

## *O devido Processo Legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (\*)

1. Conceito de Estado de Direito;
  - 1.1 Estado Democrático de Direito;
2. O devido processo legal no Estado Democrático de Direito;
  - 2.1. A igualdade material e o “due process”;
3. A vinculação do legislador, do executivo e do judiciário à lei;
  - 3.1. Legalidade e atos políticos;
4. A responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito;
  - 4.1. Breve esboço histórico da responsabilidade do Estado;
5. Responsabilidade do Estado por atos omissivos;
6. Excludentes da responsabilidade;
7. Responsabilidade pelos atos praticados pelo Legislativo e Judiciário;
8. Responsabilidade por dano decorrente do planejamento;
9. Modificação dos planos;
10. O princípio da segurança jurídica, da confiança, da lealdade e da boa fé;
  - 10.1. Razoabilidade;
  - 10.2. Proporcionalidade e congruência;
  - 10.3. Motivação;
11. Divisor entre atos controláveis e não controláveis pelo Judiciário;
  - 11.1. O controle possível dos atos políticos com a própria evolução do controle dos atos administrativos com parcela de discricionariedade;
  - 11.2. Sindicabilidade ou não do “mérito” do ato. Síntese conclusiva.

### *1. Conceito de Estado de Direito*

No tema a ser enfrentado, responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento, cabe inicialmente, como noção propedêutica, tentar situar o que entendemos por Estado de Direito. Esta a premissa essencial ao desenvolvimento do tema.

Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito? Ou a noção de Estado de Direito, deverá corresponder pressupostos mínimos? Se não entendermos que ao Estado de Direito seja necessária a “rule of law”, tal seja a existência de lei à qual o poder estatal se submeta, sequer poderíamos cogitar estarmos em face de Estado submisso a ordenamento jurídico.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos “freios e contrapesos”, do “juiz natural”, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou “post factum”, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

Enfim, não poderá a lei ser aparentemente respeitada e os conflitos entre administração e administrados não serem dirimidos imparcialmente, sem que a administração em juízo seja uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face de **ESTADO DE DIREITO**, porém ainda estaremos, na verdade em arremedo, em aparência de legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista estaria amplamente justificado<sup>1</sup>.

José Afonso da Silva enfatiza que se não pode apenas considerar Estado de Direito pela legalidade. Afirma o eminente publicista:

“Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”<sup>2</sup>.

Como se depreende o Estado de Direito não precisa, ou não lhe é essencial a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito, ao qual, em seguida, referir-nos-emos. Mas, como se verifica, também, ao Estado de legalidade apenas não é suficiente o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e cidadania existissem.

### 1.1. *Estado Democrático de Direito*

O Estado democrático de direito, como inserido na Constituição em seu artigo 1º, necessita, além desses requisitos, que o **poder emane do povo**. Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1º).

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstân-

---

<sup>1</sup> Vejam-se a respeito as obras Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, pág. 93 e seguintes, bem como Biscaretti di Ruffia, *Direito Constitucional*, traduzido por Maria Helena Diniz, cap. I, ainda Santi Romano, tradução de Maria Helena Diniz, *Princípios de Direito Constitucional*, principalmente, Cap. VI, VII, VIII e IX., Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, cap. I, II, III. Também consulte-se a importante obra de Sampaio Dória: *Direito Constitucional Tributário e “Due process of law”*, cap. II.

<sup>2</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição revista e ampliada, pág. 101.

cias diretamente. Além disso, e efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam efetivamente respeitados.

Enumera o ilustre constitucionalista precitado, José Afonso da Silva, os princípios necessários para existência efetiva do Estado democrático de direito. São eles: princípio da constitucionalidade, princípio democrático; princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, como já assinalamos, princípio de justiça social, princípio da igualdade, princípio da DIVISÃO DE PODERES, princípio da legalidade e da segurança jurídica<sup>3</sup>.

Considerando que essas noções foram necessárias como propedêuticas ao tema, embora sejam núcleo fundamental, haveremos de discorrer sobre alguns desses princípios na medida em que diretamente referidos à responsabilidade do Estado e, sobretudo à responsabilidade do Estado por **danos decorrentes do planejamento** e, mais ainda, das **modificações do planejamento**.

## *2. O devido processo legal no Estado Democrático de Direito*

Devemos inicialmente recordar a extensão da cláusula do “devido processo legal”. Lembremo-nos que o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, ainda no tempo de João Sem Terra, em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei - ele mesmo - mas a lei era a que o soberano ditava.

Destarte, aparece nessa época, o devido processo legal, exatamente para que o baronato tivesse a proteção da “**law of the land**”, a lei da terra, ou, como também conhecido mais tarde, da “**rule of the law**”. Quer dizer, o baronato deveria conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas, vê-se que, ainda, o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem a expressão com que, depois, passa do Direito Inglês para as colônias americanas e, mais tarde, para a Federação Americana.

É, todavia, depois das Emendas 5 e 14, que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda 5 deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedecem o devido processo legal, o “**due process of law**”. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda 5.

Na Emenda 14, há grande transformação, isso porque já não mais se fala apenas do devido processo legal, mas da igual proteção da lei: **equal protection of law**. Então, depois da Emenda 14, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a “**igualdade na lei**”, e não só “**perante a lei**”.

É uma distância enorme entre **respeitar-se a igualdade em face da lei e outra coisa**, como a breve passo nos referiremos, é se atentar para a **igualdade dentro da lei**.

---

<sup>3</sup> Id., ib., pág. 107/108.

Assim, o *due process of law* passa a ter conteúdo material e não mais apenas formal - passa a ter duplo conteúdo e vamos ver que, também, em alguns princípios processuais, aparece com duplo conteúdo, com conteúdo substancial e com conteúdo formal. Somente será *due process of law* aquela lei - a assim poderá ser aplicada pelo Magistrado - que não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis.

Barbosa Moreira, e também Michelle Taruffo, processualistas eméritos, abordando o problema de controle, dizem que as questões políticas devem ser controladas pelo Judiciário. E as questões políticas seriam **o que sobra, o que fica, o que remanesce** da determinação desses conceitos. Vamos dar exemplo prático - a medida provisória que, como já o era o decreto-lei - deve surgir apenas diante de situações tais que envolvam necessidade urgente e relevância da matéria.

Quando o texto constitucional prescreve no art. 5º, inc. LV, a obrigatoriedade do devido processo legal, e é o primeiro texto constitucional que a contém expressamente, não é por acaso. É um texto constitucional absolutamente moderno, é o texto constitucional da cidadania.

Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz em seu bojo o “devido processo legal” e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à **ampla defesa**, mas ampla defesa no Processo Penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o Processo Civil, mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a aceção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.

De conseqüente, impõe-se a conclusão que o conteúdo é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrigando a igualdade **substancial e formal**.

Não é possível pensar-se que, no final do século, a evolução do Direito Americano desde as primeiras décadas deste mesmo século, quando incorpora-se a cláusula em nossa Constituição equiparável às melhores constituições do Primeiro Mundo, à Constituição Espanhola, à Constituição Portuguesa, à Constituição Alemã - não é possível, repito, supor-se que o texto constitucional empregasse o “devido processo legal” apenas com o seu aspecto formal, com o aspecto do século passado.

Em outras palavras, somente no caso concreto - em face de lei concreta ou da aplicação concreta que um juiz ou administrador faça, em procedimentos, ou processos administrativos ou judiciais, é que veremos se foi cumprido o “*due process of law*”, que dependerá das circunstâncias, como dizia Holmes.

Passemos a enfrentar o “*due process*” em seu aspecto material, de grande importância para o fulcro de nossas atenções - a responsabilidade resultante da intervenção na economia.

## 2.1. A igualdade material e o "due process"

O princípio da igualdade temos a averbar que se coloca como vetor fundamental no texto Constitucional.

A generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a "equal protection of law", tal seja, à igualdade na lei.

O princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido. Não se concebe possa estar a função administrativa debaixo da lei e sem respeitar o princípio da igualdade.

Em conseqüência, o princípio da igualdade deve nortear, de ponta a ponta, toda atividade da Administração e os provimentos, por esta emanados, só serão válidos à medida que estejam atendendo o princípio.

A exata dimensão do princípio da igualdade é de cabal importância ao entendimento da discricionariedade, pois, se atento se estiver ao cumprimento do princípio, ver-se-á quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrimenes e quando não pode como, por exemplo, em atos administrativos gerais.

Em San Thiago Dantas vamos encontrar o exato conceito do que seja a igualdade na lei. E esta é muito importante.

O que significa a igualdade na lei?

Primeiro, San Thiago Dantas - in "**Problemas de Direito Positivo. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**" - diz que a lei, quando discrimina, não pode escolher aleatoriamente as situações. Tem de haver **razoabilidade nas classificações**. Caso não haja, não se poderá dizer cumprido o **due process of law**, mas, antes, haverá **undue process of law**, se não houver a predita razoabilidade das classificações.

Destarte, somente se concebe a igualdade na lei, se as classificações forem lógicas, razoáveis, obedientes a discrimines próprios. Por outro lado, também se refere San Thiago Dantas ao respeito aos princípios explícitos e implícitos da Constituição.

Aqui, lembraria que a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, logo no seu pórtico, no art. 1o., tem por fundamentos a **soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político**.

Já se referia Canotilho, na "Constituição Dirigente"<sup>4</sup>, que a chamada discricionariedade do Legislativo tem de ser aferida diante dos princípios constitucionais. Não é o legislador livre. Deve respeitar os princípios constitucionais, ainda que implícitos. Tudo, que estiver na Constituição como vetor, terá de ser respeitado pelo legislador.

<sup>4</sup> Enterría, Garcia e Fernandez, Tomás Ramon, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4a. edição, p. 426.

O princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial - igualdade substancial - não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 5º., LV, vez primeira, vai trazer expressamente a garantia do “devido processo legal”, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Com efeito, na literalidade do mencionado inciso LV:

“Art. 5º .....

LV- Aos litigantes, em processo judicial **ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (grifamos)

O respeito ao devido processo legal deverá informar **todos os procedimentos judiciais e também os administrativos**.

Antes da atual Constituição era, no processo penal, por estar em jogo bem de vida supremo, a liberdade do indivíduo, que se verificava com maior facilidade o respeito ao **devido processo legal**.

O processo judicial, claro está, compreende o cível e o penal. A grande novidade, como dissemos, ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial.

Vamos verificar que quaisquer dos “poderes” do Estado vinculam-se inteiramente à lei em seu sentido amplo.

### **3. A vinculação do legislador, do executivo e do judiciário à lei**

Enfatize-se, ainda, o princípio da legalidade surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os administrados não sejam obrigados a se submeterem ao abuso de poder. Por isso, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A Administração deverá agir “sub legem”.

Enterría e Tomás Ramón Fernandes, a respeito do princípio da legalidade, entendem:

“Trata-se, simplesmente, de fazer coerente o sistema legal, que há de se supor que responda a uma ordem de razão e não a um casuismo cego, o qual, de outra parte, está claro desde a doutrina geral do ordenamento, que, mais atrás se expôs, e que impede identificar a este como lei escrita. Nesse difícil fio entre uma proibição de extensões analógicas e uma exigência de coerência legal move-se a doutri-

na de poderes inerentes ou implícitos, que são, definitivamente, poderes efetivamente atribuídos à administração pelo ordenamento, ainda que não pelo componente escrito do mesmo.”<sup>5</sup> (tradução nossa).

### 3.1. *Legalidade e atos políticos*

Não se poderia, ao falar da subsunção à legalidade, deixar de enfrentar o problema dos atos políticos.

Na verdade não se vêem diferenças, no que tange à legalidade em sentido amplo, dos atos políticos diretamente subsumidos à Constituição, como, por exemplo, a decretação do estado de sítio, a declaração de estado de defesa, ou, ainda, a adoção de políticas econômicas, de outros atos administrativos.

Deveras, o ato político está também inserido no conceito de ato administrativo, pois é norma concreta emanada pelo Estado debaixo da legalidade, entendida, esta, em termos amplos. Lembremos a concepção Kelseniana: no ápice da pirâmide encontra-se a Constituição, depois as normas gerais, fundamentos de validade das normas individuais (sentenças e atos administrativos).

Os atos políticos estão diretamente subsumidos ao topo da pirâmide - à Constituição. Portanto, também estão os atos políticos abrigados no conceito de ato administrativo, pois são **normas individuais**, susceptíveis de controle pelo Poder Judiciário. Apenas sua **fonte de validade** é outra, a Constituição. O ato administrativo está imediatamente referido à lei, enquanto que o ato político, embora espécie dos atos administrativos, subsume-se à Constituição.

## 4. *A responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito*

Já pontuamos os postulados do Estado de Direito e cumpre, agora, lembrar, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup>, que todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilastras: de um lado as competências do Estado, as funções estatais, e de outro, as garantias dos administrados. Desse postulado, constrói-se o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios.

O princípio da boa fé, de importância vital para o Direito Administrativo, foi magistralmente exposto por Jesus Gonzalez Peres<sup>7</sup> exatamente no livro “El principio de la buena fe en derecho administrativo”.

<sup>5</sup> Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6a. edição revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995, págs. 15/42.

<sup>6</sup> Gonzalez Peres, Jesús, *El Principio General de la Buena Fé en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.

<sup>7</sup> Cime Lima, Ruy, *Principios de Direito Administrativo*, 5a. edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 51.

Aos princípios do Estado de Direito<sup>8</sup> deve corresponder necessariamente a obrigação de se **responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas.**

#### 4.1. Breve esboço histórico da responsabilidade do Estado

Necessário se faz breve histórico da evolução da responsabilidade estatal no direito brasileiro.

Se inicialmente, vigia, no tocante à responsabilidade máxima “The king can not do wrong”, no Direito Brasileiro a coisa passou-se um pouco diferente. É verdade que, somente no Estado de Direito - Estado que faz as leis e a elas se submete - começa a surgir, palidamente, a responsabilidade do Estado.

Primeiramente, atribuindo-se responsabilização ao funcionário e indiretamente a Coroa respondendo. Entretanto, no Direito Brasileiro, podemos dizer que o princípio da responsabilidade sempre esteve presente.

Assim, aparece na Constituição do Império (de 24/03/1824) como responsabilidade pessoal do servidor. A alínea 29, do artigo 179 daquela Constituição dispunha:

“os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subordinados.”

Na Constituição de 1891, no artigo 82, encontra-se dispositivo do mesmo teor, acrescido da obrigação de o funcionário, por compromisso formal no ato de posse, cumprir seus deveres legais.

De seu turno, a Lei Federal 221, de 1894, admitia, implicitamente, a obrigação para o Estado de indenizar os prejuízos causados pelos atos de seus agentes. O artigo 15 do Código Civil atribui responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público pelos danos de seus representantes.

O Decreto 24.216, de 09/05/34, procurou afugentar a responsabilidade do Estado, fazendo com que esta remanescesse, apenas, na hipótese de o funcionário, causador do dano, ser mantido. Todavia, a Constituição de 1934, em seu artigo 171, atribuiu responsabilidade solidária ao Estado e ao funcionário, o mesmo dispôs a de 1937.

Finalmente, **na de 1946**, vemos consagrada a **responsabilidade objetiva**, como hoje conhecemos. Já contemplava, também, o parágrafo único do artigo 194 daquele texto o dever de o Estado acionar regressivamente o funcionário, que tivesse agido com **culpa ou dolo**.

---

<sup>8</sup> Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios de Direito Administrativo*, vol. 2, pág. 486/487; também Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 6a. edição, pág. 515, Malheiros Editores, 1995.

Implementada, pois, a responsabilidade objetiva que - diga-se de passagem - em nossos Tribunais esteve sempre acolhida mercê do trabalho de juristas ilustres como Pedro Lessa e tantos outros.

Semelhantes são as redações da Constituição de 1967 e de sua Emenda número 1, artigo 107. A Constituição de 1988 dispôs em seu artigo 37, § 6º:

“Art. 37 - .....

.....  
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Impende verificar, desde logo, que a responsabilidade, acolhida pelo Texto Constitucional atual, é objetiva quanto ao Estado. E, também, objetiva no que tange àqueles que exercem funções estatais. É dizer: ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Todavia, relativamente ao funcionário é subjetiva.

Entretanto, se é intuitiva a captação de ter optado o texto pela responsabilidade objetiva, estamos a pensar, sem dúvida, nos atos ilícitos ou lícitos, praticados por ação. Quanto à omissão, o problema, aparece um pouco diferente.

### 5. Responsabilidade do Estado por atos omissivos

No tocante aos atos ilícitos, decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado, se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>9</sup>.

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, **não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.**

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado, sem antes conferir se houve “faute de service”. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

---

<sup>9</sup> Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais, S.P., 1988.

5.1. Em conclusão: verificamos que o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos aparece como consequência lógica do princípio da legalidade. Sobremais disso, as prerrogativas especiais dadas à Administração impõem a responsabilidade objetiva do Estado.

De seu turno, a responsabilidade por atos lícitos decorre do princípio da igualdade, da divisão equânime das cargas públicas. E, sobremais disso, a responsabilidade por atos ilícitos não se confina aos atos comissivos, porém também se estende aos omissivos.

## 6. Excludentes da responsabilidade

Se no direito brasileiro a responsabilidade é objetiva, tal seja, basta o dano e o nexo causal, devemos assinalar situações não possibilitadoras de indenização. É dizer: excludentes da responsabilidade estatal.

Claro está que se a culpa for **exclusivamente** do lesado não responderá o Estado. Cautelas, entretanto, devem ser tomadas para que se não afaste a responsabilidade estatal quando seria devida.

Em outro falar: se o dano não ocorreria, caso a conduta da vítima não tivesse provocado o agravo, não se há de cogitar em responsabilização estatal.

Doutra parte, exclui-se também a responsabilidade estatal nas hipóteses de força maior. Se, houver, por acaso, tomando-se como exemplo, terremoto de graves proporções, absolutamente incontrolável e inevitável, não se poderá pretender obrigar o Estado a indenizar.

A força maior há de ser entendida dentro de seus limites próprios. Tais sejam, ocorrências **naturais, imprevistas e imprevisíveis que, ao ocorrerem, provocam danos**. Não se pode, entretanto, cogitar na existência de força maior quando, por exemplo, ocorram inundações na cidade previsíveis e que demandariam obras de infra-estrutura não realizadas.

Doutra parte, também não se poderia dizer ter ocorrido força maior se tombasse árvore sobre carro estacionado por ocasião de tempestade, se a árvore, por hipótese, estivesse sem exame de suas raízes por muito tempo. Ou, ainda, se já fora condenada por agrônomos. Somente a análise da hipótese concreta poderá resolver o problema.

Conseqüentemente insculpida no nosso Texto Constitucional a responsabilidade objetiva, **postulado do verdadeiro Estado de Direito**, no qual a Administração age manietada, coartada, ao “influxo de uma finalidade cogente”, como nos diz Cirne Lima, cumpre, efetivamente, haja contrapartida dos agravos que devam ser suportados pelos administrados para implementação do interesse público. E, ademais e principalmente, não sejam suportadas ilicitudes em franca agressão ao ordenamento jurídico.

Derradeiramente, a respeito desse tópico, deve-se acrescentar que, à mingua de

disposição constitucional expressa, o **princípio da legalidade e da igualdade**, como já acentuado, consubstanciado em todas as “Declarações de Direitos”, seria o suficiente a suportar a existência da responsabilidade por atos ilícitos, mesmo à míngua de regra expressa. E, quanto aos lícitos, bastaria como fundamentação o **princípio da igualdade**.

### **7. Responsabilidade pelos atos praticados pelo Legislativo e Judiciário**

Os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário, consoante nosso entender, também empenham responsabilidade estatal.

Na doutrina brasileira, devemos citar a magnífica monografia da Professora Maria Emília Mendes Alcântara<sup>10</sup> como também a do professor Kazuo Watanabe<sup>11</sup> que a admitem francamente. Na doutrina estrangeira podemos trazer a contexto Ramón Real<sup>12</sup> e Soto Kloss<sup>13</sup> que admitem a responsabilidade por atos praticados pelo Legislativo. Não obstante entendam de difícil caracterização a responsabilidade do Judiciário, a não ser nos casos expressamente assinalados nas legislações.

Note-se, ainda, a posição de Enterría e Ramón Fernandez no mesmo sentido, assinalando todavia a dificuldade<sup>14</sup>.

Quanto a nós, não vemos empecos para responsabilizar o Estado por atos praticados por suas funções, tais sejam a Judiciária e a Legislativa. Efetivamente encarna o Judiciário também a figura do agente público, de alguém que diz o Direito em normas concretas e por conta do Estado. Se assim é, dentro de certas comportas, que o regime jurídico da função postula, há de ser também responsabilizado na hipótese de lesão.

É evidente que se não de colocar “standards” e critérios de razoabilidade para decisões judiciais. Entretanto se houver decisões lesivas desconcertadas do Direito, certamente deverá o Estado responder, além da responsabilidade por erro judiciário penal, já consagrada pela jurisprudência.

**Nosso posicionamento é, pois, no sentido de que o Estado responde e, sobretudo pela prestação jurisdicional retardada que acaba por configurar denegação de Justiça.**

Doutra parte, por que não responderia também o Estado, por leis discriminatórias, que não guardam qualquer correspondência com as situações discriminadas? Por que não pelas leis inquinadas de desvio de poder manifesto?

<sup>10</sup> Watanabe, Kazuo, *Responsabilidade por Atos Jurisdicionais*.

<sup>11</sup> Ramón Real, Alberto, *Responsabilidad del Estado*, pág. 81, Universidad del Norte Santo Tomás Aquino, 1982.

<sup>12</sup> Kloss, Soto, *Contencioso Administrativo y Responsabilidad del Estado*, “El Derecho Administrativo de Latinoamérica”, Colômbia, Bogotá, 1978.

<sup>13</sup> Enterría, García de e Fernandez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, v. 2, pág. 343/346.

<sup>14</sup> Couto e Silva, Almiro, *Responsabilidade por Dano Decorrente do Planejamento Econômico*, RDP, n. 63, pág. 129, item 4.

Ainda no que concerne à legislação declarada inconstitucional, parece-nos, sem sombra de dúvida, deva o Estado responder, e, aliás, quanto a isso já há decisões jurisprudenciais.

Entendemos que a evolução para um verdadeiro Estado Democrático de Direito, encarregar-se-á, por certo, de resolver as distorções ainda existentes. Ainda, na “Constituição Dirigente” de Canotilho, sobretudo no capítulo referente à discricionariedade do Legislativo, fica bem claro que esta também é bastante limitada. O Legislativo tem suas peias e amarras hauridas da Constituição de seus princípios vetoriais. Portanto, os fundamentos do Estado democrático brasileiro têm de ser aferidos para se saber da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinados atos.

## 8. Responsabilidade por dano decorrente de planejamento

Tema apaixonante e tormentoso - fulcro de nossas preocupações neste estudo - concerne à responsabilidade estatal por ato decorrente do planejamento quer seja ele econômico ou urbano. **Este o ponto fulcral de nossa meditação.**

Versou com maestria o tema Almiro Couto e Silva<sup>15</sup>, intitulado seu trabalho “Responsabilidade por dano decorrente do planejamento” e defendendo-o em Canela, em 1981, no “III Congresso de Direito Administrativo”, e, posteriormente, publicando-o.

Em suas palavras:

“Fica assim claramente visto que, nos regimes de corte democrático, o primeiro problema jurídico que o planejamento projeta no plano lógico - o da sua admissibilidade em face da Constituição - é hoje, senão uma indagação de valor puramente histórico, pelo menos uma questão de simples medida. Efetivamente, não se discute mais que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. O que se pode discutir é se determinado plano, sob suspeita de violar direitos e garantias individuais, será ou não conciliável com a Constituição.”.

Sua conclusão é no sentido de que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir planos a que se obrigara.

Claro é que não está o autor a se referir a qualquer espécie de planejamento. O autor pré-citado, o Professor Almiro Couto e Silva, refere-se a três tipos de planos, a saber: 1. planos indicativos, em que não há nota de obrigatoriedade; 2. planos incitativos ou estimulativos: a responsabilidade dependerá do que já tiver sido feito; 3. planos imperativos,<sup>16</sup> como *verbi gratia* o Plano Cruzado adotado no Brasil, em 1986, ou o famigerado Plano Collor.

Tanto nos planos incitativos como nos imperativos pode haver responsabilidade estatal. E, também, nos meramente indicativos, cogentes para a pessoa pública, art. 174 da Constituição da República, que ora reproduzimos:

<sup>15</sup> O autor, posteriormente, em outra palestra proferida, discriminou os tipos de planos que enumeramos.

<sup>16</sup> Gonzales Peres, obra citada, pág. 31.

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Cabe, em brevíssimas palavras, referir o que sejam planos indicativos, incitativos ou imperativos.

Planos **indicativos** são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada.

De outra parte, planos **incitativos** são aqueles em que o Governo não somente  **sinaliza**, mas pretende também o **engajamento** da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nessas hipóteses, contam os administrados que aos planos aderem com a confiança, a boa fé e a lealdade da administração. Portanto, se modificações houverem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos.

Já os planos **imperativos** falam por si próprios, ou seja, a própria palavra, define-os. Imperativo é o que deve ser observado.

O problema será aferir, no caso concreto, a conduta estatal, a conduta do lesado para verificação se há de se colocar alguma excludente e o dano causado e, também, se o ato foi lícito ou ilícito. Todavia, mesmo lícito, dependendo das circunstâncias poderá haver responsabilidade estatal, conforme já averbamos no item 4 deste estudo.

Por seu turno, Jesús Gonzales Peres, em seu já citado “El principio de la buena fe”<sup>17</sup>, diz que o administrado tem o direito de confiar na Administração. Administração leal, portanto, é a que age com boa-fé<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> No desempenho de nossa judicatura tivemos ocasião de decidir (decisão esta confirmada) em favor de administrado que concertara com o Governo Federal, mediante o que foi chamado de “Protocolo de intenções e Acordo Befiex”, determinado programa, auferindo, doutra parte, determinados incentivos. Implementada a obrigação estatuída, pretendeu, entretanto, o Ministro do Planejamento, modificar, mediante Portaria, a contrapartida do Governo, uma vez que o plano havia sido modificado:

“TRIBUTÁRIO. IPI. INCENTIVOS FISCAIS. BEFIEX. DECRETOS-LEIS NÚMEROS 1.219, DE 15.5.72, ART. 16, E 491, DE 15 DE MAIO DE 1972, ART. 1º, PARÁGRAFO 1º E 2º., PORTARIA Nº 89/81, DO SR. MINISTRO DA FAZENDA.

I - A sistemática de compensação de créditos relativos ao I.P.I., reconhecida a impetrante, através de ‘termo de garantia de manutenção de incentivos fiscais a programas especiais de exportação’, por prazo certo, não pode ser alterada, unilateralmente, pela administração, tanto mais através de simples Portaria, pois tal proceder 153, § 3º., da Constituição.

II - Sentença confirmada. Apelação desprovida.” (AMS Reg. nº 01.03391-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.12.84, v.u., 4º T. da 1ª Região, DJ 21.2.85).

<sup>18</sup> Gordillo, Agustín, *Problemas del control de la Administración Pública en America Latina*, Cuadernos Civitas, 1981; Laubadere, “Contratos de la Administración Pública”, in *Contratos Públicos*, Universidad Nacional de Cuyo, 1986; Vidal Perdomo, *El Contrato de Obras Públicas*, Universidad Externado de Colombia, 1979.

Em termos de Administração concertada, como dizem, Gordillo, Laubadére, Vidal Perdomo<sup>19</sup> tal seja a participação do administrado nos planos, é totalmente inviável excluir a responsabilidade do Estado por atos decorrentes de **modificação do planejamento**, sejam estes responsáveis (portanto lícitos), sejam irresponsáveis como acontece, muitas vezes, em países em que o grau de responsabilidade dos supremos governantes ainda deixa muito a desejar. E, ademais disso, em que o país, na verdade, passa a ser laboratório de experiências. É dizer, planos são elaborados sem a necessária previsão das conseqüências, tanto assim é que são modificados em brevíssimo prazo levando de roldão a iniciativa privada para graves conseqüências.

Ora, mesmo em governos com preocupação social, marcada como determina a Constituição Brasileira, não se poderia justificar mudanças descréditas a pretexto, à invocação do *interesse público*, chamado a contexto sem qualquer suporte.

Damos, também, como exemplo que deveria empenhar responsabilidade do Estado, a máxi-desvalorização do cruzeiro, ocorrida nos idos de 1979, no Brasil. Havia o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico em vigor. O Governo, em jornais, televisões, reafirmava sua intenção de manter a mini-desvalorização, de conseqüente, de não proceder modificação na política adotada.

Entretanto, como também acontecia com freqüência, apesar de todos os desmentidos ocorreu a máxi-desvalorização levando, de roldão, várias firmas à ruína, uma vez que deviam em dólares, incentivadas também pelo governo. Poder-se-ia falar em irresponsabilidade diante de situações tais? Entendemos que não e, em nosso abono invocamos a lição autorizada de Celso Antônio Bandeira de Mello versando o mesmo assunto<sup>20</sup>.

## 9. Modificação dos planos

As modificações de planos, também os econômicos, certamente podem e devem ocorrer, sobretudo em função de novos interesse públicos a concretizar. Todavia, é de se procurar assentar quais os limites de tais mudanças.

Em Canotilho, em trabalho de 1974, *Responsabilidade Decorrente de Atos Lícitos*, vamos encontrar a seguinte passagem:

“(…) Não discutiremos aqui se o plano é uma realidade jurídica autônoma ou se não passa de um conjunto de instrumentos diversos que não ganham qualquer qualificação jurídica especial pelo facto da sua reunião.

(…) Especialmente, importa enfrentar a questão de saber qual a tutela do particular afectado pela mudança de planos económicos à som-

<sup>19</sup> Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento*, trabalho sem publicação. Também parecer inédito do autor respondendo à consulta da Autolatina.

<sup>20</sup> Vejam-se, por todos, Gomes Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, 6a. edição revista, 1993, cap. VIII. Também Forststoff, citado por Almiro Couto e Silva, *ob. cit.*, pág. 36, n. r. 25 e 26.

bra dos quais tinha feito os seus prognósticos e criado situações económicas irreversíveis.” (pág. 203).

E, ainda, vai afirmar serem necessárias a proporcionalidade e utilidade da modificação. E, finalmente conclui:

“(…) Estas promessas podem ser medidas de direcção, originadoras de um grau de confiança e boa fé nos destinatários que os leve, ancorados na protecção administrativa, a arriscarem-se a negócios financeiramente ruinosos.

Parece-nos seguro ser de exigir à administração o exacto conhecimento das suas possibilidades a fim de evitar que, através de promessas não mantidas, leve os particulares a compromissos e a riscos que eles não dominam e que não correriam se não fossem as garantias dos entes públicos. Mas a demonstração da falta de cumprimento da promessa ou promessa será, talvez, elemento imprescindível ao desencadeamento do fenómeno indemnizatório.” (pág. 208).

A licitude ou ilicitude de tais modificações dependerá certamente da observância de determinados postulados essenciais. Aliás, quaisquer medidas restritivas da liberdade deverão estar fincadas na ausência de proibição constitucional e na necessidade de salvaguarda de outros valores substanciais do ordenamento jurídico.

Trata-se, então de saber se a decisão administrativa política teria observado outros direitos igualmente protegidos constitucionalmente e, sobretudo a não retroatividade a situações consumadas.<sup>21</sup>

#### 10. *O princípio da segurança jurídica, da confiança, da lealdade e da boa fé*

Os princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa fé são de primordial importância para verificação de ter a Administração permanecido dentro dos lindes de sua competência discricionária ao tomar decisões administrativas de cunho político.

Deveras, a segurança jurídica e a certeza do direito são sobreprincípios de todo Estado que se pretenda democrático de direito. Fazem efetivamente parte da possibilidade de existência do “due process”.

Canotilho, em seu Direito Constitucional precitado, faz questão de dar especial ênfase ao requisito de não retroatividade de **lei restritiva**. Que se dirá, então de ato administrativo restritivo de direitos?

Lembremos que a não retroatividade é cláusula “pétrea” da Constituição. Ou, para os que preferirem nomenclatura diversa, a irretroatividade integra o cerne fixo da Constituição.

<sup>21</sup> Recasens Siches, Luis, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Cap. Tercero.

Investiguemos, pois, a necessidade de tais modificações serem razoáveis, motivadas e proporcionais.

### 10.1. *Razoabilidade*

A seguir, enfrentemos o princípio da **razoabilidade**, implícito na Constituição e de cabal importância, no que concerne à intervenção do Estado no domínio econômico.

Salienta o Prof. Récasens Siches<sup>22</sup> a necessidade da razoabilidade no referente ao raciocínio jurídico. Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas, que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito.

Ver-se-á, mais adiante, que não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus **standards** pessoais, a lume da sua ideologia, a lume do que acha ser bom, certo, adequado no momento, mas, deverá valorá-los a **lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade**, do que, em direito civil, se denominam **valores do homem médio**.

Em síntese: razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, isto é, à relação de custos e benefícios.

### 10.2. *Proporcionalidade e congruência*

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também, como princípio importantíssimo, o da **proporcionalidade**. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade em que as medidas tomadas pela Administração estejam na direta adequação das necessidades administrativas. Vale dizer: somente se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

Traduz o princípio da razoabilidade, pois, a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.

### 10.3. *Motivação*

Traga-se a contexto o saudoso mestre Alberto Ramón Real, ao se referir à tese autoritária de que a Administração, em princípio, não necessitaria motivar seus atos.

<sup>22</sup> Sobre a necessidade de motivação do ato, consultem-se as seguintes obras: De la Vallina Velarde, *La Motivación del Acto Administrativo*, cap. VI; *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Caps. II e III, de Gonzalez Perez, Jesus; Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, pp. 75/77, como também Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., cap. IV, págs. 105-6.

Diz, o Professor:

“... O sentido progressista da extensão das garantias tende a sepultar esta tese tradicional, vestígio de autoritarismos, condenados pela História”.

Com relação à motivação, diríamos, que cumpre dois princípios. Cumpre o *due process of law* formal - porque está expressa no texto constitucional, art. 93, X, ou implícita por força do artigo 5º, XXXV, ou, ainda do mesmo artigo, inciso LV - e cumpre o *due process of law* substancial. Sem motivação não há possibilidade de aferir-se a justiça ou a injustiça de decisão, porque não saberemos se a decisão é boa ou má. Quais foram as razões dadas para tal decisão? As razões puramente subjetivas do administrador não deveriam contar muito, porque, na verdade, o administrador deve aplicar o direito no caso concreto, não à luz dos seus *standards* pessoais, mas à luz, sim, dos *standards* da comunidade, à luz do que é direito, aqui e agora, na comunidade, à luz do que é princípio, aqui e agora, na comunidade.

É a motivação fundamental no tocante aos princípios constitucionais da função administrativa, algo que se nos afigura da maior relevância, mormente em face da Constituição. Assinala-se, pois, a imprescindibilidade da motivação da atividade administrativa (embora muitos autores, é verdade que atualmente já ultrapassados, neguem-na, asseverando, equivocadamente, ser a motivação obrigatória, apenas e tão-somente, quando texto de lei expressamente previr).

Em outras palavras, as modificações repentinas de planos com prejuízo devem ter fase intermediária (Canotilho).

A motivação, como forma de controle da atividade administrativa, é de extrema importância. Lembro frase feliz de Bentham, citada por Michelle Taruffo: “*good decisions are such decisions for which good reasons can be given*”. Boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas.

A motivação será, pois, a pedra de toque para o controle da discricionariedade dos atos políticos de planejamento.

### 11. Divisor entre atos controláveis e não controláveis pelo Judiciário

Estabeleceu-se no que tange ao controle, nítido divisor de águas entre os atos emanados dentro da competência vinculada, quando só caberia à Administração Pública a rigorosa subsunção dos atos chamados **discricionários**, em que a concreção da norma ficaria a critério de conveniência e oportunidade administrativas.

Ainda, seria a liberdade administrativa a mais abrangente possível, quando se tratasse de atos políticos ou de governo, categoria que se apartava atribuindo-se-lhe regime jurídico diverso.

Quanto aos atos políticos já os abordamos no item. 3.1. o que torna despidiêcia sua repetição.

Todavia, enfatizamos com Celso Antônio Bandeira de Mello: os atos políticos, como o planejamento, se ocasionarem danos não estão isentos de controle.

### 11.1. *O controle possível dos atos políticos decorrente da própria evolução do controle dos atos administrativos com parcela de discricionariedade*

Consoante entendemos, e, já afirmamos, a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios "standards" ou ideologias, portanto, dentro de critério da razoabilidade geral, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

O intérprete, o aplicador, para concretizar a norma geral deverá primeiramente interpretá-la, depois terá de valorar qual a melhor maneira de atender a utilidade pública. Tal valoração, entretanto, não é livre, no sentido de que possa o administrador, se assim o entender, preencher o conceito com seus critérios próprios.

Examine-se a hipótese de intervenção do Estado no domínio econômico. A exata dimensão do conceito de complementariedade da atividade estatal (Constituição anterior) jamais foi questionada.

O art. 173, da Constituição da República, afirma que a atividade econômica cabe à iniciativa privada e que somente será permitida a intervenção estatal, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. O texto anterior referia-se ao caráter supletivo da atividade estatal.

Na vigência da antiga Constituição, o Estado criou as empresas que quis, e ninguém as questionou. Ninguém submeteu a questão ao crivo do Judiciário. Algumas delas, parece claro a qualquer um de nós, ao primeiro súbito de vista, jamais deveriam ter sido criadas. Outras, decorrido algum tempo, com a iniciativa privada suficiente, deveriam ter sido extintas ou ter passado ao domínio privado, o que se está a pretender agora com as privatizações.

É possível que se objete com a dificuldade de prova. Todavia, há outras provas difíceis, e que são aferidas pelo Judiciário. A suficiência ou insuficiência de determinada atividade é questão de prova pericial. Todavia, tal prova nunca foi pedida ao Judiciário, pelo menos não é de nosso conhecimento.

A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submeteriam a controle, no atinente a seu mérito. O caminho da evolução foi - sem dúvida - a afirmação de que, ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadisse o mérito das decisões discricionárias.

Em nossa judicatura vimos diversos exemplos de controle judicial, sobretudo pela motivação. No início, o antigo Tribunal Regional Federal de Recursos, admitia e até sumulou, a necessidade de motivação quando se tratasse de pauta de valor mínimo (Resoluções do Conselho de Política Aduaneira). Posteriormente ampliou reconhecendo que, em outras situações ainda que não prevista expressamente a motivação, diante de conceitos indeterminados, cumpria fundamentar as razões que levaram à adoção de determinados atos administrativos, muitas vezes veiculados por Resoluções (aliás, também atos administrativos).

A propósito, trago à colação acórdão de minha relatoria na REO no Mandado de Segurança nº 6856, Reg. nº 89.03.09050-0, j. 29.11.89, maioria de votos, publicado no Diário Oficial do Estado em 23 de abril de 1990, "verbis":

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. C.P.A. - Resolução - Majoração da alíquota de 15% para 30% do imposto de importação sobre filmes, com fundamento no art. 4º do Decreto-Lei nº 63/66 (motivos econômicos de ordem global).

- Razões econômicas de ordem global, constituem o pressuposto fático do ato administrativo. Entretanto, não basta sua menção. Necessária a indicação, ainda que resumida, das *situações econômicas de ordem global*. Vacuidade do termo. Precedentes jurisprudenciais do antigo Tribunal Federal de Recursos.

- As condutas administrativas devem ser motivadas para segurança e certeza do direito.

- Remessa oficial a que se nega provimento."

Portanto, verifica-se que em jogo está o problema da sindicabilidade ou não dos atos administrativos para estabelecimento do amplo controle, sobretudo de atos que comportariam, como se sói dizer, ampla discricionariedade quanto a seu mérito, assunto que trataremos no próximo tópico.

### 11.2. Sindicabilidade ou não do "mérito" do ato

Negava a jurisprudência também alicerçada na doutrina, como já nos referimos, a necessidade de motivação<sup>23</sup> dos atos discricionários. E isto porque, na competência discricionária administrativa de por e dispor, estaria entranhada a possibilidade de valoração sem contraste jurisdicional.

E por *mérito* do ato, compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade, que teriam fundamentado a decisão do administrador.

O saudoso Prof. Oswaldo A. Bandeira de Mello<sup>24</sup> divergia da afirmativa, dizendo, com muita propriedade, que não se furtariam os atos de governo do controle jurisdicional em face da norma insculpida no art. 5º., inciso XXXV do Texto constitucional, antigo artigo 153, parágrafo 4º., quando escrita a obra do autor.

Ademais, observou não prescindirem de motivação alguns atos também praticados dentro da competência discricionária<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *Princípios Gerais* ..., cit., p. 417.

<sup>24</sup> Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais*..., cit., págs. 471/472.

<sup>25</sup> Págs. 148 e ss.

Seabra Fagundes, o querido mestre de todos nós, em seu precioso “O Controle dos Atos Administrativos”<sup>26</sup>, desde sua primeira edição, admitiu, às claras, que todos os atos administrativos eram subsumíveis ao controle jurisdicional, embora o **mérito** do ato não pudesse ser sindicado.

Aliás, diante da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29/6/65), verifica-se, claramente, que a afirmação de impossibilidade de controle residia muito mais em arraigo preconceito, do que em decorrência de qualquer imposição normativa.

Dessume-se, pois, que o problema de se responsabilizar a Administração por danos decorrentes do planejamento - **e sobretudo das alterações do planejamento** - estão diretamente referidos à evolução penosa do controle da chamada discricionariedade administrativa. Tais limites, sem qualquer sombra de dúvidas, foram erigidos da mesma forma em que se admitia a desnecessidade da motivação, em resquícios autoritários que nada têm a ver com o **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO** e com o **DUE PROCESS OF LAW** em seu mais genuíno sentido material.

### *Síntese conclusiva*

Chegou a hora de traçarmos breve síntese conclusiva.

1. A **motivação** passa a ser, como já frisado e re frisado, princípio de cabal importância, pois não se pode dizer que a avaliação, feita pela Administração no que concerne ao planejamento ou a mudanças de planos, seja discricionária, com total margem de liberdade.

1.1. É por meio da motivação que será possível verificar a **razoabilidade**, a **congruência lógica** entre ato emanado e seu motivo (pressuposto de fato), a **boa-fé** da Administração, etc.

E, somente por meio desse controle é que poderemos verificar quais os danos **certos, especiais e anormais** resultantes do planejamento caso estejamos diante de atos lícitos, isso porque se estivermos diante de atos ilícitos, bastará a relação de causalidade e a não imputação ao lesado de culpa ou, então, a não ocorrência de força maior (excludentes da responsabilidade).

2. A responsabilidade do Estado, princípio basilar do Estado verdadeiramente de direito, postula que o controle jurisdicional torne-se mais amplo a fim de se efetivarem as garantias constitucionais, consagradas na “Declaração de direitos individuais e coletivos”.

3. Estado responsável é o que prevê para prover, o que abriga às escâncaras a lealdade, a boa-fé e vela pela segurança jurídica.

<sup>26</sup> Deveras, o art. 1o. da mencionada lei afirma: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal (...)” (grifamos).

4. O planejamento pode e deve ser modificado sem porém atritar-se com garantias fundamentais, com o atropelo dos valores fundamentais consagrados pela Constituição, sobretudo com a **dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.**

---

\* **Lúcia Valle Figueiredo** é Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, nos cursos de Graduação e Mestrado. Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

---