

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS

ISABEL FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Sofia Melo Figueiras; Isabel Fonseca; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-465-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Administração. 3. Gerência.

VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 15h00min às 19h00min, e contou com a apresentação de treze artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de processo administrativo, direitos e garantias afins, políticas e administração públicas, contrato administrativo e demais temáticas atinentes, bem como o Direito Administrativo Aplicado.

Os textos foram organizados em 04 (quatro) blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

A - Processo Administrativo, Direitos e Garantias Afins

1 - O trabalho desenvolvido por Felipe de Almeida Campos e Sérgio Henriques Zandona Freitas, “ASPECTOS CRÍTICOS DA PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015”, aborda os escopos instrumentalistas metajurídicos e a falta de definição concreta sobre determinados institutos processuais administrativos, com destaque para o histórico constitucional e infraconstitucional do processo administrativo. A análise da constitucionalidade e os elementos estruturantes do processo administrativo, notadamente sua principiologia, pela compreensão processual democrática constitucional, discutindo-se também a aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil de 2015.

2 - Norma Sônia Novaes Campos e Hernani Martins Junior, em texto intitulado “PAD E OS MODELOS DE JUIZ”, investigam o processo administrativo disciplinar (PAD), com destaque para o procedimento regido pelos princípios processuais com vias a apurar eventuais delitos ou desvios de conduta de servidores no exercício da função pública. Questionam que, não raro, os princípios do direito processual são ignorados, argumentando que o resultado disto é a completa perversão do estado de direito. No texto são abordadas as principais falhas do PAD e paralelamente os modelos de juiz por Francois Ost, na busca de solução para o problema.

3 - O trabalho de Gabriela Schardosim Cardoso, intitulado “O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NO ATO ADMINISTRATIVO”, teve por objetivo realizar sucintas considerações a respeito do conceito de ato administrativo, expor a motivação do ato administrativo como princípio atinente, com o objetivo de demonstrar que a sua utilização decorre de institutos presentes na própria Constituição.

B - Políticas e Administração Pública

4 - Ricardo dos Santos Caçapietra e Ana Amelia Barros Miranda, em texto intitulado “A EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA SOB UMA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL: JURÍDICA, ECONÔMICA E DE GESTÃO PÚBLICA”, discutem o ciclo de políticas públicas, o princípio da eficiência e a gestão por resultados decorrente da reforma do Estado da década de 90, como ferramentas complementares à avaliação de uma política pública. Abordam ainda a eficiência das políticas públicas, sob o ponto de vista da análise econômica do direito, destacando os aspectos jurídicos e a importância da gestão por resultados, num cenário em que a demanda por serviços públicos e infraestrutura cresce bem acima da capacidade financeira do Estado em provê-los.

5 – O trabalho de Letícia Badini Martins Halfeld e Amanda Benevenuti Ladeira, intitulado “A RACIONALIDADE WEBERIANA APLICADA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA SINDICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”, analisa a ideia de racionalidade de Max Weber, com base principalmente na obra “Economia e Sociedade”, em busca de um possível paralelo com a razoabilidade, mormente na sua aplicação no direito público em sede de sindicabilidade do mérito administrativo. Na abordagem sugere que o Estado Racional weberiano, burocratizado, não deixa de existir completamente, mas deve se adequar ao Estado Democrático de Direito e suas consequentes bases principiológicas.

6 - Carolina de Moraes Pontes e Everton Silva Santos, em texto intitulado “A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DAS ENCHENTES: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL SOB O PRISMA DA OMISSÃO”, abordam a responsabilidade civil do Estado em decorrência das enchentes e seus danos causados a população em face de sua omissão como administrador público. Detalham problemas ocasionados por fenômenos que guardam exclusão de responsabilidade em casos na esfera cível, em que a sociedade é afetada por meio dos impactos sentidos de forma ostensiva, cuja análise de responsabilidade é avaliada pelo prisma do Estado.

7 – O texto de Patricia Susana Baía da Costa Colaço Machado, intitulado “PORTUGAL E A NECESSIDADE DE UMA POLITICA REGIONAL ‘A INEVITÁVEL REFORMA DO PODER LOCAL’”, avança sobre o debate da política regional e a política de investimento estratégico dirigida a todas as regiões e cidades de Portugal, com o objetivo de aumentar o seu crescimento econômico. Analisa ainda, preceito legal que tem sido muito esquecido, a qualidade de vida das pessoas, com paradigma no moderno discurso político e no poder local regionalizado.

C - Contrato Administrativo e demais temáticas atinentes

8 – Na sequência, o trabalho de Carlos Araújo Leonetti e Felipe Cesar Lapa Boselli, intitulado “O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DA TUTELA AO MEIO AMBIENTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, objetivam o conceito de desenvolvimento nacional sustentável, sob o ponto de vista ecológico, no âmbito das contratações públicas, e sua aplicabilidade à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa.

9 - No texto intitulado “O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E SEUS LIMITES”, Isa Filipa António de Sousa, esclarece que o poder do parceiro público que, no âmbito da execução de um contrato celebrado com parceiros privados, suscita problema quanto ao «ius variandi», na perspectiva da igualdade inter partes e da estabilidade contratual. Alerta ainda para o poder de reconformação unilateral do conteúdo do contrato inicialmente celebrado, sem que haja negociação com o parceiro privado acerca das alterações ao clausulado, destacando o abuso com complexas implicações económico-financeiras, que obrigam à posterior celebração de acordos de reequilíbrio financeiro. Finalmente, alerta para o alcance e limites legais impostos a este poder, delimitando-o.

10 - Theresa Christine De Albuquerque Nobrega e Anna Dolores Barros de Oliveira Sá, em trabalho intitulado “REGULAÇÃO NA CONTRATUALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: FOMENTO À SEGURANÇA JURÍDICA E COMBATE A CORRUPÇÃO”, destacam os objetivos da Lei 13.019/2014 quanto a reordenação nas formas de combate à corrupção nos contratos públicos. Chamam a atenção para a notória mudança legislativa que articula órgãos de controle da Administração Pública, ampliando as perspectivas de transparência e controle social das políticas públicas, determinando o suprimento de um espaço necessário à promoção de uma política nacional de combate à corrupção, compliance e segurança jurídica.

D - Direito Administrativo Aplicado

11 - No texto de Marcos Fernandes de Souza, intitulado “A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO”, aborda a Lei 9.503/1997, identificando o Sistema Nacional de Trânsito como conjunto de órgãos, com a participação de todos os entes federativos, que têm por finalidade o planejamento, administração, normatização, policiamento, fiscalização e julgamento de infrações e aplicação de sanções administrativas na temática trânsito. Alerta para a estruturação própria e compartimentada do SNT entre órgãos da Federação e, valendo-se de corpo técnico para áreas do trânsito, com destaque para mecanismos institucionais que o asseguram desde as atividades atípicas (ao Poder Executivo) de normatizar, realizar julgamento e aplicar sanções, até as funções usuais realizadas pelo Executivo.

12 - Edimur Ferreira De Faria e Claudio Luiz Gonçalves de Souza, em trabalho intitulado “A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FACE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS CONTROLADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL”, ressaltam a questão do Poder Discricionário Administrativo frente à crescente judicialização da saúde na busca do atendimento do cidadão a medicamentos. O direito à saúde se afigura na Constituição como direito fundamental de todo o cidadão. Abordam ainda a sua natureza subjetiva, conquanto o que se tutela é o bem maior, ou seja, a vida. Alertam para a dicotomia do direito fundamental à saúde versus o alto custo dos medicamentos em face do interesse público lato sensu.

13 –No trabalho de Rodrigo Monteiro Da Silva, intitulado “A ALTERAÇÃO NA FORMA DE ESCOLHA DE MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS: UMA INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ARTIGO 75 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”, o autor, no contexto em que se permite a alteração do respectivo texto constitucional por meio de emendas oriundas da vontade direta do povo, a partir de uma

interpretação criativa e democrática do art. 75 da Constituição brasileira de 1988, se propõe a examinar a natureza dos Tribunais de Contas, com a demonstração da necessidade da adoção de critérios objetivos e isonômicos para a escolha de seus membros.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Administrativo e das políticas públicas no eixo Brasil-Portugal, além da necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Cláudia Sofia Melo Figueiras (UMINHO)

Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro Fonseca (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DAS ENCHENTES: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL SOB O PRISMA DA OMISSÃO

THE ACT OF PUBLIC ADMINISTRATION BEFORE FLOODS: A STUDY ON CIVIL LIABILITY OF THE STATE IN BRAZIL UNDER THE PRISM OF OMISSION

Carolina de Moraes Pontes ¹
Everton Silva Santos ²

Resumo

O histórico de recorrentes episódios de enchentes no território nacional e da atuação recente do Estado sobre tais episódios são objetos do presente artigo. Os problemas ocasionados por fenômenos que guardam exclusão de responsabilidade em alguns casos na esfera cível são muitos e a sociedade é afetada por meio dos impactos sentidos de forma ostensiva em diversas aspectos da vida social, cuja análise de responsabilidade é avaliada pelo prisma do Estado. O presente trabalho analisará a responsabilidade civil do Estado em decorrência das enchentes e seus danos causados a população em face de sua omissão como administrador público.

Palavras-chave: Enchentes, Administração pública, Responsabilidade civil do estado, Omissão

Abstract/Resumen/Résumé

The history of recurrent episodes of floods in the national territory and the recent state action on such episodes are objects of the present article. The problems caused by phenomena that hold the exclusion of responsibility in some cases in the civil sphere are many and society is affected by the impacts felt ostensibly in several aspects of social life, whose analysis of responsibility is evaluated by the prism of the State. This paper will analyze civil liability of the State as a result of the floods and damages caused to the population due to its omission as public administrator.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Floods, Public administration, Civil liability of the state, Omission

¹ Advogada. Educadora. Mestranda em Direitos Fundamentais, Difusos e Coletivos. Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania (NEDFC) na Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).

² Advogado. Educador. Mestrando em Direitos Fundamentais, Difusos e Coletivos. Pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito e Relações Internacionais (NEDRI) na Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).

INTRODUÇÃO

Atendendo ao eixo temático “Direito Administrativo e Gestão Pública”, o objeto do trabalho tende a seguir uma metodologia contextualizando os fatos à produção bibliográfica e construção jurisprudencial, que será demonstrada por julgados elencados, que configuram importante matéria sobre o tema, além da possibilidade de subsunção das teorias normativas à narrativa dos casos.

O presente artigo visa por meio da pesquisa de diversas correntes que tratam o assunto, com enfoque em estudo dos argumentos que fundamentam as mais recentes decisões, propor no decorrer do trabalho o fortalecimento de uma visão defendida *pro societate*, ou seja, que reforce a ideia favorável à sociedade, alicerçando intrinsecamente a ideia de que para a cidadania ser exercida em sua plenitude, há necessidade de implantação de políticas públicas a fim de sanar problemas que se repetem pela omissão do Estado.

As inúmeras moradias afetadas constituem exemplos de problemas a serem resolvidos pelo setor da habitação e obras, assim como ruas, prédios públicos e outras estruturas abaladas pelas enchentes. Como se pode perceber, a problemática aqui levantada atinge diversos segmentos, cuja competência administrativa é em sua maior parte do poder público.

Há diante dessa conjuntura um impacto social quando nos deparamos com a situação de lares destruídos e inúmeras famílias sem lugar para morar. Se antes havia alguma dúvida se a responsabilidade era também da Administração Pública, essa dúvida vem se dirimindo ao passar do tempo. Sem falar das consequências irreparáveis como mortes que foram registradas em função desse problema que sob o argumento de ser ocasionado por motivo de “força maior”, até o presente momento, não apresenta uma solução concreta ou definitiva.

Não há como desprezar o fato de que as enchentes configuram um sério problema de alcance social já há algum tempo, no entanto, medidas efetivas para a melhoria das circunstâncias relevantes ao assunto não foram tomadas como de fato deveriam, o que culminou em diversas agravantes nos últimos anos.

Em que pese a eficácia ao caso concreto, o Direito, por meio de seu instituto acerca da responsabilidade civil, pode ter o condão balizador desse cenário nos casos em que a Administração Pública teria o dever de agir mas não o faz.

Sob o prisma jurídico, tais circunstâncias nos levam a análise do instituto de responsabilidade civil do Estado buscando a aplicação de medidas que versem desde a prevenção até a reparação dos eventuais danos decorrentes das enchentes.

Nesse sentido, cabe aqui a demonstração de que existem instrumentos legais no ordenamento jurídico brasileiro que contribuam para uma perspectiva positiva, com a cobrança por uma maior atuação no que tange às políticas públicas que visem o combate do problema, ou pelo menos, medidas que atenuem esses fenômenos da natureza, demonstrando que há amparo legal para as vítimas desses transtornos quando vislumbrada omissão do Estado em funções que lhes são inerentes.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Com relação ao cenário apresentado, esclarecemos que não temos o intuito de estudar tecnicamente o tema pelas vertentes da interdisciplinaridade. Engenharia, arquitetura, medidas de saneamento e uma gama de conhecimento relativo à agrimensura e recursos hídricos, seriam indispensáveis para a busca de medidas para prevenção e conseqüente solução de enchentes. O que não se pode negar, é que independente do conhecimento técnico da área, o planejamento estratégico por parte da Administração Pública é algo essencial para que danos maiores possam ser evitados, entretanto, a proposta aqui é demonstrar – ainda que de forma breve – como o instituto é entendido atualmente em virtude da evolução do pensamento jurídico sobre o tema no Brasil, oferecendo parâmetros e atualizações, inclusive, para a análise de perspectivas em caráter interconstitucional e universal.

Para isso, vamos abrir a análise com o fundamento legal, na literalidade do artigo 37, §6º, da Constituição Federal:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98)*

(... omissis ...)

§ 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. [g.n.] (Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988)

Desse dispositivo combinado com o entendimento majoritário da doutrina, extraímos que o Estado responde, objetivamente, sempre que demonstrada a existência de nexo de causalidade entre o dano/lesão e a atividade do agente em função do Estado. A discussão sobre possível culpa ou dolo só acontecerá, eventualmente, em um segundo momento, com relação a uma possível demanda regressiva por parte do Estado, contra o agente causador do dano. No entanto, a responsabilidade, em primeiro plano, é objetiva do Estado.

Assim é o entendimento adotado no Brasil, definida aqui nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem (BANDEIRA DE MELO, 2009, p. 325)

Nesse diapasão, a jurisprudência confirma por meio do elucidativo julgado:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III – Recurso extraordinário desprovido (RE 591874/MS – Mato Grosso do Sul – Julgamento: 26/08/2009).

A abertura do estudo sob o prisma jurídico com relação à uma ação – no sentido de atitude – mal sucedida por parte do Estado, nos permite fechar o raciocínio de que quando há uma conduta por meio de seu agente, bem como o dano e, para fechar as ligações, o nexo de causalidade, independente de culpa, a teoria adotada no Brasil pelo ordenamento vigente, doutrina majoritária confirmada pelos maiores tribunais de nosso país é a denominada responsabilidade civil do Estado.

Ocorre que o objeto do presente artigo busca a interpretação aprofundada nessa seara. Nossa Constituição traz um arcabouço de direitos fundamentais e garantias sociais que devem ser aplicadas na nossa sociedade. Um dos mecanismos de aplicabilidade consiste na implantação das denominadas políticas públicas.

No conceito técnico, a expressão política pública significa:

campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. [...] políticas públicas, após desenhadas e formuladas, desdobram-se em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas. [g.n.] (SOUZA, 2006, p.26)

Ou seja, ações por parte do Estado devem ser tomadas em governos democráticos a fim de garantir aquilo que nossa Constituição tutela. A elaboração e conseqüente execução de políticas públicas é um dos mecanismos para alcançar esse objetivo. Existe uma obrigação estatal em promover e garantir aos cidadãos, com base em uma gama de princípios, medidas que concedam qualidade na saúde, educação, meio ambiente, segurança, entre outros.

Por meio dessas premissas, pautaremos em caráter genérico, a situação que passa a ser objeto de análise do presente artigo.

1.1 Teoria do Risco Administrativo

A Constituição Federal adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, porém sobre a modalidade do risco administrativo, dessa maneira, a responsabilidade do estado pode ser atenuada, provando a culpa parcial e concorrente da vítima, e até mesmo excluída, provada a culpa exclusiva da vítima. (Gonçalves 2010, p. 149).

Conforme Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 234), essa teoria surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus ou encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da administração pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que

verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

O Min. Celso de Mello, expôs seu posicionamento no seguinte voto:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos, houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência do ato lesivo causado à vítima pelo Estado o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. (...) As circunstâncias do presente caso – apoiadas em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo – evidenciam que o nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face do comportamento omissivo em que incidiu o agente do Poder Público (funcionário escolar), que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir. RE 109615, 1.^a T., j. 28.05.1996, rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.08.1996.

Para Meirelles (2012, p. 601-602) o risco administrativo não significa que a indenização sempre será devida, pois não foi adotada a teoria do risco integral, e se a culpabilidade da vítima está reconhecida, afasta a ilicitude do fato. É que enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública.

Existe uma certa confusão na doutrina a respeito da teoria do risco integral e a do risco administrativo. Essa confusão é mais de ordem semântica, pois todos partilham do entendimento de que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, e essa responsabilidade subsiste em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior (Gonçalves, 2010, p. 150).

Alguns autores como Octávio de Barros, Washington de Barros Monteiro e Yussef Said Cahali entre outros afirmam que a teoria do risco integral é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva adotada pela Constituição Federal, de acordo com os princípios da igualdade dos ônus e encargos sociais, na realidade estão atribuindo ao dispositivo constitucional os mesmo efeitos atribuídos aos que afirmam a adoção da teoria do risco

administrativo, entendimento este defendido também por Hely Lopes Meirelles (Gonçalves, 2010, p. 151).

Para Pereira (2016, p. 142) o direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou risco administrativo, identificando as duas teorias e explicando que o Estado responde sempre perante a vítima, independente de culpa do servidor, respondendo este perante o Estado e provando que procedeu culposa ou dolosamente. Não significa que o Estado é responsável por qualquer circunstância, pois aplica as excludentes de responsabilidade.

2. PROBLEMATIZAÇÃO DAS ENCHENTES

Vimos que o Estado se responsabiliza objetivamente por suas ações, mas quando é que ele responde por suas omissões? Traduzindo melhor a ideia da pergunta que enseja esse capítulo: quando é que o Estado teria o dever de agir? E quando é que o não cumprimento desse dever – caracterizado como omissão – acarreta caso de responsabilidade do Estado?

Nas palavras do Professor Mazza, temos:

(...) Em linhas gerais, sustenta-se que o Estado só pode ser condenado a ressarcir prejuízos atribuídos à sua omissão quando a legislação considera obrigatória a prática da conduta omitida. Assim, a omissão que gera responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. (...).(MAZZA, 2013, p. 330).

Para melhor responder as perguntas acima, passamos a levantar a situação em tela, podemos dizer que as inundações, enchentes e/ou transbordamentos de rios e córregos, em razão de precipitações pluviométricas, sem condições de escoamento normal das águas acumuladas, representam um grande dilema para as administrações públicas.

No que se refere às enchentes, os seus recorrentes episódios já não são problemas exclusivos das grandes capitais. Muitas regiões do país vivenciam esses dramas, quase sempre, em função de falta de planejamento urbano acompanhado de falta de investimento em diversas áreas.

As administrações públicas atribuem essas catástrofes à natureza, ou seja, pautam seus discursos sob o escopo de que esses desastres não podem ser evitados por se tratarem de fenômenos naturais – denominado pelo direito como “força maior”. Entretanto, esse discurso vem perdendo força, pois é sabido que as chuvas em determinadas épocas do ano são certas e já foi constatado que políticas públicas de prevenção, diante da certeza de tais fenômenos, poderiam ser realizadas com um adequado planejamento e investimento por parte do administrador público, dirimindo a problemática em questão.

Pelo ordenamento civil brasileiro, quando o fato é considerado “força maior”, ele é reconhecido juridicamente como fator excludente de responsabilidade. Neste sentido, a administração pública não é responsabilizada pelos danos causados por uma situação de “força maior”:

Art. 393 - O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir. [g.n.] (Codigo Civil, 2002)

Pela estrita literalidade da lei, não há o que se falar sobre a responsabilidade do agente ou do Estado. O fato é que esta aplicação e interpretação da lei vêm sendo colocada em xeque nos últimos anos. Frequentemente, o Poder Judiciário vem sendo chamado para se manifestar em casos de omissão do Poder Executivo e nem sempre os acórdãos seguem uniformes pelo mesmo entendimento. Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, é adotada a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado para os casos em que se configura a ação do agente como visto no capítulo anterior, mas para a corrente majoritária do direito quando se interpreta os casos de omissão, ainda pesa a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, ainda há significativa dificuldade para o reconhecimento do direito à indenização e reparação dos danos que afetam a pessoa que sofre a lesão por alguma dessas catástrofes.

Observa-se que não há um discurso e um procedimento uníssonos, tanto por parte do Poder Executivo quanto por parte do Judiciário, e ainda estamos longe da universalização de um conceito sobre o tema. Ainda que haja discussão em torno da responsabilidade ser objetiva ou não em casos de omissão, as enchentes configuram entendimento quase pacífico em torno do chamamento da responsabilidade do Estado, pois vem sendo inevitável à percepção de cada caso concreto. Comprovam-se diante de diversos casos, situações em que se a

Administração Pública se valesse de medidas básicas relativas à estrutura, os considerados “casos fortuitos” e “força maior”, poderiam ter os efeitos e consequências minimizados.

3 CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA

Como visto acima, a implementação de políticas públicas, pautadas em planejamento estratégico por parte de atitudes da Administração Pública, deve existir para efeito das garantias constitucionais. Para termos as respostas levantadas no capítulo anterior temos que analisar se as medidas de precaução a fim de que fossem evitadas catástrofes por enchentes foram tomadas pelo poder público. O cenário de possível omissão – ou não – se desenha por meio da análise das medidas adotadas e é isso que nos permitirá a aplicação e interpretação da pertinência jurídica do instituto de responsabilidade civil ao tema.

Conforme visto também, em primeira análise, não haveria o chamamento do instituto da responsabilidade civil e nestes termos, registamos o pensamento de Braga Netto: “*se estivermos diante de alguma excludente de responsabilidade civil, o Estado não indeniza a vítima. E não indeniza porque houve a ruptura do nexa causal.*” (BRAGA NETTO, 2012, p.109). Ou seja, é o mesmo que dizer que o dano perde a relação com a atuação do Estado e conforme já fora aqui mencionado, o nexa de causalidade é um dos elementos que constituem o instituto da responsabilidade civil objetiva.

Na hipótese de avançarmos nessa linha de raciocínio, observaremos adiante um ponto mais frágil da legislação. Até o presente momento, foi analisada a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil do Estado naquilo que se refere à sua conduta ativa, ou seja, quando há ação por parte de seus agentes. Acontece que no direito, o efeito decorrente de determinado fato é passível de análise inclusive quando é reflexo de conduta omissiva. E esse, talvez, seja o ápice motivador do presente estudo, pois não há como desprezar as consequências de danos causados por parte da Administração Pública em sua conduta omissa.

Catástrofes como enchentes, por exemplo, compõem a gama de estudo de efeitos da omissão da Administração Pública e os Tribunais Superiores vêm reconhecendo isso no campo jurídico. Vejamos importante julgado que começou a traçar essa linha, também destacado por Braga Netto (2012):

Cidadão que teve sua casa alagada pelas chuvas em 1998, 2000 e 2001 (sendo que nessa última perdeu todos os bens que possuía), deve ser indenizado pelo Estado, não cabendo aplicar as excludentes de responsabilidade (STJ, REsp 1125304, Rel. Min. Castro Meira, 2 T, DJ 28/02/11). Os relatórios feitos, no caso, deram conta que os alagamentos ocorreram em razão das obstruções das ‘bocas de lobo’. Significa dizer que, se não estivessem obstruídas, possivelmente nada de mais grave teria ocorrido. O STJ, no caso, manteve a decisão recorrida” (BRAGA NETTO, 2012, p. 116)

Essa interpretação recebe guarida também da doutrinadora Di Pietro (2006) que sobre as excludentes diz o seguinte:

Mesmo ocorrendo um motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer à omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente” (DI PIETRO, 2006, p, 625) [g.n.]

Enfim, há uma parte da doutrina, ainda que minoritária, que vem defendendo de maneira crescente a ideia de que o Estado não fique impune do dever de indenizar nos casos de responsabilidade civil mesmo nas situações de “caso fortuito” ou “força maior”, quando se tratar de algumas circunstâncias.

A partir do momento em que há como se prever as chuvas torrenciais em determinados pontos por reiteradas vezes, nós não estamos mais diante de uma excludente, ao contrário, há clara previsibilidade que acarreta consequentemente ao Estado o já mencionado dever de agir.

Já existe quem defenda que a responsabilidade civil do Estado, nestes casos, deve ser aplicada também em caso de omissão. O STF, em sua 1ª turma, no RE 109.615/RJ, reconheceu no sentido de que era objetiva a responsabilidade do Estado “*pelos danos a que os agentes públicos houver dado causa, por ação ou por omissão*”. (RTJ 163/1.107)

José dos Santos Carvalho Filho (2012), defende que “*a responsabilização objetiva do Estado, deve ocorrer mesmo quando for decorrente de simples omissão de seus agentes*”, lembrando, claro, que mesmo sendo ideia defendida em partes pelo presente artigo, ainda assim, é o entendimento minoritário.

Para caracterizar os casos de enchentes, temos uma decisão relacionada à matéria, que enseja a responsabilidade civil, gerando por consequência jurídica indenizações e danos morais e materiais, por conta do reconhecimento do instituto da responsabilidade civil:

INDENIZAÇÃO – Municipalidade de São José do Rio Preto – RESPONSABILIDADE CIVIL – Veículo arrastado por enxurrada formada por águas de chuva de grande intensidade pluviométrica – RESPONSABILIDADE OBJETIVA da Administração, consubstanciada no fato que tais chuvas sempre foram previsíveis no local, ante a comprovação de que obras contra enchentes estavam sendo realizadas e ainda, ante a comprovação de que chuva de intensidade pluviométrica maior havia ocorrido no ano anterior, mesma época – Procedência da ação – Sentença reformada – Valor da indenização a ser apurada em liquidação de sentença por arbitramento, tendo em conta que o valor pedido é bem maior que o valor do mercado do veículo envolvido, devendo prevalecer, portanto, este último – Recurso provido. (Apelação Cível n. 94.906-5 - São José do Rio Preto - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Eduardo Braga - 27.04.00 - V.U.)

Diante da natureza do risco administrativo evidenciado, existe decisão que confirma a ideia de responsabilizar objetivamente o Estado, conforme segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL - PODER PÚBLICO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO - REDE PLUVIAL - OBRA - INUNDAÇÃO DE RESIDÊNCIA - PREJUÍZO MATERIAL - COMPROVADO NEXO DE CAUSALIDADE - PROCEDÊNCIA - É da administração pública municipal a responsabilidade pela manutenção e conservação das redes de água e esgoto e de captação de águas pluviais, sendo-lhe imputada a responsabilidade pelos danos que, por sua negligência em conservá-las, venham a ocorrer. INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA- PODER PÚBLICO - RISCO ADMINISTRATIVO - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - DANO - INUNDAÇÃO DE RESIDÊNCIA - COMPROVADO PREJUÍZO MATERIAL. A pessoa jurídica de direito público é responsável pela reparação do prejuízo material causado em inundação de residência e destruição de bens de particulares, se ficou demonstrado *salienter tantum* o nexo causal entre sua omissão (dela, pessoa jurídica) e o resultado danoso. A responsabilidade do Poder Público é objetiva e funda-se na teoria do risco administrativo, decorrendo da ação ou omissão lesiva de seus agentes. (Número do processo: 1.0000.00.291181-6/000(1) - Relator: HYPARCO IMMESI - Data do acordão: 07/08/2003 - Data da publicação: 19/09/2003)

Conforme visto, é inequívoco o entendimento acerca do tema, naquilo que se refere ao amparo das vítimas das enchentes, entretanto, não são todos os autores e tribunais que decidem pela teoria ser aplicada de forma objetiva, sendo que majoritariamente, a ideia adotada no Brasil é de que além do comportamento omissivo do Estado, o dano e o nexo de causalidade, há que se observar o elemento da culpa por parte da prestação do serviço público.

Ensina Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 292) que o dever de indenizar do Estado decorre da falta do serviço, não já da falta do servidor. Bastará a falha ou o mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados. De acordo com essa nova concepção, culpa anônima ou a falta do serviço público, geradora de responsabilidade pelo Estado, não está necessariamente ligada à ideia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.

4 BREVE ANÁLISE DA COMPETÊNCIA

Conforme visto, a Carta Magna, em seu §6º do artigo 37, traz que quem responde pelo dano perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano. Em casos diferentes desse, pode existir um conflito, quando analisado de forma genérica, pelo dispositivo no Código de Processo Civil, ao que tange a possível Ação de Regresso contra o agente. O novo Código de Processo Civil traz que *“àquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”* (artigo 125, II). Esse tipo de conflito é isolado quando tratamos o caso em tela, pois aqui estamos diante de algo com mais especificidade. Não tratamos de uma empresa contratada pelo Estado para realização de um serviço, mas de uma responsabilidade certa do Estado, que tem o dever de agir. Como entendido, não estamos também diante de um caso de ação do Estado que promoveu o dano, mas de uma omissão, dada as ocorrências que se repetem e resultam catástrofes por conta de chuvas fortes e tempestades que ocasionam as enchentes previsíveis, demonstrando assim uma problemática tratada no presente artigo.

Embora as enchentes afetem todo o país, pode-se dizer que em cada região se dá de uma maneira, já que o problema de cada local é diferente do outro em termos de técnica,

planejamento e muitos fatores que não necessariamente são os mesmos, motivo pelo qual o estudo não pode passar distante da análise de políticas públicas.

Nessa sequência demonstrada, importante destacar que a fim de que se evite a demanda judicial, existem práticas desenvolvidas na atuação da administração pública que podem dirimir os impactos narrados, inclusive evitando que tragédias aconteçam. São diversas ações estratégicas a serem pensadas no plano de gestão, que recebem a acolhida no plano jurídico sob o prisma de leis importantes como, por exemplo, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) ou mesmo com relação à execução do Plano Diretor.

Em caso de omissão estatal em implementar políticas públicas que refletem no agravamento de diversos desastres naturais, há que se analisar quais são os mecanismos que devem ser exigidos da figura do Administrador para podermos, inclusive, traçar a dicotomia da omissão.

Nesse sentido, realizadas essas observações, não é errado colocar – mesmo sabendo que o assunto afeta todo o país – que o problema é regionalizado, carecendo de amparo mais específico com relação à competência, respaldando-se pelo interesse local, seguindo o dispositivo do art. 30, I, da Constituição Federal.

Em ações procedimentais, para alcançar a reparação do dano, pode-se dizer que um caminho é exaurir as possibilidades na esfera administrativa. Em São Paulo, a viabilização se dá respaldada na “Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo” (Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998). Ela pode ser utilizada na inexistência de legislação municipal pertinente, que possibilite essa reparação de forma imediata, além de reforçar o entendimento nesse sentido.

Na esfera judicial, a ação deve ser proposta em face da Municipalidade, ajuizada na Vara da Fazenda Pública – caso o município detenha vara especializada – contendo o pedido de indenização, visando reparação de danos – e aqui, sustentamos a crescente de que casos de enchente, por exemplo, não devem ser caracterizadas como problemáticas de força maior.

De qualquer modo, o que não se pode mais aceitar é que se afaste a competência para os casos concretos, sob argumento de que Estado não tem sua responsabilidade pelos prejuízos causados nas situações das enchentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca do exposto, podemos tomar por certo o fortalecimento da ideia de proteção às vítimas de catástrofes de enchentes, sob a égide da responsabilidade civil do Estado, afastando a ideia de caso fortuito ou força maior.

Diante de muitos temas pertinentes aos atos da Administração Pública, os casos de enchentes ganharam mais espaço para o estudo porque não estávamos diante de uma situação em que se analisaria a responsabilidade pura e simples por uma ação, mas estávamos, sim, diante de casos de omissão do Estado, o que traz consigo outras peculiaridades. Não era um caso de buracos nas ruas, por exemplo, que trazia uma justificativa embutida, em que o Estado se valia do instituto de “força maior”.

O fato é que as enchentes fizeram – e ainda fazem – muitas vítimas em diversas regiões do país, por isso o assunto pedia uma análise com mais cautela até pela segurança jurídica daqueles que já tiveram suas vidas afetadas em razão dessas catástrofes.

Na seara jurídica e de políticas públicas, o entendimento começa a se construir e ganhar força no sentido de que, se o Estado podia ter previsto essas situações, podia, também, por meio de atos da Administração Pública, evitá-las, se não o fez, deve ser responsabilizado pela conduta omissiva.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 de maio de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: atlas, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. 2016.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Revista Sociologias, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

STF - **Recurso Extraordinário** : RE 591874 MS. Acesso disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711954/recurso-extraordinario-re-591874-ms>> Acesso em 08 de maio de 2017.

STF - **Recurso Extraordinário**. Constitucional. Administrativo. Civil. RE 109615, 1.^a T., j. 28.05.1996, rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.08.1996. Acesso disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RE+134297+SP>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

TJ/SP – **Apelação Civil**: nº 94.906-5 -São José do Rio Preto, 4^a Câmara de Direito Público, Relator: Eduardo Braga, julgado em 27/04/00, v.u. Disponível em <

<http://www.conjur.com.br/2010-abr-13/poder-publico-responsavel-pelos-danos-causados-enchentes>> Acesso em 12 de maio de 2017.