

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE PLANEJAMENTO

Cleber Demetrio Oliveira da Silva

Advogado em Porto Alegre-RS

Sócio e Consultor em Gestão Pública da RZO Consultoria em Gestão

Consultor Jurídico de diversos consórcios públicos nos Estados do RS, PR e ES

Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS

Mestrando em Direito do Estado pela PUCRS

Ex-Assessor de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do RS

1. Introdução. 2. Conceito de Responsabilidade Civil. 3. Modelos de responsabilidade civil. 3.1. Modelo subjetivo. 3.3.1. Da culpa e do ato ilícito. 3.2. Modelo objetivo. 3.2.1. Teoria geral do risco e seus desdobramentos. 3.2.1.1. Teoria do risco-proveito. 3.2.1.2. Teoria do risco-criado. 3.2.1.3. Teorias do risco relativas ao Estado. 3.2.1.3.1. Teoria da culpa administrativa. 3.2.1.3.2. Teoria do risco administrativo. 3.2.1.3.3. Teoria do risco integral. 3.2.1.3.4. Teoria do risco nuclear. 3.2.1.4. Teoria da garantia. 3.3. Modelo misto. 3.4. Modelo socializado. 4. Funções da responsabilidade civil. 5. Responsabilidade civil do Estado. 5.1. Responsabilidade civil por danos decorrentes do planejamento. 5.2. Planos indicativos, incitativos e imperativos. 6. Notas sobre a discricionariedade nos atos de planejamento. 7. Jurisprudência. 8. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No amplíssimo tema de responsabilidade civil do direito brasileiro, percebe-se a existência de verdadeira lacuna doutrinária e jurisprudencial sobre as questões envolvendo a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de planejamento.

Trata-se de aspecto jurídico cujo âmago traz a invulgar propriedade de conseguir mesclar na sua hipótese fática conceitos do direito privado e do direito público, evidenciando a tendência de indiscutível aproximação desses dois direitos, como já ventilado em outro estudo¹.

Enquanto seja possível afirmar que a doutrina desenvolvida em solo pátrio sobre a responsabilidade civil de dano causado por particular já está em adiantado estado evolutivo, acompanhando de perto as tendências do direito comparado, percebe-se que o mesmo não se pode concluir acerca do exame da responsabilidade civil do Estado, onde, ainda, doutrina e jurisprudência ainda titubeiam frente a dúvidas fundamentais como, por exemplo, sobre qual

¹ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da Silva. Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros. Revista de Administração Municipal – Municípios/IBAM – Abril, Maio e Junho/2007 – Ano 52, nº 262, Rio de Janeiro: IBAM, p. 37-55.

modelo, se objetivo ou subjetivo, deverá ser adotado na responsabilização de atos omissivos praticados pelo Estado.

Portanto, diante dessa insuficiência conceitual em termos de responsabilidade civil no campo do direito público, exsurge a constatação de que analisar a possibilidade de responsabilização do Estado por danos decorrentes de planejamento apresenta-se como verdadeiro desafio de construção doutrinária, tendo em conta que o reduzidíssimo acervo doutrinário acerca do tema indica a quem dele for tratar o elevado grau de complexidade que envolve o assunto.

Assim, visando a colaborar no debate desse importante ponto porque indiscutivelmente ligado ao conceito de Estado Democrático de Direito como já lecionou Lúcia Valle Figueiredo², este trabalho tem por objetivo realizar algumas considerações sobre o tema, apontando algumas linhas de raciocínio que poderão ser úteis às discussões que certamente ainda irão se suceder na linha do tempo até que esta espécie de responsabilidade civil do Estado esteja perfeitamente conceituada, delimitada no seu alcance e, sobretudo, aplicada no caso concreto, pois o direito é ciência eminentemente funcional, devendo ter efetiva utilidade prática na solução dos conflitos sociais, seara na qual também se inserem os conflitos decorrentes da relação Administração-particular.

2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A título propedêutico, importa revisitar alguns conceitos importantes sobre responsabilidade civil objetiva. O primeiro deles diz com a significação da expressão *responsabilidade civil*.

No entender de Sílvio de Salvo Venosa, o termo responsabilidade traduz, em sentido amplo, “a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação”³. Transpondo este conceito lato para seara indenizatória, ele significará a responsabilidade que impõe o dever de indenizar.

Segundo Eugênio Facchini Neto,

Responsabilidade civil é a obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por ato seu (responsabilidade direta),

² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 de junho de 2007.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001 (coleção direito civil, v. 3), p. 497.

ou pelo ato de pessoas..., fato das coisas..., ou fato dos animais a ela ligados.⁴

Na acepção de Fernando Noronha,

A responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos ou coletivos *stricto sensu*...⁵

Se a responsabilidade atinge o causador do dano, ela será dita direta, ao revés, se alcançar terceiro, denominar-se-á indireta.

Mais, ela poderá ser classificada por diversas outras formas, importando destacar neste ensaio, ainda, a que retrata a sua fonte. Se ela decorrer de vulneração de obrigação contratual, será chamada de responsabilidade contratual, se nascida na ausência ou fora dos limites contratuais, ou seja, se for decorrente de preceito geral de Direito ou da própria lei⁶, levará a denominação de responsabilidade extracontratual, disciplinada em nosso Código Civil nos artigos 186⁷ e 927⁸.

Assim, diante desses conceitos introdutórios que refletem com perfeição o consenso doutrinário existente sobre o assunto, pode-se facilmente depreender que a responsabilidade civil está intrinsecamente ligada ao dever, que é imputado a alguém, de reparação de danos causados a outrem. Atualmente, esta idéia de necessidade de reparação de dano é pacífica na doutrina, contudo, nem sempre foi assim como mostra o histórico evolutivo desse instituto.

Para perfeita compreensão da teoria da responsabilidade civil, para futura aplicação no objeto desse ensaio, também é conveniente realizar breve explanação sobre seus modelos e funções.

3 MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Expressivo número de doutrinadores pátrios e estrangeiros já escreveram sobre o assunto. Eugênio Facchini Neto⁹ relata a existência de quatro modelos de responsabilidade civil a saber: subjetivo, objetivo, misto e socializado.

⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. *Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código*. Revista Jurídica 309, julho de 2003, doutrina cível, p. 23.

⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 429.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 23.

3.1 Modelo subjetivo

O modelo subjetivo remonta ao Código Napoleônico de 1804 que estabelecia em seu artigo 1.382, a regra de que “todo e qualquer fato do homem, que causa um dano a outrem, obriga o culpado a repará-lo”. Em outras palavras, o direito napoleônico elencava o exame da culpa do agente como aspecto imprescindível na apuração da responsabilidade civil. Sem culpa não haveria falar em responsabilidade.

Nessa espécie de responsabilidade, configura-se o dever de indenizar diante da presença concomitante dos seguintes elementos: ação ou omissão voluntária,nexo causal, dano e culpa¹⁰.

A doutrina relata que o modelo subjetivo atendeu satisfatoriamente as demandas de responsabilidade civil até a metade do Século XIX, quando o advento da Revolução Industrial trouxe significativas mudanças nas relações de trabalho. É que a introdução das máquinas no ambiente de trabalho veio acompanhada de um crescente aumento de acidentes que vitimavam os empregados que tinham que operá-las em virtude dos misteres que desempenhavam.

3.1.1 Da culpa e do ato ilícito

Tomando por conceito de culpa em sentido estrito o desenvolvido por Arnaldo Rizzardo que a considera “como aquela que marca a conduta imprudente ou negligente”¹¹ e ato ilícito como “aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual”¹², importa destacar a existência de doutrina¹³ estabelecendo estreita vinculação do elemento culpa na configuração do ato ilícito.

Segundo esta parte da doutrina, não haveria falar em ato ilícito se não houvesse culpa¹⁴, conduzindo à conclusão lógica de que o modelo subjetivo de responsabilidade civil se aplicaria apenas na ocorrência de um ilícito e que o modelo objetivo, que será estudado a seguir, estaria atrelado a um comportamento lícito. Contudo, diverge desse entendimento Sergio Cavalieri Filho, sustentando que, *in verbis*:

Não há que se falar em *ato lícito* se em todos os casos de responsabilidade objetiva – do transportador, do Estado, do fornecedor

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. Cit.*, p. 498.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

¹² STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 124.

¹³ Sergio Cavalieri Filho (*Progama de Responsabilidade Civil*, 6.ed., revista, aumentada e atualizada, 2005, p. 31) assevera que Orlando Gomes “entende que quando a responsabilidade é determinada sem culpa o ato não pode, a rigor, ser considerado ilícito (*Introdução ao Direito*, 3 ed., Forense, p. 447)”.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 4.

etc – há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. Ora será dever de incolumidade, ora dever de segurança – mas, como veremos, haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária. Ademais, os casos de indenização por *ato lícito* são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c, arts. 929 e 930, 1.285, 1.289, 1.293, 1.385, § 3º, etc). Nesses e outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito.¹⁵

Dessa forma, no entender de Cavalieri Filho, não se deve falar em responsabilidade civil por ato lícito, mas em obrigação legal de indenizar por ato lícito.

3.2 Modelo objetivo

Diante da nova realidade, marcada pela situação em que a máquina, e não o patrão, passou a ser o direto causador do dano ao empregado, surgiu a necessidade de se desenvolver um novo modelo teórico de responsabilidade civil que pudesse resolver adequadamente as demandas de empregados lesados pelas máquinas industriais e comerciais, pois, observava-se “um divórcio entre o legal e o justo”¹⁶.

Esta teoria desenvolveu-se, sobretudo, na segunda metade do Século XIX, na França, através da doutrina elaborada por Saleilles, Josserand, Ripert, Demongue, Savatier, Mazeaud e Mazeaud¹⁷.

A pergunta que inquietava os juristas daquela época era:

Se não houve culpa por parte do empregador, como imputar-lhe a responsabilidade por danos decorrentes da utilização pelo empregado do maquinário de sua estrutura negocial?

Assim, dentro dessa perspectiva prática, foi desenvolvido o modelo objetivo de responsabilidade civil, no qual, a *teoria da culpa* foi substituída pela *teoria do risco*, evidenciando-se, nesse singular momento da história evolutiva da responsabilidade civil, uma importante mudança de paradigma em sua abordagem teórica, pois o ponto de convergência da atenção jurídica deixou de ser o *exame da culpa do agente* para migrar para a *necessidade de reparação do dano*.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.Cit.*, p. 31.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 275.

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 34.

Ainda que esta constatação, sob o ponto de vista pragmático, possa ser considerada absolutamente irrelevante, ela ganha contornos de importância quando analisada sob a ótica dogmática, pois propicia ao operador do direito conhecer a história evolutiva do instituto, compreendendo-o melhor teleologicamente para, via de consequência, utilizar o instituto com maior acerto na solução dos casos concretos.

3.2.1 Teoria geral do risco e seus desdobramentos

De início, cabe referir que inexistente na doutrina a denominação de *teoria geral do risco*. Todas as obras consultadas referem-se ao assunto denominando-o simplesmente de *teoria do risco*. Contudo, considerando que, em verdade, existem diversas variações da aludida teoria, como demonstrar-se-á nas linhas seguintes, optou-se, nesse trabalho, para facilitar o desenvolvimento e a compreensão do assunto, referir-se à idéia inicial do risco como teoria geral do risco.

A teoria geral do risco “sustenta que o sujeito é responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano”¹⁸. No dizer de Arnaldo Rizzardo, “todo aquele que dispõe de um bem deve suportar o risco decorrente, a que se expõem os estranhos”¹⁹.

Como já referido, percebe-se, na doutrina, nítido esforço de classificação da teoria geral do risco em função do tipo de problema concreto de responsabilidade objetiva a ser resolvido. Assim, com o intuito de apresentar breve panorama da teoria geral do risco e suas variantes, analisar-se-ão as teorias do risco-proveito, risco-criado, garantia e risco relativo ao Estado.

3.2.1.1 Teoria do risco-proveito

Assim, por exemplo, surgiu a teoria do risco-proveito, desenvolvida para fazer frente a uma situação pontual, qual seja, resolver as questões de responsabilidade do patrão nos acidentes de trabalho envolvendo seus empregados. Como leciona Eugênio Facchini Neto:

Assinalou-se então, que quem recolhesse as vantagens de uma atividade alheia deveria indenizar aqueles que tivessem sido vítimas de acidentes: *ubi emolumentum ibi onus; cuius commoda, eius et incommoda*.²⁰

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. Cit.*, p. 498.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 30.

²⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 24.

3.2.1.2 Teoria do risco-criado

Mais adiante na linha do tempo, a teoria do risco-proveito seria ampliada²¹ para absorver não apenas o dever de indenizar danos decorrentes de acidentes de trabalho, mas também para albergar todo e qualquer risco potencial de dano para os outros. Era a vez da teoria do risco-criado.

De acordo com esta teoria, o componente lucro ou proveito não é mais elemento essencial na responsabilização pelo dano, como o fora na teoria do risco-proveito. Agora bastaria que a atividade humana desenvolvida fosse potencialmente danosa a terceiros. Na eventual concretização do dano potencial, surgiria para o agente responsável a obrigação de indenizá-lo. É o caso, por exemplo, do risco existente na condução de um veículo²².

3.2.1.3 Teorias do risco relativas ao Estado

Relativamente aos danos causados pelo Estado, a doutrina administrativista aponta a existência de diversas variantes da teoria do risco, valendo destacar a da *culpa administrativa*, a do *risco integral*, a do *risco administrativo* e a do *risco nuclear*.

3.2.1.3.1 Teoria da culpa administrativa

Segundo Hely Lopes Meirelles, esta teoria representa o primeiro estágio de transição da doutrina subjetiva da culpa civil para a teoria objetiva do risco administrativo que a sucedeu²³. Apesar de já não indagar da culpa estrito senso do agente administrativo, ela exige a presença do binômio *falta do serviço/culpa da administração* para obrigar o Estado a indenizar.

Paul Duez classificou a falta de serviço em três modalidades: *inexistência do serviço*, *mau funcionamento do serviço* ou *retardamento do serviço*²⁴. Verifica-se que essa teoria ainda onerava sobremaneira o particular em sua tarefa de provar seu direito indenizatório frente ao Estado.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 285.

²² RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 37.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32.ed., atualizada até Emenda Constitucional 51, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 649.

²⁴ Apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 649.

3.2.1.3.2 Teoria do risco administrativo

Nesta teoria, a obrigação de indenizar decorre apenas do ato lesivo e injusto causado pelo Estado, não se perquirindo acerca da falta do serviço tampouco da culpa administrativa. Agora, o foco da atenção reside apenas no fato do serviço.

Segundo Hely Lopes Meirelles, esta teoria

baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha de encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946.

Fundamental destacar que nesta teoria, o lesado não precisará provar a culpa da Administração, bastando indicar o dano e o nexo de causalidade entre ele e o agir comissivo ou omissivo²⁵ do Estado.

Ademais, pela teoria do risco administrativo, o Poder Público pode mover-se no sentido de provar a culpa da vítima a fim de excluir ou atenuar sua responsabilidade.

Esta teoria foi recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico tanto em nível constitucional (Art. 37, § 6º, CF²⁶) como em sede infraconstitucional (Art. 43, CC²⁷).

²⁵ Defendendo o entendimento sobre a correção da aplicação da responsabilidade objetiva nas questões envolvendo danos causados pela **omissão** do Estado, a despeito de existência de corrente diversa entendendo que na ocorrência de omissão estatal somente caberia aplicar a responsabilidade subjetiva, Juarez Freitas, ao discorrer sobre a responsabilidade objetiva do Estado, assevera, in verbis: “*Eis argumento-chave a favor dessa acepção alargada: o sistema brasileiro consagra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, oponíveis perante o Poder Público. Segundo tal raciocínio, as condutas comissivas e omissivas, uma vez presente o liame causal, serão ilícitas em sentido amplo, por agredirem direitos fundamentais. A violação torna antijurídica, indiscriminadamente, a ação ou a omissão causadora de danos injustos. Não há nada de substancial, no sistema brasileiro, que justifique o tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões: a responsabilidade é proporcional. Sem diferença de fundo, a omissão consoma o dano pelo não-cumprimento de incontornável dever do Estado.*” (FREITAS, Juarez. *Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução*. Revista Direito e Justiça, ano XXVII, volume 31, número 1, julho 2005, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 12).

²⁶ Art. 37, § 6º, CF. 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.

²⁷ Art. 43, CC. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

3.2.1.3.3 Teoria do risco integral

Nesta teoria, que encontra em Pedro Lessa, Amaro Cavalcanti e Orozimbo Nonato seus maiores defensores²⁸, considera-se que o Estado tem a obrigação de indenizar todo e qualquer dano em que estiver envolvido²⁹, desprezando-se a idéia da falta de serviço existente na culpa administrativa. O fundamento dessa teoria situa-se no princípio da igualdade de ônus e encargos, tanto sociais como públicos, que considera o Estado como uma empresa em funcionamento, correndo certos riscos que devem ser por ele suportados³⁰. Portanto, não seriam oponíveis pelo Estado, de acordo com tal teoria, as excludentes e atenuantes da responsabilidade civil³¹. Em outras palavras, o Estado é entendido como segurador universal.

No dizer de Marcia Andrea Bühring:

O nexó de causalidade entre a conduta do agente e o dano daí resultante não exclui sequer a força maior, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, ou ofendido, abarcando qualquer situação, por isso, diz-se, integral-total.³²

Trata-se da mais extremada teoria na doutrina relativa ao risco, considerada extremamente radical, e por essa razão não é utilizada na prática por conduzir ao abuso e a iniquidade social.

A principal crítica que se faz a esta teoria reside no fato de que ela obriga injustamente o Estado a arcar integralmente com a indenização nos casos em que presentes excludentes ou atenuantes de responsabilidade que, caso pudessem ser invocadas, certamente elidiriam ou diminuiriam o dever de indenizar.

3.2.1.3.4 Teoria do risco nuclear

Ainda, relativamente a danos causados pelo Estado, poder-se-ia mencionar a teoria do risco nuclear, em razão de o art. 21, inciso XXIII, alínea *c*, da Constituição Federal, ter estabelecido expressamente que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe de culpa”. Na visão de Sílvio de Salvo Venosa, a aplicação deste tipo de teoria fundamenta-se na “idéia de socialização dos riscos, com decisiva participação do Estado”³³.

Todavia, diferentemente das outras teorias de risco, há nesta espécie uma limitação da responsabilidade, eis que o art. 9º da Lei 6.453/77, que trata da responsabilidade civil e

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 281.

²⁹ BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 109.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 88.

³¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40-41.

³² BÜHRING, Marcia Andrea. *Op. Cit.*, p. 111.

criminal decorrente de atividades nucleares, fixa limite quantitativo para as indenizações³⁴, dada a incidência à hipótese do princípio da limitação. No entender de Sílvio de Salvo Venosa, esta limitação do *quantum* indenizatório funcionaria como fator de equilíbrio ao fato de nem sempre ser possível configurar com absoluta precisão o nexo causal nos danos nucleares³⁵.

3.2.1.4 Teoria da garantia

Também teve lugar entre as teorias de responsabilidade civil objetiva, a da *garantia*, defendida por Starck em sua tese intitulada *Essai d'une théorie de la responsabilité Civile considérée en sa fonction de Garantie et de Peine Privée* (Paris, L. Rodstein, 1947)³⁶.

Esta teoria aduz que a responsabilidade civil não deveria se fundar nem na culpa nem no risco, mas na necessidade de garantia dos direitos. Se o ordenamento jurídico garante direitos às pessoas, então a violação deles, que resulte em prejuízos ao seu titular, deverá receber a devida reparação como forma de garantia da ordem e da paz social independentemente de culpa do agente danoso ou da espécie da atividade danosa causadora do prejuízo.

Esta é a teoria que sustenta o direito à indenização na hipótese de insolvibilidade do agente danoso como no caso em que o filho menor causa dano a outrem e o pai é chamado a responder civilmente pelos prejuízos que seu filho causou³⁷, dispensando, de uma vez por todas, em nosso ordenamento, a necessidade da vítima argüir, com fundamentamento na teoria da responsabilidade subjetiva, a culpa *in vigilando*³⁸ do pai em relação aos atos danosos praticados pelo filho. Quer-se com isso afirmar que buscar a responsabilização civil pelo modelo objetivo sempre será menos oneroso à vítima, em termos probatórios, do que pela via do modelo subjetivo. Daí a importância pragmática dessas considerações.

Observe-se que tal teoria serve bem para demonstrar que o instituto da responsabilidade civil definitivamente albergou a idéia de que o dano injusto deve ser reparado a fim de se garantir o retorno das relações jurídicas vulneradas à posição de

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.189.

³⁴ Art. 9º A responsabilidade do operador pela reparação do dano nuclear é limitada, em cada acidente, ao valor correspondente a um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Parágrafo único. O limite fixado neste artigo não compreende os juros de mora, os honorários de advogado e as custas judiciais.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. Cit.*, p. 190.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 282.

³⁷ Aliás, esta é exatamente a hipótese do art. 932, inc. I, do Código Civil, *verbis*: Art. 932. *São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;*

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p.289.

equilíbrio, dado que o principal objetivo da ordem jurídica, segundo San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito (Programa de Direito Civil, v. I/341, ed. Rio)³⁹. Por isso, o direito passaria a *garantir* o ressarcimento ou compensação do dano causado, viabilizando, dessa forma, a vida em sociedade.

3.3 Modelo misto

Examinadas as principais teorias que ensejaram o desenvolvimento e consagração do modelo objetivo de responsabilidade nos diversos ordenamentos jurídicos existentes no mundo ocidental, passa-se agora ao exame do modelo misto.

A prática jurídica verificou que a eleição de apenas um dos modelos (subjetivo ou objetivo) não seria suficiente para resolver a problemática da responsabilidade. Ora a solução encontraria “amparo numa das teorias, ora na outra”⁴⁰.

Assim, a doutrina e a legislação pátria houveram por bem acatar hipótese teórica na qual se verifica a combinação dos modelos subjetivo e objetivo.

É o que a doutrina brasileira assevera quando examina os artigos 186⁴¹ e 927⁴² *caput* e seu parágrafo único⁴³ da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). De fato, interpretação sistemática dos dois artigos permite concluir que a regra da responsabilidade civil no ordenamento pátrio é o modelo subjetivista. Contudo, do exame do parágrafo único do segundo, exsurge cristalina a eleição da responsabilidade objetiva “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁴⁴. Seria o caso, exemplificativamente, dos danos decorrentes das atividades de uma fábrica de explosivos, mina de minérios ou de uma plataforma de extração de petróleo ou, ainda, de um acidente de trânsito envolvendo automóveis de passeio.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, p. 23.

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 31.

⁴¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴³ Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁴ De se verificar no texto transcrito do parágrafo único do artigo 927 do CC, a inegável influência da teoria do risco-criado já retratada no presente ensaio.

3.4 Modelo socializado

Por fim, cabe referir o modelo socializado de responsabilidade. Segundo, Eugênio Facchini Neto⁴⁵, esta espécie de responsabilidade funda-se na idéia de solidariedade, uma vez que pretende socializar os riscos individuais e conseqüentes responsabilidades com intuito de assegurar assistência econômica a qualquer vítima de dano.

Neste modelo de responsabilidade, o Estado assumiria todos os riscos e os redistribuiria pela sociedade ou determinado grupo social, através de um tributo. É o que Themistocles Brandão Cavalcanti denominou de seguro coletivo, no qual a distribuição dos encargos por toda a coletividade garantiria a cada um contra os danos que venha a sofrer, e obriga a todos a contribuir, “na medida de sua participação fiscal, para a indenização dos prejuízos”⁴⁶.

É o que ocorre, por exemplo, no caso do seguro obrigatório de responsabilidade civil de acidentes envolvendo veículos automóveis e, numa certa medida, quer parecer que as hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado, fundadas em quaisquer das teorias do risco relativas ao Poder Público já ventiladas, também poderiam ser agrupadas sob este modelo de responsabilidade, haja vista que o ressarcimento do dano causado pela Administração Pública é invariavelmente custeado pelos impostos pagos pelo contribuinte, socializando-se, dessa forma, o ônus indenizatório.

4 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil também pode ser estudada segundo suas funções. Na visão de Eugênio Facchini Neto⁴⁷, a função clássica da responsabilidade civil é a reparatória, na qual se garante a reparação do dano à vítima do evento, mas o instituto também poderá assumir outras funções, dentre as quais, o jurista destaca a punitiva e a dissuasória.

A função punitiva da responsabilidade civil ressurgiu – pois existiu na antigüidade jurídica, mas foi preterida no decorrer da evolução do direito em razão da prevalência da idéia de que tal espécie de função seria atribuição da esfera penal – da constatação de que a compensação por danos extrapatrimoniais carregava em seu núcleo a idéia de punição ao agente causador do dano. Facchini bem exemplifica o conceito ao asseverar que

Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte

⁴⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 26.

⁴⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 8.ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 111.

⁴⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 27.

representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a punir o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização.⁴⁸

Ademais, cabe referir que os *punitive damages*, instituto dos sistemas jurídicos da *common law*, parecem estar perfeitamente alinhados com a função punitiva da responsabilidade civil, que aplica ótica retrospectiva sobre a conduta reprovável e apresenta-se de forma a punir uma ação cometida por um determinado indivíduo.

Por fim, a função dissuasória, diferentemente da punitiva, aplica-se segundo uma visão prospectiva, ou seja, tem por objetivo evitar o cometimento de uma conduta reprovável no futuro, sendo dirigida não só a um determinado indivíduo, mas apresenta caráter geral, pois é endereçada a toda coletividade submetida a um mesmo ordenamento jurídico.

Examinados o conceito e as principais características da responsabilidade civil, passa-se à análise de sua aplicação no que tange aos danos causados pelo Estado.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ultrapassados os elementos propedêuticos necessários ao enfrentamento do objeto do presente estudo – responsabilidade do Estado por danos decorrentes de planejamento –, impende-se adentrar no mérito do tema.

Antes de mais nada, é preciso definir os contornos do conceito de responsabilidade civil do Estado. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles que ensina que

Responsabilidade civil da Administração Pública é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e legal.⁴⁹

Na acepção de Juarez Freitas,

a responsabilidade objetiva do Estado merece ser traduzida como obrigação de reparar ou compensar os danos materiais e imateriais causados a terceiros por ação ou omissão desproporcional e antijurídica dos agentes públicos, nessa qualidade.⁵⁰

O jurista gaúcho fundamenta sua concepção alargada, referindo que o ordenamento pátrio consagra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, que também devem ser

⁴⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 27.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32.ed., atualizada até Emenda Constitucional 51, São Paulo: Malheiros, 2006, p 647.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. *Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução*. Revista Direito e Justiça, ano XXVII, volume 31, número 1, julho 2005, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 12.

respeitados pelo Poder Público. Assim, as condutas comissivas ou omissivas do Estado que vulnerarem tais direitos serão consideradas ilícitas, ensejando a necessária reparação.

Inovando, Juarez Freitas sugere a incorporação do princípio da proporcionalidade no exame da responsabilidade extracontratual do Estado, como forma de viabilizar a vedação de excesso e de inoperância no agir estatal⁵¹, tudo, sem olvidar-se da reserva do possível.

Ademais, importa referir que resta pacificada na doutrina atual a idéia de que a responsabilidade extracontratual do Estado é regida pelo modelo objetivo, com suporte na teoria do risco administrativo, tendo por fundamentos basilares o princípio da igualdade e da equidade⁵².

Pelo princípio da igualdade, a “responsabilização do Estado, ou de um todo social, evita o empobrecimento injusto de quem sofreu um prejuízo no seu patrimônio”⁵³. Todos os integrantes do corpo social assumirão sua parcela no dano causado. Dessa forma, os ônus e encargos decorrentes de danos provocados pelo Poder Público são repartidos igualmente pela sociedade.

Pelo princípio da equidade, garante-se a cada indivíduo que, na eventualidade de ser vitimado por dano motivado pelo Estado, o prejuízo decorrente será devidamente ressarcido pela Administração Pública.

No entender de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Esta doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.⁵⁴

Marcia Andrea Bühring adverte que as atividades de risco do Estado se apresentam mais evidentes no exercício do poder de polícia, onde “a falta de fiscalização ou mesmo o abuso no seu exercício traz a responsabilidade tanto por sua ação ou omissão”⁵⁵.

⁵¹ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 14.

⁵² BÜHRING, Marcia Andrea. *Op. Cit.*, p. 115.

⁵³ BÜHRING, Marcia Andrea. *Op. Cit.*, p. 115.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9.ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 412.

⁵⁵ BÜHRING, Marcia Andrea. *Op. Cit.*, p. 116.

5.1 Responsabilidade por danos decorrentes de planejamento

Inicialmente, cabe referir que o assunto em exame parece não ter despertado a devida atenção do meio jurídico haja vista a escassa produção doutrinária acerca do tema. Todavia, é notório nos dias atuais que as gritantes insuficiências da Administração Pública no âmbito do planejamento eficaz das diversas políticas de sua competência como saúde, educação, segurança pública, infra-estrutura, entre outras, têm gerado crescentes danos patrimoniais e extra-patrimoniais aos cidadãos brasileiros.

Exemplo emblemático do que se coloca aqui é, por exemplo, a crise de infra-estrutura do sistema aéreo brasileiro que, nos últimos dez meses, como exaustivamente veiculado pela mídia nacional⁵⁶, contribuiu para a ocorrência de dois acidentes aéreos de grandes proporções.

O primeiro, em 29 de setembro de 2006, em que um Boeing 737 da empresa aérea Gol caiu em Mato Grosso depois de ter colidido em pleno ar com um jato executivo Legacy da empresa norte-americana Excel Air. Nesse acidente, morreram cento e cinquenta e quatro pessoas. A perícia realizada constatou, entre outros problemas que contribuíram para o desastre, falhas técnico-operacionais do sistema de controle aéreo, cuja gestão, em última análise, é de responsabilidade do Estado.

No segundo acidente, ocorrido em 17 de julho de 2007, uma aeronave Airbus A320 da TAM Linhas Aéreas, em frustrada tentativa de pouso em pista molhada no Aeroporto de Congonhas (São Paulo-SP), acabou colidindo em prédio administrativo da própria TAM, vitimando todos os seus cento e oitenta e um passageiros, seis tripulantes, além de outras pessoas que se encontravam no local do acidente.

Neste caso, o indício da existência da responsabilidade estatal pelos danos decorrentes dessa tragédia parece pairar sobre o fato de que a pista utilizada pela aeronave acidentada havia sido recentemente reformada pela Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária (INFRAERO), em “razão do vasto histórico de derrapagens causadas por excesso de água na pista”⁵⁷.

Ressalta-se que a missão declarada pela aludida empresa pública em seu portal na Internet é a de “atender às necessidades da sociedade relativas à infra-estrutura aeroportuária e aeronáutica, de modo a contribuir para o desenvolvimento sustentável do Brasil, primando

⁵⁶ Nesse sentido, a reportagem especial intitulada “28 Segundos de Terror” veiculada na Revista Veja, edição 2018, ano 40, nº 29, de 25 de julho de 2007, p. 63-79.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 64.

pela eficiência, segurança e qualidade”⁵⁸, tendo em conta que o art. 4º de seu Estatuto estabelece que

Art. 4º A INFRAERO tem por finalidade **implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infra-estrutura aeroportuária e de apoio à navegação aérea**, prestar consultoria e assessoramento em suas áreas de atuação e na construção de aeroportos, bem como realizar quaisquer atividades correlatas ou afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério da Defesa.⁵⁹ (grifou-se)

A possibilidade de ocorrência de acidentes no Aeroporto de Congonhas, em razão do excesso de água na pista em dias de chuva, era tão evidente que o Ministério Público Federal de São Paulo pleitou judicialmente, sem sucesso, a interdição da pista principal do referido aeroporto em face de cinco episódios dessa natureza terem ocorrido em janeiro de 2007, como noticiado pela imprensa⁶⁰.

Todavia, a INFRAERO comprometeu-se, mesmo assim, a providenciar o conserto da pista, aplainando as depressões onde a água ficava empocada, tendo a pista sido liberada para operação, após a referida reforma, cerca de vinte dias antes do acidente.

Assim, quer parecer que estes acidentes aéreos, exemplos colhidos da vida nacional atual, relacionam-se diretamente ao tema desse ensaio – responsabilidade objetiva do Estado pelos danos decorrentes de planejamento –, pelo que a discussão desta matéria apresenta-se necessária, pois poderá contribuir para o desenvolvimento e utilização de mecanismos jurídicos que possam estancar efetivamente esta crescente desordem social provocada pela insuficiência generalizada da Administração Pública.

Inicia-se com a abordagem do conceito de planejamento. Helio Saul Mileski assevera que

Em qualquer campo da atividade humana, especialmente os que envolvam a produção de bens e serviços, seja propiciando a geração de riquezas, seja para o atendimento do interesse coletivo, é imprescindível a utilização do planejamento, no sentido de que possa haver uma utilização adequada e pertinente dos recursos materiais, humanos e financeiros e que possibilite uma ação racional, com mais eficácia e eficiência, para o atingimento dos objetivos propostos. Quando essas questões envolvem o Poder Público e a sociedade, tendo em conta a precariedade de recursos para o atendimento do elevado grau das necessidades coletivas, com muito mais razão deve o Estado

⁵⁸ http://www.infraero.gov.br/item_gera.php?gi=instempr&menuid=inst.

⁵⁹ Idem. *ibidem*.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 64.

se utilizar do planejamento, a fim de poder investir e prestar melhores serviços, com uma aplicação mais inteligente de seus recursos.⁶¹

Na lição de José Afonso da Silva, “planejamento é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”⁶².

De se perceber que o artigo 174⁶³ da Constituição Federal atribui expressamente ao Estado a função de planejamento enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, ressaltando sê-lo determinante para o setor público e indicativo para o privado.

Todavia, Mileski refere que o modelo federativo adotado pelo Estado brasileiro oferece dificuldade à

conciliação de um sistema harmônico e integrado de planejamento, embora a Constituição busque esse desiderato ao prever que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (art. 174, § 1º).⁶⁴

A concepção de planejamento na Administração Pública brasileira remonta a 1948, quando o governo de Eurico Gaspar Dutra elaborou o Plano Salte, desenvolvendo ações prioritárias aos setores da saúde, alimentação, transporte e energia.

A Constituição Federal de 1967 e o Decreto-Lei nº 200/67 (que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa), criaram o Ministério de Planejamento e Coordenação Geral.

A Constituição de 1988 introduziu no direito financeiro o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias. A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) trouxe capítulo (II) específico ao planejamento orçamentário, indicando a consagração do planejamento na Administração Brasileira no que toca à correta gestão dos recursos públicos.

Vera Lúcia Valle Figueiredo, enfrentando o tema da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente do planejamento, colacionou trecho do artigo *Responsabilidade por Dano decorrente de Planejamento Econômico*, de Almiro do Couto e Silva (RDP, nº 63, pág. 129, item 4), defendido em Canela-RS, em 1981, no III Congresso de Direito Administrativo, no qual o jurista expressa o seguinte entendimento:

⁶¹ MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 52.

⁶² SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 774.

⁶³ 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.

⁶⁴ MILESKI, Helio Saul. *Op. Cit.*, p. 53.

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.⁶⁵

5.2 Planos indicativos, incitativos e imperativos

Couto e Silva conclui no sentido de que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir planos a que se obrigara. Estabelece também, em seu estudo, a diferenciação entre plano indicativo, incitativo ou estimulativo e imperativo.

No entendimento de Lúcia Valle Figueiredo,

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.⁶⁶

Dessa forma, apesar de expressamente não referir, parece ser possível extrair do raciocínio da jurista que os danos decorrentes de modificação de planos indicativos, por não

⁶⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 de junho de 2007, p. 12.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 13.

incitarem ou determinarem a adesão dos particulares não seria suscetível de gerar responsabilidade civil do Estado, já que ela expressamente refere que, em razão da capacidade vinculativa ao particular, os planos incitativo e imperativo gerariam responsabilidade civil do Estado na eventual superveniência de dano ao particular.

Lúcia Valle Figueiredo, perfilando-se à corrente defendida por Couto e Silva, entende que a Administração deve ser responsabilizada por danos decorrentes de modificação de planejamento, citando o exemplo da máxi-desvalorização do cruzeiro ocorrida nos idos de 1979, durante a execução do Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico, quando o Governo, apesar de constantemente reafirmar, nos veículos de comunicação de massa, sua intenção de manter a mini-desvalorização, portanto, mantendo a política adotada, procedeu a máxi-desvalorização, levando expressivo número de empresas à falência, uma vez que deviam em dólares.

Lúcia Figueiredo aduz, ainda, que sobre o assunto, Canotilho manifestou-se em trabalho intitulado “Responsabilidade decorrente de Atos Lícitos (1974) com o seguinte entendimento:

(...) 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 econômicos à sombra dos quais tinha feito os seus prognósticos e criado situações econômicas irreversíveis.

(pág. 203).

E, ainda, Canotilho vai afirmar serem necessárias a proporcionalidade e utilidade da modificação, concluindo:

(...) Estas promessas podem ser medidas de direção, originadoras de um grau de confiança e boa fé nos destinatários que os leve, ancorados na proteção administrativa, a arriscarem-se a negócios financeiramente ruinosos. Parece-nos seguro ser de exigir à administração o exato 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 fenômeno indenizatório.” (pág. 208)⁶⁷

6 NOTAS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS DE PLANEJAMENTO

Uma indagação recorrente sobre o assunto, diz com a possibilidade das atividades de planejamento e as que dele derivem acontecerem ou não sob o manto da discricionariedade da Administração Pública.

E a dúvida é absolutamente pertinente ao tema porque se se admitir que elas encontram-se cobertas pela discricionariedade, as ações de elaboração e execução de planejamento ficariam, em tese, excluídas de um controle efetivo, dando azo a amplo leque de modificações durante sua implementação, sem que isso pudesse vir a ser contestado pelas diversas formas de controle⁶⁸ existentes em nosso sistema jurídico.

Ao contrário, se as referidas ações de planejamento do Estado forem consideradas normas vinculadas, obrigando-lhe determinada conduta, as modificações supervenientes eventualmente procedidas sujeitariam-se de forma ampla e irrestrita ao crivo do controle interno, externo, social e judicial do ato administrativo, definido por Juarez Freitas como “declaração unilateral da Administração Pública ‘lato sensu’ ou de quem exerça atividade delegada, de natureza infralegal, com fito de produzir efeitos no mundo jurídico”⁶⁹. E é inafastável concluir que qualquer planejamento estatal gera efeitos no mundo jurídico.

Importa colacionar o entendimento de Juarez Freitas sobre o ato discricionário:

Nos dias que correm, entretanto, com a feliz expansão da sindicabilidade (decorrente de princípios), tudo indica que devem ser afastados os critérios exclusivamente políticos, dada a natureza jurídica dos atos emanados legitimamente pela autoridade, inclusive no campo das políticas públicas e de planificação. Vai daí que não merece prosperar a escolha não-fundamentável juridicamente. *O mérito (relativo a juízos de conveniência ou de oportunidade) pode até não ser diretamente controlável, em si, mas o demérito o será sempre.*⁷⁰

Aduz, ainda, o jurista gaúcho que

...ver-se-á que a autoridade administrativa, em realidade, jamais desfruta de liberdade pura de escolha ou de conformação a ponto de agir em desvinculação com os princípios constitucionais, ainda que a

⁶⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. Cit.*, p. 14-15.

⁶⁸ Nesse sentido, sobre formas de controle do ato administrativo, vide FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

⁷⁰ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 217.

sua atuação guarde – eis o ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita do que à concretização dos atos vinculados. Em outras palavras, qualquer ato discricionário que se torne lesivo a um dos princípios fundamentais pode e deve ser anulado.⁷¹

Assim, diante dessas considerações doutrinárias, entende-se que a dúvida sobre a classificação dos atos de planejamento, se vinculados ou discricionários, esteja plenamente superada diante da evolução de nosso direito administrativo que, influenciado e cogentemente submetido ao atendimento normas constitucionais, aí incluídos seus princípios, já admite, em boa hora, que até mesmo os atos discricionários são sindicáveis na medida do exame de sua conformidade aos contornos da Constituição Federal, em especial aos ditames dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, nessa linha de raciocínio, pensa-se que seja possível examinar também a questão da responsabilidade objetiva do Estado por **falta** de planejamento, como parece ter acontecido nos dois acidentes aéreos já mencionados neste trabalho que decorrem, a toda evidência, da crise do sistema aéreo brasileiro. É que a falta de planejamento, em verdade, revela omissão e/ou inoperância do Poder Público, hipóteses que também configuram causa de responsabilidade civil quando resultam em danos a terceiros.

Considerando-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, já abordada em tópico apartado, tem-se que bastará ao lesado – ou seu espólio no caso do evento danoso resultar em morte da vítima – indicar o dano e o nexo de causalidade entre ele e o agir comissivo ou omissivo do Estado. Por sua vez, ao Poder Público caberá mover-se no sentido de provar a existência de eventuais excludentes ou atenuantes de sua responsabilidade a fim de ver afastado o dever de reparar e/ou compensar o dano ocorrido.

7 DA JURISPRUDÊNCIA

Em termos jurisprudenciais, pesquisa realizada no portal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul evidenciou algumas demandas ajuizadas em face do Estado relacionadas com questões decorrentes de falha ou ausência de planejamento do Poder Público.

O primeiro acórdão colacionado, cujo julgamento data de 26 de março de 1996, fundado na responsabilidade objetiva do Estado, condenou o Poder Público a indenizar particular por danos decorrentes de falha de planejamento em obras de duplicação de rodovia.

⁷¹ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 218.

Ressarcimento de danos em prédio inundado pela água da chuva: obras de duplicação de rodovia estadual pelo DAER. Responsabilidade objetiva da Administração Pública. Solidariedade da empreiteira contratada para execução das obras. Desmatamento da vegetação. Movimentação de terras. Captação de água proveniente da rodovia, superior à vazão. Residência construída sobre a canalização. Se as obras de duplicação de rodovia estadual desviam o curso natural das águas da chuva ou impedem seu escoamento através de bueiro preexistente, ocasionando rompimento de tubulação sob residência familiar e causando prejuízos, respondem solidariamente pelos danos a **autarquia estadual encarregada pelo planejamento** e a empreiteira contratada para a execução das obras. sentença mantida. apelações desprovidas. (Apelação Cível Nº 195122130, Nona Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Regina Maria Bollick, Julgado em 26/03/1996)

Também importa registrar acórdão em apelação e reexame necessário negando fornecimento de medicamento ao postulante em razão do fármaco não constar na lista de medicamentos do Poder Público em respeito ao planejamento da distribuição de recursos elaborado pelo Poder Executivo conforme se verifica na ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LEGITIMIDADE PASSIVA. Os entes públicos, por força de normas através das quais se organizou o Sistema Único de Saúde, assumiram cada qual certas responsabilidades, conforme previsto na Lei nº 8.080/90 e nas NOB-SUS 01/96 e 01/02. Cabe ao município o fornecimento dos medicamentos que constarem na Portaria nº 2.475/06 do Ministério da Saúde, a qual contém a relação nominal de produtos farmacêuticos essenciais. Salvo hipóteses excepcionais, a legitimidade do Estado do Rio Grande do Sul passa pela disciplina das Portarias nº 2.577/06, do Ministério da Saúde, nº 238, da Secretaria de Saúde, e da Lei-RS nº 9.908/93, art. 1º e parágrafo único. O fornecimento de fármacos não listados nessas relações não é imputado aos órgãos públicos de saúde, **em respeito ao planejamento da distribuição de recursos elaborado pelo Poder Executivo**, visando ao menor gasto com o alcance dos fins estipulados, pois, do contrário, beneficiar-se-ia o indivíduo em detrimento da grande massa de necessitados. MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELA REDE PÚBLICA. Sem justificativa para a pretensão a medicamentos não fornecidos pela rede pública, não é possível determinar-lhes o alcance, não exsurgindo risco de vida. A análise da pretensão do autor da ação não prescinde do cotejo entre a sua necessidade individual, os custos resultantes para o Poder Público e, em última análise, à sociedade, não havendo como se negar o flagrante rompimento do princípio da isonomia ao se conceder tratamento diferenciado àquela, enquanto outros necessitados aguardam a satisfação do fornecimento dos medicamentos de que necessitam. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. VOTO VENCIDO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70019527035, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 24/05/2007)

Também verifica-se que o Tribunal de Justiça gaúcho (TJRS) já se manifestou no sentido de entender que não deve imiscuir-se nas questões de planejamento, atividade exclusiva do Poder Executivo, contudo, ratificando sua possibilidade de intervir nos atos e

omissões administrativos dos quais resultem prejuízos aos usuários de serviços públicos. No caso colacionado, o TJRS condenou a Administração Pública a adotar providências no sentido de recuperar rodovia que se encontrava em estado precário de manutenção.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO OU OMISSÃO ADMINISTRATIVOS. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ESTRADA ESTADUAL. CONSERVAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO DAER. RST 101. TRECHO BACOPARI-CAPÃO COMPRIDO. PRECARIIDADE. DIREITO À VIDA E À SEGURANÇA DOS ADMINISTRADOS. REALIZAÇÃO DE OBRAS. LIMINAR. MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXCLUSÃO DA LIDE. Os atos da Administração Pública estão submetidos ao controle judicial. O Poder Judiciário pode avaliar o atendimento ao Direito, a motivação do ato tendo em vista critérios como a finalidade, a razoabilidade e o atendimento aos princípios constitucionais e ao interesse público. Tal avaliação não significa interferência, porque o Judiciário atua no caso concreto, no presente. O Poder Judiciário não age com os atributos da generalidade, abstratividade e impessoalidade, características estas próprias da lei e não do ato judicial. A atuação do Judiciário na fiscalização dos atos e omissões administrativos é corretiva e repressiva, e não prospectiva, esta sim o campo próprio do Executivo e de seu planejamento. Verificando-se, pela prova dos autos e com base nos fatos públicos e notórios, que a população tem sofrido graves riscos com a continuidade do estado precário da RST 101, no trecho entre Bacopari (Mostardas) e Capão Comprido (Tavares), deve a autarquia responsável pela conservação das rodovias estaduais, como a RST 101, incluir no orçamento verbas suficientes para a realização das obras necessárias à garantia da vida e da segurança dos administrados, usuários da rodovia. O descaso da Administração com as estradas, expondo permanentemente a população a riscos, não se trata apenas de ilegalidade, mas de descumprimento da própria Constituição Federal (art. 5º, caput). O Poder Público, independentemente da esfera governamental, tem dever constitucional de proteger a vida e a segurança dos seus cidadãos, e assim, por óbvio, o Estado do Rio Grande do Sul, dentro da necessária, normal, cotidiana e rotineira utilização, pelas pessoas, de um de seus bens (as rodovias, conforme art. 7º, IX, da CE/89), seja de forma própria ou mediante os entes públicos ou privados, a quem eventualmente se atribua ou se delegue a tarefa, como, no caso da conservação das rodovias estaduais, o DAER (art. 1º, IV, da Lei Estadual nº 11.090/98). Passado o prazo razoável para o início das obras, deve incidir multa diária em caso de descumprimento, a qual visa a desestimular o Poder Público a desobedecer ao comando judicial. Inviável se exigir o cumprimento da obrigação de fazer, com imposição de sanção pelo eventual descumprimento, diretamente do Estado do Rio Grande do Sul, que possui, para a tarefa específica, ente autárquico próprio ao qual a atividade está expressamente atribuída. Nessa situação, deve ser concedida a liminar postulada pelo Ministério Público, para determinar ao DAER que tome as providências atinentes à realização de obras de recuperação na RST 101, devendo o Estado ser excluído da lide. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO. (Agravo de Instrumento Nº 70017086257, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 13/12/2006)

8 CONCLUSÃO

A título de colaborar no debate sobre o importante e atualíssimo tema da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do planejamento, este trabalho iniciou

revisitando os principais elementos do instituto da responsabilidade civil, como os principais modelos em que se divide – objetivo, subjetivo, misto e socializado –, funções que desempenha (indenizatória, punitiva e dissuasória), e teorias que a fundamenta (culpa, risco-proveito, risco-criado, riscos relativos ao Estado e garantia).

Em seguida, foram trazidos à colação, estudos elaborados por juristas nacionais e estrangeiros sobre a específica matéria da responsabilidade civil por erro de planejamento, onde ficou claro que o assunto ainda não mereceu a devida importância do mundo acadêmico, tendo em conta o reduzidíssimo acervo doutrinário encontrado acerca do tema.

Constatou-se que o planejamento do Estado, ainda que possa ser considerado como ato discricionário da autoridade administrativa, diante das luzes propiciadas pela vanguardeira doutrina do direito administrativo constitucional, também restará obrigatoriamente submetido aos mecanismos de controle para fins de verificação de sua conformidade com as inafastáveis regras constitucionais, garantindo-se, dessa forma, a anulação dos atos de planejamento considerados inconstitucionais. Nesse sentido, foram colacionados alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relacionados com planejamento, nos quais se verificou que o tema planejamento do Poder Público vem ganhando relevo nas questões relativas ao exame da responsabilidade civil estatal.

Verificou-se que a responsabilidade civil do Estado, em nosso ordenamento, fundamenta-se na teoria do risco administrativo, sendo possível responsabilizar objetivamente o Poder Público por danos decorrentes tanto de sua ação quanto de sua omissão na realização de suas atividades voltadas à satisfação do interesse público em razão da aplicação do postulado da proporcionalidade que veda tanto o excesso quanto a inoperância estatal, incluindo-se, nesta última hipótese, a falta de planejamento.

Por fim, diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de planejamento apresenta-se, no plano teórico, como efetiva possibilidade doutrinária, sendo defendida, inclusive, por juristas nacionais e estrangeiros renomados como J.J. Gomes Canotilho, Almiro do Couto e Silva e Lúcia Valle Figueiredo.

Todos comungam, em termos nucleares, com a idéia de que o particular ao aderir ou ao ser compelido pela força coercitiva do Estado a se submeter a um determinado planejamento governamental, age dentro do princípio da confiança e da boa-fé. Dessa forma, se do planejamento incitativo ou imperativo do Estado decorrer danos ao patrimônio do particular, este terá direito de buscar a reparação dos prejuízos pelo Estado.

Todavia, no plano material, verifica-se que é ainda rarefeita a utilização da aludida teoria entre nós, evidenciando-se a necessidade de intensificação dos debates do assunto no

meio jurídico como forma de consolidar sua aplicação, haja vista tratar-se a responsabilização civil do Estado por danos decorrentes do planejamento de importante instrumento de reparação patrimonial do particular lesado pelo Poder Público e de indispensável ferramenta no controle social nas ações de planejamento do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6 ed. rev. aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9.ed., São Paulo: Atlas, 1998.

FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código. Revista Jurídica 309, julho de 2003, doutrina cível.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 de junho de 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Responsabilidade objetiva do Estado, proporcionalidade e precaução. Revista Direito e Justiça, ano XXVII, volume 31, número 1, julho 2005, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da Silva. *Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros*. Revista de Administração Municipal – Municípios/IBAM – Abril, Maio e Junho/2007 – Ano 52, nº 262, Rio de Janeiro: IBAM, p. 37-55.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32.ed., atualizada até Emenda Constitucional 51, São Paulo: Malheiros, 2006.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001 (coleção direito civil, v. 3).

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004.