já está assentado na jurisprudência pátria

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p.179.

³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira, *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.96/100.

que a boa-fé tem de ser observada não somente durante a contratação, mas também nas fases pré e pós-contratuais.

A terceira função é de controle, pois é limitadora do exercício de direitos, pois representa o dever de atuar com confiança e lealdade. Um exemplo desta ideia está previsto na regra do art. 187 do Código Civil.

Toda a teoria do abuso de direito surge da análise valorativa do exercício do direito. Vale destacar que a Teoria do abuso do direito foi sistematizada no século XX, porém há resquícios no direito romano. Na idade média essa ideia estava atrelada à de atos emulativos, que representa o ato praticado com o intuito único de causar dano a outrem. Posteriormente passou-se a identificar o abuso de direito como um instituto mais amplo, pois também estava configurado quando o exercício do direito representasse a violação dos seus próprios fins econômicos e sociais.

No Brasil, ainda hoje se discute se o abuso de direito é um ato ilícito ou uma categoria jurídica autônoma. Uma primeira linha de raciocínio, sustentada por Maria Helena Diniz⁴ afirma, com base em uma interpretação literal do disposto no art. 187 do Código Civil, que a sua natureza é de ato ilícito ao lado da outra modalidade de ilicitude prevista pelo art. 186 do mesmo código.

Outro entendimento, sustentado por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes⁵, é no sentido de que o ato abusivo representa uma categoria jurídica autônoma e determinaria uma análise objetiva da conduta, aproximando-se da responsabilidade objetiva.

Corroborando com este segundo entendimento, Azevedo⁶ explica que:

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.1: Teoria Geral do Direito, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.470/471.

⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, v.I, Rio de Janeiro:Renovar, 2004, p.381.

⁶ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.99.

O ato ilícito representa a inobservância de um limite lógico-formal, pois o comando legal é violado. No abuso de direito há a violação do limite axiológico-material, pois o sujeito age no exercício do seu direito, embora agredindo os valores que inspiraram a sua criação.

Aderindo a qualquer das linhas de pensamento acima descritas, o ato abusivo sempre enseja a responsabilidade civil do agente, visto que ele atua sem direito. Entretanto, é preciso lembrar que não é a caracterização de um ato como ilícito que enseja a obrigação de indenizar.

Para os adeptos do primeiro entendimento, o fato do ato ilícito e do abuso de direito produzirem os mesmos efeitos não lhes determina a mesma natureza, pois, embora ambos sejam atos antijurídicos, somente há ato ilícito quando o ordenamento descreve de forma preordenada o comportamento contrário ao dever jurídico. Em se tratando de ato abusivo, diferentemente, o direito, vantagem ou poder subjetivo está descrito na norma, mas não há a prévia e completa descrição dos limites ao seu exercício. Nem seria possível.

Ainda segundo esse raciocínio caberá ao julgador, diante do caso concreto, apoiando-se nos princípios – que possuem maior grau de abstração que as regras –, reconhecer o comportamento antissocial.

Adepta do primeiro entendimento, Heloísa Carpena não limita o instituto do abuso do direito ao exercício de direitos subjetivos, mas também vislumbra que essa figura pode ser reconhecida em relação a qualquer situação subjetiva, quer sejam faculdades, liberdades, direitos potestativos ou poderes. Embora divirja quanto à natureza do instituto, a professora Maria Helena Diniz⁷, corrobora as lições da autora acima e sustenta:

No uso de um poder, direito ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações de um direito, lesando alguém, traz como efeito jurídico o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal, ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa fé e aos bons costumes e por desvio da finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido.

⁷ DINIZ, Maria Helena. op. cit., p.471.

Essa ideia amplia a noção de ato abusivo trazida pelo texto literal do art. 187 do Código Civil, que somente se refere apenas ao titular de um “direito”.

Embora Maria Helena Diniz entenda que o ato abusivo seja espécie de ato ilícito, concorda com Gustavo Tepedino e Heloisa Carpena que para a sua análise não é preciso verificar se há a intenção do agente de causar danos, mas que se identifique o desvio de finalidade ou de função social. Concluem que a análise há de ser de natureza objetiva, independentemente de ter agido com dolo ou culpa.

Ao prever como limites a boa-fé, os bons costumes e a finalidade social e econômica, o legislador submeteu o manejo de direitos e interesses individuais e coletivos a valores éticos e morais, relacionando liberdades individuais e solidariedade social.

O próprio princípio da boa-fé encontra fundamento na Constituição da República de 1988, pois quando essa, em seu artigo 3º, I, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é de se pressupor que a atuação de boa-fé é um antecedente lógico para a consecução desse objetivo.

A exigência de atuação conforme o ordenamento jurídico não se aplica somente aos atos da vida privada. Também na atuação pública é exigível a atuação nos estritos limites determinados pelo ordenamento jurídico, não restrito à análise da mera legalidade.

No âmbito público, a conduta realizada em desacordo com a boa-fé, os bons costumes ou dissociada de sua finalidade socioeconômica é também abusiva e, portanto, ilegítima. O agente público, que no exercício de suas funções e em razão delas assim atua, o faz em abuso de poder.

Vale destacar que boa parte da doutrina ainda sustenta que a boa-fé seria um princípio inútil para o Direito Administrativo, porque estaria implícito no conceito de interesse público. Para os que sustentam a proteção da boa-fé na seara pública, esta se

justifica pela impossibilidade do Estado violar a confiança que a própria legitimidade dos atos administrativos traz. O assunto é mais explorado quando se trata de licitações, quando a Administração atua para satisfazer as necessidades sociais e corresponder às demandas dos administrados.

Em matéria de contratos administrativos, exige-se boa-fé do particular contratado e também do agente do Estado a quem cabe ponderar os interesses envolvidos na contratação com vistas ao interesse público.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar exaltou a importância da observância da boa-fé nas relações regidas pelo Direito Público quando do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça⁸, do RMS 6.183-MG, em 1995, em que afirmou:

MEMORANDO DE ENTENDIMENTO. BOA-FE. SUSPENSÃO DO PROCESSO. O COMPROMISSO PUBLICO ASSUMIDO PELO MINISTRO DA FAZENDA, ATRAVES DE 'MEMORANDO DE ENTENDIMENTO', PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO JUDICIAL DE DIVIDA BANCARIA DE DEVEDOR QUE SE APRESENTASSE PARA ACERTO DE CONTAS, GERA NO MUTUARIO A JUSTA EXPECTATIVA DE QUE ESSA SUSPENSÃO OCORRERA, PREENCHIDA A CONDIÇÃO. DIREITO DE OBTER A SUSPENSÃO FUNDADO NO PRINCIPIO DA BOA-FE OBJETIVA, QUE PRIVILEGIA O RESPEITO A LEALDADE. DEFERIMENTO DA LIMINAR, QUE GARANTIU A SUSPENSÃO PLEITEADA. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

a tutela do comportamento de boa-fé é muito mais necessária no direito administrativo do que no direito privado, porque a Administração, exercendo um poder mais amplo em relação àqueles dos outros sujeitos participantes do procedimento, deve ser submetida a maiores regras.

Segundo Raquel Melo Urbano de Carvalho⁹, “na definição de boa-fé objetiva, parte-se, mais uma vez, de um modelo de conduta administrativa, baseado na proteção do interesse público primário, na honestidade e na lealdade”.

⁸ Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. RMS 6.183-MG. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 14/11/1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 28.03.2012.

⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício.(Org.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo*. 2 ed., rev.e ampliada. Salvador: Jus Podium, 2010, p.478/479.

1.2 FORMAS DE ABUSO: EXCESSO E DESVIO DE PODER

O Estado atua por meio de seus agentes e nos limites descritos pelo ordenamento jurídico. São os agentes públicos, em sentido mais amplo, as pessoas que concretizam a vontade do Estado, por isso atuam em seu nome e por sua conta, porém em favor da coletividade por ele representada.

O ordenamento, para assegurar a atuação em benefício da sociedade, precisa dotar os agentes do Estado de instrumentos hábeis para tanto. Tais instrumentos possuem características peculiares, necessárias à execução das atividades de interesse público. Dentre esses estão os poderes administrativos, que são prerrogativas para a atuação em nome do poder público. Ao lado desses poderes, o ordenamento estabeleceu deveres administrativos, de forma a limitar os poderes conferidos.

O exercício dos poderes com observância dos deveres representa adequação da atuação estatal ao ordenamento jurídico.

A conduta abusiva dos agentes públicos pode decorrer, segundo José dos Santos Carvalho Filho¹⁰, de duas causas: “1ª) o agente atua fora dos limites de sua competência; e 2ª) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo”.

Para este autor, a primeira causa caracteriza o **“excesso de poder”** e a segunda, o **“desvio de poder”**.

Excesso de poder representa, consoante denomina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um “abuso de competência”, pois nesta situação o agente público, ou mesmo um órgão ou ente, atua fora dos limites de suas atribuições legalmente determinadas.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.44.

Já o desvio de poder, também denominado “**desvio de finalidade**”, inclusive pela Lei n. 4.717, de 29/6/1965, art. 2º, parágrafo único, ”e”, ou “abuso de poder”, segundo Moreira Neto, é a violação do interesse público, que é a finalidade maior da atuação estatal. Neste caso o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu.

O desvio de poder pode também ocorrer na prática de atos discricionários, situação em que o agente público, que em princípio estaria autorizado por lei a fazer escolhas que melhor atendam ao interesse público envolvido, atua de forma a atender interesses outros, que não os da coletividade.

Tanto o excesso quanto o desvio de poder representam atos abusivos, pois o exercício das prerrogativas conferidas aos agentes públicos se dá em violação à boa-fé, aos bons costumes e aos fins econômicos e sociais motivadores da atuação estatal.

1.3 EFEITOS DO ABUSO DO PODER

Agindo com excesso ou desvio de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa.

Como as situações de abuso representam vícios em elementos essenciais do ato administrativo – a competência e a finalidade – a consequência é que o ato praticado será nulo.

A invalidação da conduta abusiva pode ocorrer na própria esfera administrativa (autotutela) ou por meio de ação judicial, seja por mandado de segurança ou por ação popular (CRFB/88, art. 5º, LXIX e LXXIII). Vale lembrar que a Administração Pública pode revogar ou anular seus próprios atos, enquanto que ao Poder Judiciário somente é permitido anular um ato administrativo que se reconheça eivado de vício.

Resta saber se tal ato pode ser aproveitado, ou seja, se pode haver a correção do vício que o macula, independentemente de qualquer discussão acerca de responsabilidade civil que o envolva.

1.3 DESFAZIMENTO DO ATO ABUSIVO

Diante da ilegalidade que denota o ato abusivo, os seus efeitos precisam, via de regra, ser desconstituídos, por meio da anulação de atos ou contratos, gerando atribuição de responsabilidade civil ao Estado.

Em Direito Administrativo, a regra de que “o que foi declarado nulo não produz efeitos” recebe temperamentos de forma a garantir outros princípios, tais como o da segurança jurídica, da boa-fé e confiança dos administrados e também em nome do interesse público.

Assim é que, sempre que necessário para resguardar direitos fundamentais, é possível o reconhecimento de eficácia a atos anulados, seja de forma judicial ou administrativa. Há o poder de ponderar entre interesse público e segurança jurídica, de forma a anular ou manter íntegro o ato, ou ainda em reduzir a extensão de seus efeitos.

O resultado dessa ponderação atende, segundo Moreira Neto¹¹, à prossecução da juridicidade em seu sentido mais amplo:

A juridicidade, também conhecida como legalidade em sentido amplo, e assim entendida como submissão do agir ao direito, compreende tanto a legalidade, agora tomada em sentido estrito, quanto a legitimidade e a licitude (moralidade), constituindo-se na tríplice referência da ordem jurídica para a administração pública.

Admitida a relativização da regra da nulidade do ato, o processo utilizado pela Administração para aproveitar os atos administrativos, em nome do interesse público ou para

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.197.

respeitar a boa-fé do administrado, é chamado de sanatória ou convalidação ou aperfeiçoamento, segundo a maioria da doutrina.

O artigo 55 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo em âmbito federal, prevê expressamente a possibilidade de convalidação, pela Administração, de atos eivados de vícios, desde que isso não gere lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

A sanatória somente pode ser empregada, consoante ensinamentos de Moreira Neto¹², em duas condições: se existir um ato viciado a ser sanado e se admissível o emprego da discricionariedade para fazê-lo.

Vale destacar que a sanatória, segundo Moreira Neto¹³, “não pode ser praticada em duas hipóteses: *primo*, se a existência do vício invalidante for imputada à parte que presumidamente se beneficiará do ato, e, *secundo*, se o vício era manifesto.”

O processo da sanatória somente será possível, vale salientar, enquanto não tiver sido anulado o ato. A doutrina majoritária apresenta algumas espécies de sanatória: ratificação, reforma e conversão.

A ratificação é o ato administrativo no qual a autoridade competente, na forma da lei, supre a falha e corrige o defeito de competência que antes maculava o ato originário. Este não é admitido apenas em se tratando de competência atribuída com exclusividade, pois a competência exclusiva é indelegável ou, ainda, em casos de incompetência em razão da matéria.

A ratificação gera efeitos retroativos, saneando o ato desde a sua origem. Se a ratificação não é admitida por lei e se o ato viciado gerar prejuízo ao administrado, este deverá ser indenizado.

¹² MOREIRA NETO, op.cit. p.215

¹³ *ibid.*, p.216.

Além das consequências administrativas, o abuso de poder pode constituir, em algumas circunstâncias, um ilícito penal, conforme previsto na Lei n. 4.898, de 9/12/1965, que estabelece as sanções aplicáveis ao agente público que atuou abusivamente.

A reforma, por sua vez, é espécie de sanatória segundo a qual um novo ato administrativo retira a parte inválida do ato viciado, mantendo-se a eficácia da parte sadia. Esta espécie gera efeitos retroativos, convalidando o ato desde a origem.

A conversão é forma de sanatória na qual são aproveitados os elementos válidos de um ato administrativo anterior e viciado, para articular a prolação de um ato novo com a mesma finalidade.

Agora resta identificar quem são os autores dos atos abusivos praticados em nome da Administração Pública.

2. AGENTE PÚBLICO

O Estado atua por meio de seus agentes, órgãos internos e pessoas administrativas vinculadas a ele.

Agentes públicos, segundo uma visão muito ampla, são todas as pessoas físicas, independentemente da vinculação existente, que prestam serviços ou realizam atividades, de forma habitual, eventual, temporária, estável ou vitalícia, em nome da Administração Pública.

Alguns dispositivos legais conceituam agente público para, assim, estabelecer seu âmbito de atuação. É o caso da previsão do art. 327 do Código Penal e do art.2º da Lei 8.429/92.

Há uma classificação, de Celso Antonio Bandeira de Mello, consagrada por doutrinadores como Maria Sylvia Di Pietro¹⁴ e Diógenes Gasparini, que apresenta o termo

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.353.

“agente público” como gênero que comportaria três espécies: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração.

Num primeiro grupo estão os agentes políticos, titulares dos cargos estruturais à organização política do País, a doutrina é unânime em afirmar que eles ocupam cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado. Eles seriam os responsáveis pela formação da vontade superior do Estado.

No segundo grupo estão os servidores públicos, que mantêm com o Poder Público relação de natureza profissional, não eventual, sob vínculo de dependência. São as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Pública Indireta. Estão contidos nesse grupo os funcionários públicos sob o regime estatutário e ocupantes de cargos públicos, os empregados públicos e os servidores temporários.

O terceiro grupo é formado por particulares em colaboração com a Administração, que servem ao Poder Público cumprindo função ou serviço público, por requisição do Estado, por vontade própria ou, ainda, com a concordância do Poder Público e sem relação de dependência institucional. Neste grupo estão os delegatários do poder público, os requisitados, nomeados ou designados para o exercício de funções públicas relevantes, normalmente sem remuneração, e os gestores de negócios, que assumem determinada função pública em momento de emergência ou calamidade.

O Estado, para atingir os fins sociais que justificaram a sua criação, precisa ter mecanismos inseridos no ordenamento jurídico para impor a vontade coletiva sobre os interesses particulares. As ações do Estado, restritivas de direitos individuais, em nome do interesse público representam o poder de polícia em seu sentido mais amplo.

Tal atividade administrativa, que representa uma prerrogativa conferida aos agentes da Administração Pública, somente poderá restringir e condicionar a liberdade e a propriedade individuais em favor do interesse da coletividade e desde que limitada pela norma legal.

Para se estabelecer a idoneidade do exercício do poder de polícia é preciso que o Estado edite as próprias leis limitativas, estabelecendo que restrições podem ser impostas. Neste sentido é que poder de polícia está intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade.

3. AUTOEXECUTORIEDADE

O princípio da autoexecutoriedade reforça a noção de que a função administrativa é atividade estatal autônoma, porém submetida à observância do princípio da legalidade, por isso não haveria justificativa para submeter a ação administrativa à uma prévia avaliação por um órgão jurisdicional ou legislativo.

Antes do estudo do princípio ou atributo da autoexecutoriedade é preciso traçar as premissas básicas determinadas pelo princípio da legalidade, que lhe serve de limite e norte.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é a expressão maior da autolimitação do Estado e determina, para garantir segurança jurídica aos administrados, que o Estado tem a sua atuação adstrita à existência de uma lei que a isso determine, tal como expresso no art.5º, II, CRFB/88.

Doutrinadores como Moreira Neto¹⁵ sustentam que o princípio da legalidade não pode ser restrito à observância da lei formal, mas como princípio de juridicidade, em que há a submissão a todo o Direito.

A legalidade ou juridicidade também informa a atuação administrativa, que é baseada no princípio de Discricionariedade, segundo o qual a Administração Pública tem

¹⁵ MOREIRA NETO, op.cit., p.204.

espaço jurídico decisório, dentro do qual seus agentes poderão, dentro dos limites legislativos ou constitucionais, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, visando a boa administração.

O exercício da discricionariedade não pode ultrapassar a vinculação à juridicidade, sob pena de se transmutar em arbitrariedade.

A legalidade, conforme ensina Moreira Neto¹⁶, é a “vontade juridicamente positivada”, enquanto que a legitimidade é a “vontade democraticamente expressa, positivada ou não”. Para o autor, a legitimidade, porque derivada do princípio democrático, representa a vontade geral popular, definidora, em última análise, dos interesses públicos, dos quais a atividade administrativa não pode se afastar.

Desses conceitos e princípios decorre a ideia de moralidade administrativa, não como uma intenção ética puramente, mas como uma derivação da legitimidade e da finalidade pública.

Haverá imoralidade administrativa toda vez que o agente público atuar em desvio ou com ausência de finalidade pública ou por sua ineficiência grosseira, que, consoante ensinamentos de Moreira Neto¹⁷, representam a violação ao princípio da boa administração, inafastável suporte ético da ação administrativa pública.

O Superior Tribunal de Justiça entende que configura ato de improbidade administrativa, tal como previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, a atuação pública em desrespeito a qualquer dos princípios informadores da Administração Pública, previstos no art. 37 da CRFB/88, independente de dolo ou culpa na conduta do agente, bem como da prova

¹⁶ MOREIRA NETO, op.cit., p.82.

¹⁷Ibidem, p.96 e 97.

da lesão ao erário, porquanto basta a ilicitude ou imoralidade administrativa para configurar a improbidade.¹⁸

A improbidade do agente estatal representa também uma violação aos princípios da boa-fé, em seu aspecto objetivo, e da confiança, o que representa desrespeito às justas expectativas dos administrados em relação às instituições governamentais, afastando o ato administrativo praticado da legitimidade que teria justificado a sua prática.

Pelo exposto, a atuação discricionária da Administração Pública também se submete aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da moralidade administrativa, uma vez que as escolhas do administrador não podem minimamente se afastar do interesse público.

3.2 AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:

A autoexecutoriedade é um atributo do ato administrativo que dota-o de poder para ser executado pela própria Administração Pública, independentemente de intervenção do Poder Judiciário.

O mestre Hely Lopes Meirelles¹⁹ já ensinava:

[...] realmente, não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública.

O Estado, ao atuar com autoexecutoriedade, pode acabar por causar danos aos administrados. Mesmo atuando legitimamente, o Estado pode ser chamado a indenizar os danos sofridos pelos administrados, em atendimento ao princípio da confiança. Com mais

¹⁸ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 915.322-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23/9/2008. Informativo nº 0369. Período de 22 a 26 de setembro de 2008. Disponível em: <HTTP://www.stj.jus.br>. Acesso em 28/3/2012.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed.atual., São Paulo: Malheiros, 1997, p.145.

razão, o manejo de instrumentos de autoexecutoriedade com finalidade privada determina a obrigação de indenizar os administrados atingidos pelo ato administrativo.

A Administração Pública comumente realiza operações para a fiscalização de atividades de interesse público de forma a organizar a sua prestação pelos particulares. É o caso das fiscalizações em taxis, vans, bares e restaurantes, em que há a apreensão e remoção de veículos, mesas e cadeiras, lacre de estabelecimentos, remoção de famílias de residências em áreas de risco, encaminhamento de moradores de rua a abrigos estatais, dentre outras.

Recentemente a Prefeitura do Rio de Janeiro vem atuando para fazer valer, de forma autoexecutória, as normas de zoneamento urbano, no intuito de manter a organização e possibilitar a fiscalização de diversas atividades empresariais em operações denominadas “choque de ordem”. Em razão dessa atividade administrativa surgiram muitas denúncias sobre arbitrariedades supostamente praticadas no exercício do poder de polícia por agentes da municipalidade.

A atuação fora da descrição legal, com arbitrariedade e excesso de poder determina não somente a invalidade do ato, como também a obrigação de indenizar os prejuízos causados.

Esse raciocínio prevalece mesmo se o comportamento do particular concorreu – não de forma isolada – para a ocorrência da lesão. Isso se dá nas situações em que o Estado foi negligente e não exerceu o poder de polícia por meio da fiscalização, impedindo que o particular atuasse contrariamente à legislação de modo a colocar em risco sua integridade física ou vida e de seus semelhantes.

Em respeito aos princípios da segurança jurídica e da confiança, se o atuar irregular dos particulares persistiu por anos em razão da inércia da Administração Pública, para que esta modifique o estado dos fatos, será necessário intimar o particular para apresentar defesa,

instaurando um procedimento administrativo em respeito ao contraditório e ampla defesa, também princípios que norteiam a atuação pública.

O reconhecimento da necessidade de proteção da boa-fé do administrado tem sido assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que em diversos precedentes ponderou entre a proteção à boa-fé e a atuação autoexecutória da Administração, permitindo inclusive o ressarcimento dos danos causados ao administrado lesado. Neste sentido, vale destacar o julgado abaixo²⁰:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.243.895 - RJ (2009/0205300-7)
RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS
PROCURADOR: LEONARDO FIGUEIREDO DOS SANTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : LUIZ ALBERTO DOS SANTOS
ADVOGADO : RUY SERAFIN BARBOSA ALHEIRA DE OLIVEIRA
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. DEMOLIÇÃO DE OBRA CONSTRUÍDA EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL SEM AVISO PRÉVIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMPROVADA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
[...]
- Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa, uma vez que o fato de o autor exercer posse de boa-fé sobre o imóvel já lhe autoriza recorrer ao Poder Judiciário para obter a indenização pelas benfeitorias nele realizadas, que não foram ressarcidas em sede administrativa.
[...]
A inobservância da formalidade prevista em lei torna ilegal o exercício do poder de polícia, sujeitando a Administração municipal ao dever de indenizar os prejuízos suportados pelo administrado. Não que se cogitar de exercício regular de direito, porquanto somente poderia a Municipalidade demolir a construção se notificado previamente o autor, o que não ocorreu.

É possível verificar que todo o ordenamento jurídico funciona, em razão do direcionamento determinado por seus princípios, para impedir a atuação fora ou contrária aos interesses públicos e em desrespeito a direitos fundamentais. Assim sendo, é de se reconhecer que este mesmo ordenamento traga os instrumentos aptos a coibir essas práticas e a resolver as suas consequências.

²⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.243.895–RJ. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 29/2/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 28/3/2012.

3.3 LEGITIMIDADE DAS AÇÕES ESTATAIS

Voltando ao tema da legitimidade das ações estatais e a sua conexão com a finalidade pública, para a análise da responsabilidade estatal por atos autoexecutórios é possível avaliar atos como os que foram noticiados em abril do ano de 2011 pela imprensa de nosso país: Raquel Rolnik, relatora Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Direito à Moradia Adequada, divulgou parecer sobre violações de direitos humanos em obras da Copa de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016, em que citava problemas em cidades como São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Curitiba (PR), Porto Alegre (RS), Recife (PE), Natal (RN) e Fortaleza (CE).

Muitos grupos comunitários se organizaram, na ocasião, para denunciar que comunidades inteiras estavam sendo removidas para dar passagem às obras de infraestrutura para os referidos jogos em um processo que desrespeitaria as legislações em casos de despejo, remoção e reassentamento.

A citada urbanista chegou a denunciar²¹ que:

[...]parece haver em todas as cidades um padrão de falta de transparência, consulta, diálogo, negociação justa e participação das comunidades atingidas em processos relativos a remoções já realizadas ou planejadas no âmbito da preparação para a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos.

Em situações como a ora narrada, além da necessidade de se apurar a ocorrência dos fatos, apurar responsabilidades e imputar sanções, para manter a segurança jurídica e a confiança da população nas instituições governamentais, é preciso que haja a responsabilização civil do Estado pelos danos causados.

²¹ <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidades/2011/07/copa-movimentos-sociais-vaio-as-ruas-neste-sabado-contra-irregularidades-em-obras>. Acesso em 28.03.2012.

Mesmo que inicialmente o ato praticado vise ao interesse coletivo, se há desrespeito a direitos fundamentais, todo o Estado Democrático de Direito é colocado em risco. Não há como legitimar uma atuação abusiva pela visão simplista de que “os fins justificam os meios”.

As escolhas do administrador público executadas de forma excessiva, desproporcional, ilegal ou inconstitucional retiram a legitimidade dos atos praticados. Se na prática não é possível o desfazimento de todos os atos administrativos viciados, o Estado deve ser acionado para diminuir as consequências destes e indenizar os prejuízos sofridos por particulares e mesmo pela coletividade.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO

A atuação ou inação administrativa, ainda que lícita, pode ser causadora de prejuízo ao administrado, à coletividade ou ao próprio ente federativo. Nos dois primeiros casos, vislumbra-se a responsabilidade do ente estatal, mas no último impõe-se a responsabilidade civil do agente público de forma isolada.

A ideia de responsabilidade é, para Moreira Neto²², um princípio geral informador de todos os ramos e institutos do sistema jurídico pátrio, especialmente no direito público, em que é pedra angular. Para este autor, no Direito Administrativo é mais grave a responsabilidade do agente, “pois não se trata apenas de submeter-se à lei quando agir, mas de agir sempre, quando e como a lei o prescreva”.

A atuação improba do administrador público, caracterizado o prejuízo ao erário, segundo entendimento do STJ, determina o ressarcimento não propriamente como uma sanção, mas sim uma consequência imediata e necessária do próprio ato combatido²³.

²² Moreira Neto, op.cit., p.84.

²³ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. REsp 622.234-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 1º/10/2009. Informativo nº 0409, período: 28 de setembro a 2 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28/3/2012.

O tratamento do tema da responsabilidade civil do agente estatal sofreu grande evolução legislativa, jurisprudencial e por meio do trabalho integrativo da doutrina. Passemos a analisar o histórico da matéria nas Constituições brasileiras.

Na Carta Constitucional de 1824 havia a previsão, em seu artigo 99, de que a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, não se sujeitando a nenhum tipo de responsabilidade. Em relação aos Ministros de Estado, essa Constituição, em seu artigo 133, estabeleceu a sua responsabilidade “por traição, por peita, suborno ou concussão, por abuso de poder, pela falta de observância da lei, pelo que obrarem contra a liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos, e por qualquer dissipação dos bens públicos”.

Quanto aos empregados públicos, o seu artigo 178 previa que “estes eram estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e, por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

Na Constituição de 1891, o art.82 trouxe regra no mesmo sentido.

Inicialmente já é possível constatar que no ordenamento brasileiro jamais se entendeu pela total exclusão da responsabilidade do Estado. Ao contrário de ser reconhecida somente a responsabilidade pessoal do funcionário, entendia-se haver a solidariedade do Estado no dever de reparar o dano.

Nessa ocasião, foi promulgado o Decreto nº 24.216 de 1934, que excluía a responsabilidade do Estado quando o ato do agente causador do dano caracterizasse crime previsto na lei penal, salvo se fosse ele mantido no cargo. Esse decreto foi derogado pela Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho.

No artigo 171 da Constituição de 1934 havia a seguinte previsão: “Os funcionários públicos são solidariamente responsáveis com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes da negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”.

Na Constituição de 1937 o artigo 158 previa a responsabilidade solidária dos funcionários públicos com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligencia, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Percebe-se, pois, que no texto das Constituições de 1934 e de 1937, foi mantida a responsabilidade subjetiva do Estado pela atuação de seus agentes. Na constituição seguinte, de 1946, vale destacar, houve substancial mudança de tratamento do tema.

Na Constituição de 1946 havia a seguinte previsão no art. 194:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único – Caber-lhe-á a ação regressiva contra funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Desde o advento da Constituição de 1946, a responsabilidade do Estado por atos ou omissões danosos de seus agentes é objetiva, ou seja, independe da prova de culpa dos agentes públicos e dos seus delegados no cometimento da lesão.

Essa sistemática foi mantida na Carta Constitucional de 1967, assim como na Emenda Constitucional (Ato 1) de 1969, que somente acrescentou, ao dispositivo – que em seu texto correspondia ao artigo 105 –, que cabe a ação regressiva contra o funcionário quando este agir com “culpa” ou “dolo”.

A jurisprudência da época, acompanhada pela doutrina, consagrou o entendimento de que a expressão “funcionário” não está utilizada no seu sentido estrito, mas sim compreendendo qualquer agente público, independentemente do título jurídico da investidura.

Por fim a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, previu:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Supremo Tribunal Federal²⁴ firmou entendimento, a partir do julgamento do RE n. 327.904, impedindo a promoção da responsabilização direta do agente público, entendendo que o citado art. 37, § 6º confere uma dupla garantia, uma dirigida ao cidadão, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público, e outra dirigida ao agente público, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer.

A responsabilização do agente político representa o traço distintivo do Estado moderno e somente com o Estado Republicano foi possível alterar a sistemática da responsabilidade dos agentes públicos.

Desde a primeira Carta Constitucional brasileira foram elaboradas inúmeras normas voltadas para a responsabilização de agentes públicos. Verifica-se que sempre houve a separação do tratamento dispensado aos agentes políticos e aos demais servidores públicos.

Atualmente estão vigentes: a Lei 1.079/50, aplicável ao Presidente, aos Governadores, aos Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Ministros de Estado e de Tribunais Superiores, membros de Procuradorias e Secretários de Estado; a Lei 7.106/83, que trata da responsabilidade do Governador do Distrito Federal e de seus Secretários; e o Decreto-lei 201/67, dirigido aos Prefeitos e Vereadores.

O tratamento diferenciado conferido aos agentes políticos em relação aos demais agentes públicos se justificaria no fato de que em relação àqueles não há a hierarquia que caracteriza a função dos demais. Os agentes políticos conduzem e deliberam os negócios públicos e os agentes públicos apenas cumprem e executam tarefas administrativas, sem maiores responsabilidades decisórias. Assim sendo, os primeiros somente se sujeitam a regras disciplinares decorrentes da CRFB/88.

²⁴ Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE n. 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, votação unânime, julgado em 15.08.2006, DJ 08/09/2006, Informativo 436, período: 14 a 18 de agosto de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 16.06.2012.

Na esteira do raciocínio formado acerca do tema, entende-se que também o ato abusivo, desproporcional ou imoral praticado pelo agente político, se desvinculado de sua finalidade pública ou afastado dos ditames constitucionais e legais, que causar dano ao patrimônio de particulares, gera responsabilidade do Estado, a par da eventual responsabilização político-administrativa que o primeiro possa vir a sofrer.

A repartição dos ônus sociais se impõe para evitar que uma minoria sofra desproporcionalmente para que a maioria obtenha alguns benefícios sociais.

CONCLUSÃO

O direito administrativo passou, assim como todo o Direito pátrio, por mutações e há consenso entre os operadores do Direito que a supremacia do interesse cedeu à supremacia dos princípios fundamentais constitucionais, com isso as garantias individuais e a indisponibilidade do interesse público foram reavaliadas em função de interesses juridicamente protegidos e ocasionalmente concorrentes com interesses públicos.

Neste sentido, o poder estatal sofreu uma modificação paradigmática, entendendo-se como imperativos apenas os atos necessários ao Estado, havendo de prevalecer os interesses públicos assim como dispostos em lei, respeitados os limites constitucionais.

Os atos próprios da Administração Pública que se refiram apenas a seus interesses patrimoniais, como pessoa jurídica de direito público interno, são tidos como interesses secundários e disponíveis. O Estado há de ser visto como um instrumento para que os indivíduos vivam com dignidade, a teor do que dispõe o art. 1º, III, da CRFB/88.

Neste sentido é que se deve avaliar a atuação abusiva ou excessiva dos administradores e agentes públicos em geral, não somente para que a atuação ilegal ou imoral não seja diminuída a uma mera irregularidade nem que seja encarada por parcela da sociedade

como situação em que os fins justificariam os meios, arriscando-se a própria essência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AZEVEDO, Fábio de Oliveira, *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In: TEPEDINO, Gustavo (coord.), A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício.(Org.). Leituras Complementares de Direito Administrativo*. 2 ed., rev.e ampliada. Salvador: *Jus Podium*, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.353.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed.atual., São Paulo: Malheiros, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14 ed. rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, v.I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.