

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS ORIUNDOS DE ENCHENTES E O DIREITO DOS DESASTRES: A EFETIVIDADE DO DEVER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

STATE RESPONSIBILITY FOR DAMAGES CAUSED BY FLOODING AND DISASTER LAW: THE EFFECTIVENESS OF THE ADMINISTRATIVE DUTY OF CARE IN THE ENVIRONMENTAL RULE OF LAW

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS DERIVADOS DE INUNDACIONES Y EL DERECHO DE LOS DESASTRES: LA EFECTIVIDAD DEL DEBER DE CUIDADO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL

SUMÁRIO:

Introdução; 1. A responsabilidade extracontratual do estado por danos oriundos de enchentes no Estado de Direito Ambiental: do jusracionalismo para a juridicidade dos desastres; 1.1 A polêmica sobre a responsabilidade extracontratual do Estado em casos de enchentes na tradição do Direito Administrativo; 1.2. O Direito à indenização como conceito interpretativo no Direito Administrativo; 1.3. Do paradigma jusracionalista ao Estado de Direito Ambiental: questões hermenêuticas e a juridicidade dos desastres; 2. A necessária (re)construção hermenêutica das omissões administrativas e do nexos de causalidade na responsabilidade do Estado e o caso de enchentes; 2.1. As competências administrativas a partir do horizon-

Como citar este artigo:

Leonel Pires
OHLWEILER. A
responsabilidade do
Estado por danos
oriundos de enchentes
e o direito dos
desastres: a efetividade
do dever de cuidado
administrativo no
Estado de Direito
ambiental. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 26, p. 287-336.

Data da submissão:
13/09/2016

Data da aprovação:
08/06/2017

te de sentido do artigo 225 da Constituição Federal; 2.2. A Lei nº 12.608 e o exercício das competências administrativas: reconstrução hermenêutica da discricionariedade administrativa; 2.3. Omissão Administrativa e a Fenomenologia do Nexo de Causalidade: ultrapassando a metafísica da distinção entre questão de fato e questão de direito; 2.4. Algumas indicações para a configuração da responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes: perspectivas da jurisprudência do TJRS e do TJSP; 2.4.1. Juridicidade da responsabilidade do Estado por danos de enchentes; 2.4.1.1. Descumprimento do dever jurídico de agir. Responsabilidade objetiva; 2.4.1.2. Falta do serviço público. Responsabilidade subjetiva; 2.4.2. Pressupostos do dever de indenizar; 2.4.2.1. Caracterização da omissão administrativa; 2.4.2.2. Omissão específica do Estado; 2.4.2.3. Relação de causalidade e causas excludentes; 2.4.2.4. Competência discricionária e eventos da natureza; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo objetiva investigar o tema da responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes. Refere-se à necessidade de compreender o objeto da pesquisa com base no artigo 225 da Constituição Federal, na Lei nº 12.608/12. Sustenta a importância da compreensão hermenêutica das omissões administrativas e do nexos de causalidade, no âmbito da juridicidade dos desastres. Analisa as decisões judiciais do TJRS e do TJSP. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além da análise de conteúdo. Aconclui-se que as fortes chuvas devem ser tratadas no atual contexto de previsibilidade de alterações climáticas e compreendidas com o olhar dos deveres de cuidado da Administração Pública.

ABSTRACT:

This article aims at investigating the issue of the state responsibility for damages caused by flooding. It refers to the need to understand the object of study based on Article 225 in the Federal Constitution of Brazil, law 12.608/12. It substantiates the importance of hermeneutic understanding of administrative omissions and of the causal link within the range of juridicity of disasters. It Analyzes the judicial decisions of the regional courts of Rio Grande do Sul (tjrs) and Sao Paulo (tjsp). The methodology

applied was bibliographic and jurisprudential research, as well as content analysis. The conclusion is that the heavy rains should be treated in the current context of predictability of climate change and understood from the perspective of care duties of the Public Administration.

RESUMEN:

El presente artículo tiene por objeto investigar el tema de la responsabilidad del Estado por daños derivados de inundaciones. Se refiere a la necesidad de comprender el objeto de la investigación con base en el artículo 225 de la Constitución Federal, en la Ley nº 12.608 / 12. Sostiene la importancia de la comprensión hermenéutica de las omisiones administrativas y del nexo causal, en el marco de la juridicidad de los desastres. Analiza las decisiones judiciales del TJRS y del TJSP. La metodología utilizada fue investigación bibliográfica y jurisprudencial, además del análisis de contenido. La conclusión es que fuertes lluvias deben ser tratadas en el actual contexto de previsibilidad de cambios climáticos y comprendidas con la mirada de los deberes de cuidado de la Administración Pública.

PALAVRAS-CHAVE:

Responsabilidade do Estado. Direito Administrativo. Estado de Direito Ambiental. Omissão Administrativa. Juridicidade dos Desastres.

KEYWORDS:

State responsibility. Administrative Law. Environmental rule of Law. Administrative Omissions. Juridicity of disasters.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad del Estado. Derecho Administrativo. Estado de Derecho Ambiental. Omisión Administrativa. Juridicidad de los desastres.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes ou inundações há muito é discutida no âmbito do Direito Administrativo, destacando-se os intensos debates sobre os fundamentos do dever de indenizar, ora adotando-se a tese da responsabilidade subjetiva, ora com-

preendendo a questão com base na responsabilidade objetiva, bem como a circunstância de os eventos da natureza caracterizar elementos para excluir a responsabilidade dos entes públicos. Inúmeros acontecimentos no Brasil reacendem o tema, pois verdadeiras catástrofes causadas por intensas chuvas em regiões localizadas do país proporcionam reflexões críticas sobre o papel do Estado e o dever de cuidado para com os cidadãos, por exemplo, que residem em áreas de risco.

De plano, a polêmica sobre o tema será explicitada, destacando o contributo do paradigma fundado nos princípios do Estado de Direito Ambiental, a fim de ultrapassar a compreensão liberal-individualista que ainda prepondera em alguns entendimentos doutrinários e decisões judiciais, possibilitando a construção de autêntico ethos ambiental de como a Administração Pública e cidadãos devem relacionar-se com o meio ambiente, pautados pelas indicações normativas do artigo 225 da Constituição Federal.

Na segunda parte da investigação, o debate inicia-se com o tema das competências administrativas, sob a perspectiva constitucional, ultrapassando-se as tradicionais construções fundadas, ainda, na dicotomia discricionariedade/vinculação, sendo que o olhar hermenêutico sobre a Lei 12.608/12 ajuda na construção de uma rede de deveres administrativos relacionada com o tema dos danos causados por enchentes ou inundações. Por fim, o trabalho é complementado pelo exercício comparativo entre decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo descrevendo-se, ainda que de modo breve, algumas indicações metodológicas úteis para possibilitar a interpretação de unidades de conteúdo dos precedentes.

Para este estudo foi adotado o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com referências à análise de conteúdo, de modo a compreender melhor a efetividade da responsabilidade do Estado nos casos de enchentes.

Trata-se, como já mencionado, de um tema que acompanha a própria evolução teórica e jurisprudencial do Direito Administrativo, mas com amplo espaço para as investigações sobre os reflexos de assuntos como prevenção, precaução, intercorrências climáticas, direito dos desastres e solidariedade ambiental exercerem influências teóricas e práticas para a melhor concepção.

1. A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS ORIUNDOS DE ENCHENTES NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL: DO JURACIONALISMO PARA A JURIDICIDADE DOS DESASTRES

1.1. A polêmica sobre a responsabilidade extracontratual do Estado em casos de enchentes na tradição do Direito Administrativo

O tema da responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes não é novo na doutrina e jurisprudência, pois Yussef Said Cahali, a partir de decisões do TJSP e do STF indicou as dificuldades da questão e mencionou tratar-se de tormento não só para as autoridades administrativas, como para os tribunais, “ante a dificuldade, sempre acentuada, na definição da responsabilidade civil estatal pelos danos daí resultantes para os particulares.” (CAHALI, 1995, p.465). As discussões remontam às antigas decisões dos tribunais estaduais e do Supremo Tribunal Federal, existindo indefinições sobre o próprio fundamento do dever de indenizar, se fundado nos pressupostos da responsabilidade objetiva ou subjetiva, a configuração das causas capazes de excluir o nexo de causalidade, especialmente no caso em exame por relacionar-se com danos decorrentes de fenômenos da natureza, até a caracterização jurídica da omissão administrativa. Conforme referido por Yussef Said Cahali, há uma interessante decisão da suprema corte que durante muito tempo foi utilizada como paradigma, ainda que trouxesse à tona os pressupostos da Constituição Federal de 1946.

Trata-se do REXT nº 61.387-SP, 2ª T., Rel. Ministro Themistocles Cavalcanti, J. 21.08.1968, no qual determinado cidadão ingressou com ação indenizatória contra o município de São Paulo em virtude do transbordamento das águas do córrego, ocorrido em razão de fortes chuvas, causando o desabamento de um prédio. A sentença de 1º grau julgou o pedido procedente e o TJSP reformou a decisão julgando improcedente a pretensão de indenização, pois não ficou comprovada a conduta culposa da administração municipal, seja dos agentes públicos. Prevaleceu no acórdão a tese de inexistir prova de que o resultado danoso decorreu da falta de conservação normal, a que a ré estivesse obrigada, ou previsibilidade dos resultados. A questão constitucional foi levada para o STF por meio da tese de violação do artigo 194 da Constituição Federal de 1946, na medida

em que adotou a responsabilidade objetiva do Estado, sem necessidade de o particular demonstrar culpa.

O Ministro Evandro Lins, por ocasião do seu voto, decidiu não conhecer do recurso. Suscitou questão que até hoje determina o rumo dos precedentes do STF para não examinar irresignações sobre responsabilidade civil do Estado, qual seja, discussão sobre matéria de fato. Adotou o entendimento segundo o qual o acórdão apenas negou a prova da relação de causa e efeito entre a alegada omissão e o dano. No entanto, o ministro Themistocles Cavalcanti, depois de pedido de vista, conheceu do recurso extraordinário, sob o argumento de haver no acórdão do TJSP compreensão restrita do artigo 194 da CF/46, “fundado simplesmente na culpa, quando a jurisprudência dos tribunais reconhece inclusive a doutrina do risco.” Para fundamentar o dever de a Administração Pública indenizar, no entanto, teceu críticas à teoria do risco e adotou a teoria da falta do serviço público. O município agiu com omissão ao não adotar providências para a desobstrução do rio, em que pese os pedidos formulados, sendo que o córrego determinou o solapamento do terreno e o desabamento da casa. Na continuidade do julgamento, os ministros Adalício Nogueira e Aliomar Baleeiro acompanharam a divergência e o ministro Adauto Cardoso acompanhou o relator, prevalecendo ao final o direito à indenização, reconhecido na sentença de primeiro grau.

O precedente citado até hoje reflete o estado da arte sobre os casos de enchentes e a responsabilidade da Administração Pública. Prepondera no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual as teses sobre a correta compreensão do artigo 37, §6º, CF, exigem reexame de prova, circunstância inadmitida e que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário¹. No âmbito de Tribunais Estaduais, vale a referência ao caso paradigmático julgado pelo TJRS de enchentes do Arroio Feijó e responsável por diversos precedentes, como a Apelação Cível 70035884667, 10ªCC, j.28.04.2011, na qual determinado cidadão propôs ação de indenização contra o Estado do Rio Grande do Sul, em virtude de danos ocasionados pela inundação das áreas próximas do rio Arroio e que ocasionaram alagamento em sua residência. O acórdão, após reconhecer que a responsabilidade do Estado é objetiva, adotou entendimento de responsabilidade subjetiva em casos de omissão, na modalidade de culpa anônima, resgatando o entendimento de Yussef Said Cahali so-

bre a responsabilidade oriunda da falta do serviço na realização de obras necessárias que poderiam prevenir, evitar ou atenuar os efeitos danosos das enchentes ou transbordamentos de rios e córregos. Também parte do pressuposto da previsibilidade das intercorrências climáticas de fortes chuvas e ventos, imputando à administração pública a responsabilidade por realizar as obras de limpeza de córregos e rios, a fim de atenuar os transbordamentos. Admitindo, portanto, a existência de falta do serviço público, julga procedente o pedido de indenização por danos materiais².

A responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes possui diversos julgados no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujos debates na linha dos acórdãos da corte gaúcha situam-se no correto fundamento do dever de indenizar e quais as causas capazes de excluir o nexo de causalidade. Por ocasião do julgamento da Apelação nº 0009608-48.2010.8.26.0268, 3ª Câmara de Direito Público, em ação de indenização movida contra o DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A, debateu-se a responsabilidade da parte ré em decorrência do transbordamento do rio M'Boi Mirim, causado por fortes chuvas que ocasionaram o alagamento do jardim Branca Flor onde residem os autores. O precedente adotou o entendimento da responsabilidade subjetiva do Estado, com base na *faute du service*, respondendo o ente público quando comprovado que lhe competiam certas providências que não foram tomadas, de modo que o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou funcionou mal (culpa administrativa ou culpa anônima). Admitiu, assim, a responsabilidade da administração, sendo inegável que o ato ilícito, decorrente da falta do serviço, como tal considerado a inundação do imóvel pelas águas pluviais, determinou danos nos bens da residência dos autores.

No entanto, há diversas decisões que não reconhecem o dever de indenizar, como a apelação nº 0007357-22.2010.8.26.056, no exame da pretensão de indenização em decorrência do transbordamento do córrego Riberão Preto. Imputou-se ao município o descumprimento do dever de limpeza e manutenção do córrego, que, por excesso de lixos e entulhos, entupiu os dutos e não permitiu o escoamento regular das águas. O pedido foi julgado improcedente, sob o argumento de não haver comprovação de falhas no sistema coletor de águas, cuja responsabilidade era da administração pública municipal, bem como que deixou de realizar obras indispensáveis de limpeza e regularização do leito do rio. Ademais, preva-

leceu a tese segundo a qual as fortes chuvas determinaram os danos e não se pode atribuir tal fato ao Município.³

O breve exame dos julgados apenas objetivou situar o debate, sem a pretensão de esgotar a diversidade de casos e fundamentos utilizados pela jurisprudência, de modo a possibilitar o enfrentamento da necessidade de repensar a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes a partir de novos paradigmas, especialmente do Estado de Direito Ambiental, conforme será examinado. No entanto, é crucial, quando do exame de temas similares, compreender que espécie de conceito jurídico é o direito à indenização.

1.2. O Direito à indenização como conceito interpretativo no Direito Administrativo

O exame de diversas decisões a respeito da responsabilidade do Estado por danos causados por enchentes permite a conclusão de que o conceito de direito à indenização não é um conceito natural, mas, como sustenta Ronald Dworkin (2010), é um conceito interpretativo. Na obra *A Justiça de Toga* (2010), o jusfilósofo descreve o interessante caso da Sra. Sorenson que, durante muitos anos, tomou um medicamento fabricado por diferentes laboratórios e apresentou uma série de efeitos colaterais. A Sra. Sorenson não tinha como provar qual laboratório fabricou os medicamentos que ingeriu durante anos. Na ação de indenização, a discussão residiu na possibilidade ou não de imputar responsabilidade aos laboratórios que fabricaram o medicamento, conforme sua participação no mercado. Em sentido contrário, os advogados dos laboratórios defenderam a tese de não ser juridicamente possível imputar responsabilidade sem prova de terem causado algum dano. Dworkin (2010, p.13) traz o caso para demonstrar que o direito à indenização não é um conceito natural. Tal debate é interessante para bem compreender o artigo 37, §6º, CF, a fim de resolver problemas de danos ocasionados por enchentes, pois não há como responder à pergunta, nos diversos casos julgados pelo STF, TJRS e TJSP, se os cidadãos possuem ou não direito à indenização, no campo da descrição fática ou com um fundamento externo ao próprio Direito Administrativo.

O próprio debate dos precedentes referidos anteriormente a título exemplificativo sugere concepções diversas sobre a questão. Os cidadãos,

via de regra, sustentam a responsabilidade do Estado como objetiva. Portanto, apenas é preciso comprovar a ação/omissão, dano e nexos de causalidade. Conforme verificado, os casos mais complexos tratam de omissões administrativas. Sobre a responsabilidade objetiva, refere Juarez Freitas:

Em outras palavras, 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. Eis argumento-chave a favor de uma aceção 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, inclusive quando da execução equivocada de lei genuína. (FREITAS, 2006, p. 170.)

Em contrapartida, os fundamentos da responsabilidade subjetiva em casos de omissão administrativa preponderam em diversos precedentes, com o argumento segundo o qual a ilicitude decorre da *faute du service* do Direito Administrativo Francês. Conforme María del Pilar Amenábar, tal pressuposto define-se como funcionamento defeituoso do serviço:

Decir que la víctima de un daño tiene derecho a indemnización, si este daño resulta de una ‘falta de servicio’, es decir, de un funcionamiento defectuoso del servicio, lleva a reconocer al particular un derecho al funcionamiento correcto del servicio, cuya sanción está asegurada por la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por un funcionamiento defectuoso.” (AMENÁBAR, 2008, p. 103-104).

Com efeito, reconhecendo que o conceito de direito à indenização por danos de enchentes é um conceito interpretativo sobre o qual há controvérsia, impõe-se a discussão sobre a melhor concepção. A responsabilidade extracontratual do Estado, como tema que integra a tradição do Direito Administrativo, nasce sobre determinado paradigma de Estado. O modelo de Estado de Direito Liberal é suficiente para lidar com os problemas relacionados às ações de indenização retratadas nos diversos julgados mencionados no item anterior? Concorde-se com Ronald Dworkin (2010) quando sustenta que para decidir sobre a melhor concepção de um conceito interpretativo é necessário compreender que tais conceitos

devem estar interligados uns aos outros, razão pela qual se devem debater os princípios que estruturaram a responsabilidade do Estado, no intuito de bem enxergar o seu propósito, mas vislumbrando-os a partir dos princípios do Estado de Direito Ambiental.

A justificação da responsabilidade do Estado por danos causados por enchentes deve, assim, descrever os princípios que são importantes e refletem o propósito da prática jurídica, mas até em razão do artigo 1º da Constituição Federal, o questionamento situa-se em qual o propósito dessa responsabilidade no Estado Constitucional brasileiro? É crível sustentar que será aquela capaz de colocar o direito à indenização sob a melhor luz (DWORKIN, 2010, p. 23), que realize de forma mais coerente os objetivos importantes do artigo 3º da Constituição Federal. De qualquer modo, não se pode olvidar que uma concepção sobre a correta interpretação do artigo 37, §6º, CF, em casos de enchentes, não constitui uma descrição neutra da prática jurídica, mas uma interpretação dela, da doutrina, da jurisprudência, e pretende não apenas descrevê-la, mas, também, justificá-la (DWORKIN, 2010, p. 200). Os entendimentos retratados nos julgados exemplificados no item anterior, portanto, configuram-se como interpretações voltadas para justificar um propósito, um conjunto de princípios. A hermenêutica possibilita evidenciar quais princípios melhor justificam o direito à indenização?

1.3. Do paradigma jusracionalista ao Estado de Direito Ambiental: questões hermenêuticas e a juridicidade dos desastres

Ainda hoje, são pertinentes as críticas elaboradas por Lenio Luiz Streck (2014) sobre a crise de dupla face do Direito e, no caso do Direito Administrativo, para lidar com os problemas relacionados à responsabilidade do Estado, eis que há um senso comum teórico mergulhado no (a) paradigma liberal-individualista e (b) no paradigma da filosofia da consciência. Muito embora a questão deva ser problematizada no horizonte de sentido do Estado Constitucional, em virtude da própria previsão constitucional no artigo 37, §6º, ainda preponderam interpretações atreladas ao modo de produção do Direito Administrativo liberal-individualista (STRECK, 2014, p. 71). Por outro lado, na linha do pensamento de Dworkin (2010), as concepções sobre responsabilidade do Estado não podem ser vistas como algo em si, coisificadas, como se não escondessem o sujei-

to que compreende:

[...] é necessário registrar que, na sustentação desse imaginário jurídico prevalecente, encontra-se disseminado ainda o paradigma epistemológico da filosofia da consciência – calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto – carente e/ou refratária à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, no qual a relação ou relações passa(m) a ser sujeito-sujeito. (STRECK, 2010, p. 73).

A crise de dupla face torna-se aqui mais evidente quando se vislumbram algumas concepções sobre a responsabilidade extracontratual do Estado e, ainda, circundam os paradigmas do famoso caso *Ágnes Blanco*, cujo papel, na época, foi crucial para o Direito Administrativo. Muitas das discussões, ainda, permeiam o imaginário do senso comum, pois o caso de 1873, ao examinar a indenização decorrente de danos oriundos do atropelamento de *Ágnes Blanco* por uma vagonete de empresa pública francesa de manufatura de fumo não se constituiu em simples decisão sobre competência da justiça administrativa. Ainda que não tenha inaugurado os debates na época, refere que a responsabilidade do Estado é institucionalizada como matéria a ser resolvida no campo do Direito Administrativo, a partir de um acidente, o que exige hodiernamente repensar casos como os danos causados por enchentes nos quais o dever de indenizar originado por um desastre é debatido, ou seja, para muito além da relação liberal-individualista entre direito individual do cidadão e a Administração Pública.

O *Arrêt Blanco* também questionou o próprio conceito de Direito Administrativo, na época, a partir das discussões sobre a autonomia em relação ao Direito Civil, situando-se o debate em torno de princípios estabelecidos no Código Civil ou regras especiais aplicáveis aos serviços públicos (WEIL, 2011, p. 02). A par das questões ideológicas de construir um sistema próprio para abrigar os interesses revolucionários de 1789, é interessante como a circularidade histórica abarca novamente problemas similares, exigindo reflexão. Se na ocasião o julgado representou a autonomia do Direito Administrativo, igualmente representou a necessidade de melhor resolver o problema jurídico com regras especiais, capazes de

englobar os problemas advindos das relações jurídicas estabelecidas entre cidadãos e Administração Pública, mas sempre ao redor do instituto primordial da época, os serviços públicos. Assim, “[...] le service public, qui est le critère de la compétence administrative, est en même temps le fondement du droit administratif.” (WEIL, 2011, p. 03).

Os debates atuais sobre a responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes, considerando o regramento da Constituição Federal, artigo 37, §6º, CF, no mínimo, comportam o diálogo com essa tradição de sentido histórico do Caso Ágnes Blanco, pois o Estado Constitucional, na medida em que se fundamenta em objetivos democráticos (artigos 1º e 3º), além de institucionalizar constitucionalmente o meio ambiente (artigo 225) exige repensar a legalidade (fundamento do Direito Administrativo, artigo 37) como juridicidade⁴ ambiental, estruturada a partir dos pressupostos do Estado de Direito Ambiental⁵. Muito embora os diversos precedentes citados no item anterior versem sobre demandas individuais, por meio das quais se veiculam pedidos de indenização por danos materiais ou extrapatrimoniais, não se pode divorciar o modo de solução da juridicidade dos desastres ambientais (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 122).

Urge, portanto, superar o paradigma liberal-individualista e compreender a responsabilidade do Estado no âmbito do Estado de Direito Ambiental, conforme referem José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala:

Ao conceituar o Estado ambiental, no modelo duradouro, Vicente Bellver Capella diz ‘Neste marco surge o que temos chamado Estado ambiental, o qual poderíamos definir como a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.’ (LEITE; AYALA, 2004, p. 33-34).

Na mesma linha, o contributo significativo de J. J. Gomes Cantoilho ao agregar a questão da justiça ambiental, circunstância relevante para examinar a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes, ao mencionar o seguinte:

As exigências de justiça ambiental reconduzem-se fundamentalmente à proibição de discriminação ambiental. Por injustiça ambiental ou iniquidade ambiental entende-se qualquer decisão, seleção, prática administrativa ou atividade material referente à tutela do ambiente ou transformação do território que onere, em termos discriminatórios, indivíduos, grupos ou comunidades, designadamente os pertencentes a minorias populacionais, em virtude de raça, situação econômica ou localização geográfica. (CANOTILHO, 1996-1996, p. 35).

Também, Tiago Fensterseifer contribui para a discussão ao nominar o Estado Socioambiental de Direito, ou seja:

[...] o modelo de Estado Socioambiental, que, conjugando as conquistas positivas (em termos de tutela da dignidade humana) dos modelos de Estado de Direito que o antecederam, possa incorporar a tutela dos novos direitos transindividuais e, num paradigma de solidariedade humana (nas dimensões nacional e supranacional), projetar a comunidade humana num patamar mais evoluído de efetivação de direitos fundamentais (especialmente dos novos direitos de terceira dimensão) e de concretização de uma vida humana mais digna e saudável a todos os membros. (FENSTERSEIFER, 2008, p. 3).

A responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes, a partir do Estado de Direito Ambiental e do artigo 225 da CF, contribui para superar concepções atreladas ao paradigma liberal-individualista, pois a partir de algumas indicações normativas estruturantes melhor significar o conceito interpretativo do direito à indenização. A dignidade humana, expressamente referida no artigo 1º, inciso II, CF, é de grande relevância, como o próprio autor acima referido destaca, considerando o número de pessoas atingidas por enchentes que se encontram em situação de vulnerabilidade, pois “as pessoas mais vulneráveis aos efeitos imediatos dos episódios climáticos extremos provocados pelo aquecimento global serão, na grande maioria das vezes, aquelas mais pobres, as quais já possuem uma condição de vida precária em termos de bem-estar...” (FENSTERSEIFER, 2015, p. 391).

Para lidar com esse problema, situado hermeneuticamente no Estado Ambiental de Direito, exige-se a compreensão a partir dos pressupostos da juridicidade dos desastres como referido, ou seja, “os desastres

consistem, conceitualmente, em cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas. Por tal razão, o sentido de desastres ambientais (naturais e humanos) é concebido a partir da combinação entre eventos de causas e magnitudes específicas.” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 27). A relevância dos desastres para o tema deste estudo consiste em possibilitar novo olhar sobre o artigo 37, §6º, CF, quando o cidadão propõe ação indenizatória por danos decorrentes de enchentes. Os desastres incutem nas competências administrativas o elemento do dever de gerenciar riscos ambientais, exigindo-se ingredientes diferentes para a decisão da Administração Pública, não apenas para o presente, mas de modo específico para o futuro dos cidadãos, repita-se, especialmente os submetidos às situações de vulnerabilidade. Como referem Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena “em face da inexorável incerteza em determinar o futuro, faz-se de fundamental importância a formação de critérios jurídicos para a configuração e a declaração da ilicitude dos riscos ambientais intoleráveis (danos ambientais futuros).” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 34). No entanto, considerando a já aludida crise de dupla face do Direito, não se pode também, com a bandeira do Direito Ambiental, sustentar a necessidade de sair do jusracionalismo moderno, coadjuvante de toda concepção do dever de indenizar da Administração Pública, para apenas dar um passo em direção a uma nova espécie de metafísica jurídica ecologizada. Urge ir mais longe e, no horizonte de sentido da juridicidade dos desastres, conduzir o ciclo de modificação paradigmática para superar as próprias condições de possibilidade de compreender os requisitos da responsabilidade do Estado, o que impõe revisar temas como a omissão administrativa.

Como problematizado a partir dos precedentes citados anteriormente, o direito de o cidadão obter a indenização depende da concepção de Direito (Administrativo) e da leitura do texto do artigo 37, §6º, CF, pois, na medida em que o texto é um evento, caracteriza-se como resposta para uma pergunta, constituindo-se tarefa do aplicador compreender o horizonte de sentido da pergunta, sendo que a concepção correta será aquela que melhor ajustar-se a esse sentido. Logo, as omissões administrativas, para fins de responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes, devem ser conjugadas, sim, com o artigo acima citado, mas sem perder a situação hermenêutica do artigo 225, CF, pois ali estão contidos

princípios relevantes que indicam normativamente os critérios do que é um bom Estado, do que se considera igual respeito e consideração para as vítimas de enchentes, de desastres ambientais. Portanto, não há partículas de omissões administrativas flutuando no ar, como refere Ronald Dworkin (2010) em relação ao valor. Defender uma determinada concepção de omissão administrativa não é uma questão de fato, mas um conceito interpretativo. Aqui reside um dos caminhos para não cair nas aludidas armadilhas da metafísica ecológica. O Estado de Direito Ambiental não é somente um novo modelo de Estado, mas que também exige repensar a questão da teoria das fontes e da teoria da interpretação.

Argumenta-se que em tais hipóteses de danos por enchentes, os juízes devem levar em consideração as consequências para o ente público nas decisões judiciais. Não se considera irrelevante tal perspectiva, mas vale a observação de Ronald Dworkin para melhor situar o debate sobre as omissões administrativas em tais casos:

Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas. (DWORKIN, 2010, p. 148).

A justificação da decisão sobre o tema desta pesquisa, portanto, é incompatível com posturas utilitaristas, mas deve pressupor os princípios do Estado de Direito Ambiental, pois a melhor leitura do artigo 37, §6º, CF, é a partir de um conjunto coerente e com integridade dos princípios que realizam o dever jurídico de preservar e defender o meio ambiente, bem como a unidade de sentido do próprio artigo 37, “caput”, CF. A concepção de juridicidade dos desastres referida não alude somente à própria compreensão dos desastres, mas do olhar jurídico da unidade de princípios. Por exemplo, não se poderia para configurar o direito à indenização por danos decorrentes de enchentes sustentar que mesmo não observando a legalidade a Administração Pública possui a obrigação ao pagamento. Mas, a ideia é que a concepção de legalidade do artigo 37, “caput”, justifica-se hermeneuticamente no caso de enchentes com os princípios específicos que sustentam o artigo 225, CF, como precaução, prevenção e o princípio do poluidor-pagador.

Retornando aos julgados do TJRS e TJSP antes mencionados, a concepção mais autêntica, sob a perspectiva hermenêutica, será a que melhor realizar a unidade dos aludidos princípios, pois como sustenta Ronald Dworkin, os conceitos interpretativos devem integrar-se uns aos outros e não se pode defender uma concepção sobre tais princípios sem justificar como se ajusta e harmoniza essa com as concepções dos demais princípios. (DWORKIN, 2011, p. 18). A omissão administrativa, que será tratada no próximo item, adota tal pressuposto interpretativo, que somente pode ser avaliada a partir da unidade de sentido da justiça ambiental, eis que “o Estado de justiça ambiental propugna por uma carta de amor à natureza, e os princípios do ‘novo’ Direito Ambiental, conforme já mencionado, dão base para o operador jurídico agir, fundado em norma superior, para a consecução da proteção ambiental.” (LEITE; AYALA, 2004, p. 66).

Sobre a precaução, que se dá com relação ao perigo abstrato, incide nas hipóteses de risco potencial, “ainda que esse risco não tenha sido integralmente demonstrado, não possa ser quantificado em sua amplitude ou em seus efeitos, devido à insuficiência ou ao caráter inconclusivo dos dados científicos disponíveis na avaliação dos riscos.” (LEITE; AYALA, 2004, p.76).⁶ Como complementa Annelise Monteiro Steigleder, “a precaução recomenda cuidados diante dos perigos desconhecidos, mas prováveis, recomenda estudos científicos que busquem a correta dimensão destes perigos a fim de informar os processos decisórios no planejamento ambiental...” (STEIGLEDER, 2004, p. 188).

Ainda na juridicidade, para fins de criar as condições de possibilidade de compreender a omissão antijurídica, exsurge a prevenção, em relação ao perigo concreto, “se justifica pelo perigo potencial de que a atividade sabidamente perigosa possa produzir efetivamente os efeitos indesejados e, em consequência, um dano ambiental, logo, prevenindo de um perigo concreto, cuja ocorrência é possível e verossímil, sendo, por essa razão, potencial.” (LEITE; AYALA, 2004, p. 72).⁷ Para os fins da concepção de juridicidade, a Administração Pública precisa incorporar no seu modo de ser que a prevenção constrói o conjunto de deveres administrativos de prevenção, de prioridades públicas de caráter preventivo-antecipatórias (CARVALHO; DMA-

CENA, 2013, p. 40), em detrimento de medidas repressivas. Corolário, no âmbito do Direito Administrativo, construído no âmbito do Estado de Direito Ambiental, a prevenção realiza um tríplice movimento nas relações jurídico-administrativas com os cidadãos, na institucionalização de deveres administrativos em relação ao próprio meio ambiente e, também, na órbita da organização administrativa, eis que adotar medidas de caráter preventivo-antecipatórias exige do agente público a capacidade de modificar, por exemplo, as relações hierárquicas com os próprios servidores responsáveis direta ou indiretamente pela atuação ambiental.

Por fim, é relevante o princípio do poluidor-pagador, destacando-se, especialmente, o caráter preventivo, pois “pagador dos custos relativos às medidas preventivas e precaucionais, destinadas a evitar a produção do resultado proibido ou não pretendido.” (LEITE; AYALA, 2004, p. 98), sendo que possui relação direta com o tema da responsabilidade civil, como destaca Annelise Monteiro Steigleder:

A terceira função que se impõe à responsabilidade civil é a internalização das externalidades ambientais negativas, ou seja, impor para as fontes poluidoras as obrigações de incorporar em seus processos produtivos os custos com prevenção, controle e reparação de impactos ambientais, impedindo a socialização destes riscos. A serviço desse objetivo, emerge o princípio do poluidor-pagador, expresso no art. 16 da Declaração do Rio de Janeiro de 1922, cuja finalidade é eminentemente preventiva, no sentido de alterar a gestão ambiental interna das atividades potencialmente poluidoras, de sorte a evitar a produção de danos ambientais.” (STEIGLEDER, 2004, p. 192).

O princípio referido é de grande relevância para a melhor compreensão da responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes. Na medida em que possui a dimensão repressiva, especialmente a função preventiva, ingressa no exercício das competências administrativas para fins de construir o sentido de competência administrativa e a antijuridicidade decorrente da omissão. É claro que não funciona sozinho, aliás, a partir do que já foi referido, a unidade de princípios exige a formulação de concepção capaz de suportar as concepções dos demais princípios, cujo objetivo é formular um sistema solidário de princípios, que se apoiam um no outro, a fim de supor que juntos são mais corretos e sólidos (DWORKIN, 2011, p. 271).

2. A Necessária (Re)Construção Hermenêutica das Omissões Administrativas e do Nexo de Causalidade na Responsabilidade do Estado e os Casos de Enchentes

A concepção de juridicidade dos desastres acima indicada produz profundas consequências para o Direito Administrativo e a responsabilidade do Estado, no caso, por danos decorrentes de enchentes, de forma específica na configuração da omissão administrativa, dependendo da concepção de competência administrativa no Estado de Direito Ambiental, cujos princípios, como sustenta Lenio Luiz Streck, possuem a capacidade de inserir o mundo prático no Direito (STRECK, 2012, p. 65), o que importa institucionalizar um modo de ser no mundo, por meio de indicações normativas do que se deve fazer. A omissão administrativa, com efeito, não transita no vazio, ou em partículas metafísicas de deveres jurídicos. A partir da viragem hermenêutica, a omissão é um conceito interpretativo (Dworkin, 2011) e exige justificação.

A Administração Pública vincula-se ao projeto político-jurídico da Constituição, quando se estabelece de que modo devemos viver (DWORKIN, 2011, p. 197), indicando-se diversas pautas normativas que descrevem indícios formais relacionados ao ethos ambiental de como os cidadãos devem levar suas vidas e no relacionamento com o meio ambiente, além de como o ente público deve tratar os cidadãos de modo a garantir respeito e consideração, no caso, de modo objetivo relativamente àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade ambiental. Trata-se, portanto, de uma questão relacionada à dignidade, exigindo-se que a Administração Pública reconheça e respeite a importância objetiva da vida dos cidadãos (DWORKIN, 2011, p. 264).

2.1. As competências administrativas a partir do horizonte de sentido do artigo 225 da Constituição Federal

O exame das competências administrativas⁸ é crucial para bem delimitar o conjunto de deveres da Administração Pública, bem como dimensionar as omissões consideradas ilegítimas, pois como refere Giulio Napolitano, o desenho da competência é importante para compreender as relações entre o poder político, Administrações e cidadãos (NAPOLITANO, 2014, p. 89). Como refere o autor:

(...) il concetto di competenza è utilizzato dall'ordinamento

per fissare il perimetro entro cui l'esercizio del potere può considerarsi legittimo, In particolare, la competenza sta a indicare il complesso di poteri riconosciuto a ciascun soggetto o ufficio pubblico. La competenza é di solito individuata attraverso la definizione di un âmbito materiale, a volte più circoscritto (il commercio, l'industria, l'agricoltura) a volte più ampio (l'intero mercato). In alcuni casi, più che un âmbito materiale, viene in gioco un valore (l'ambiente, la concorrenza). Su un medesimo âmbito materiale, tuttavia, possono insistere attribuzioni di soggetti diversi, finalizzate al perseguimento di interessi pubblici differenti. (NAPOLITANO, 2014, p. 90).

O que acima foi referido é relevante para dimensionar o conjunto de ações administrativas relacionadas com o Estado socioambiental antes mencionado, pois, conforme o artigo 225 da Constituição Federal, não há nesse dispositivo apenas a definição de um âmbito material de atuação do Estado, mas está em jogo um propósito. Com efeito, ainda que seja imprescindível a melhor delimitação no plano infraconstitucional por meio de leis e atos administrativos normativos não se pode perder de vista a integridade e coerência com o propósito de proteção ambiental constitucionalmente construído. O dispositivo citado estabelece que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Como aduz Tiago Fensterseifer, há o reconhecimento da proteção ambiental, sob dupla perspectiva: (a) de objetivo e tarefa do Estado, mas de (b) direito fundamental dos cidadãos (FENSTERSEIFER, 2015, p. 397).

Tais perspectivas são imprescindíveis para delimitar o tema da responsabilidade extracontratual do Estado por danos decorrentes de encontros, cujo tema situa-se naquilo que Ronald Dworkin denomina de caso especial de obrigação associativa (DWORKIN, 2012, p. 327), quer dizer, a Administração Pública possui a obrigação de agir, de exercer suas competências administrativas a partir dos parâmetros decisórios do artigo 225 da Constituição Federal porque mantém relação especial com os cidadãos, de tal modo que é responsável por eles, por garantir o Estado de Direito Ambiental. Mas, inclusive conforme será examinado, os cidadãos,

também, possuem responsabilidades recíprocas de aceitarem as decisões de uma dada comunidade, em especial, no caso, oriundas do texto constitucional. Cabe à própria comunidade, também, o dever recíproco de defender e preservar o meio ambiente.

O dever de proteção ambiental da Administração Pública relaciona-se com a dignidade dos cidadãos, sendo que o exercício das competências administrativas é essencial para realizar essa dignidade e, mais uma vez como menciona Ronald Dworkin, os cidadãos, em determinadas situações, precisam da ordem e da eficiência que só um governo coercitivo pode providenciar, a fim de proteger e materializar o ideal de vida boa e viver bem (DWORKIN, 2012, p. 328). Por outro lado, é também do mau exercício de tais competências que surge a possibilidade de danos ao meio ambiente e aos próprios cidadãos, impondo-se cada vez mais desenvolver uma concepção jusambiental daquilo que é exigido pela dignidade do ambiente e dos cidadãos, cujo caráter normativo é interpretativo. O que deve a Administração Pública fazer e sobre o que não pode deixar de decidir? São questões relevantes para dimensionar as omissões administrativas em matéria de responsabilidade por danos decorrentes de enchentes, objeto específico desta investigação. No entanto, a efetividade do artigo 225 da Constituição Federal passa igualmente pela própria concepção de responsabilidade ambiental da comunidade, compreendendo que parte do ethos ambiental exige que os cidadãos devam aceitar e exigir dos outros a obrigação de cuidado ambiental, com todas as consequências assessórias daí decorrentes.

Partindo do pressuposto segundo o qual as competências administrativas justificam-se em última análise na própria dignidade, como distinguir o não-fazer legítimo do não-fazer ilegítimo, originando as omissões ilegítimas da Administração Pública? A resposta não advém de juízos fáticos, bem como fundado em critérios metafísicos flutuando no ar. Concorde-se com Ronald Dworkin quando sustenta que o governo pode ser legítimo se lutar pela dignidade completa dos cidadãos, razão pela qual o juízo de legitimidade, sob a perspectiva aqui do Estado de Direito Ambiental, é um juízo interpretativo daquilo que está institucionalizado como integrante do que se considera no âmbito do dever de proteção ambiental. O exercício legítimo de tais competências administrativas exige, assim, (a) não apenas considerar o tempo e o lugar das ações administrativas, bem

como as ideias da própria comunidade, proporcionando a participação dos cidadãos, mas (b) atuar no horizonte hermenêutico da integridade e coerência, evitando-se, assim, que tais decisões administrativas divorciem-se dos parâmetros normativos construídos intersubjetivamente, para atender mais a determinados grupos de pessoas economicamente interessadas ou integrantes da própria esfera burocrática do Estado. Com efeito, o juízo de (i) legitimidade das omissões administrativas não é linear, mas manifesta-se em graus (DWORKIN, 2012, p. 330), critério relevante para compreender que o dever de indenizar em tais casos não depende tanto das soluções abstratas do sistema jurídico-administrativo ou ambiental, mas daquilo que ocorre no mundo da vida e da situação jurídica subjetiva.

A efetividade das competências administrativas, nos termos do texto do §1º do artigo 225 da Constituição Federal, exige destacar aquilo que a Administração Pública deve aos cidadãos, como, por exemplo, (I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (III) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (VI) promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. No âmbito das soluções ambientais, aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente (§2º), cabendo o exercício de competências sancionadoras relativamente às condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, sujeitando os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções administrativas e penais, independentemente da obrigação de reparar os danos ambientais.

As indicações normativas referidas influenciam na compreensão do exercício das competências administrativas, devendo-se ultrapassar as vetustas teses de discricionariedade, sempre em nome da relevância para uma boa vida em comunidade aumentar o nível de proteção ambiental e, com tal postura do ente público, construir padrões de ações voltados para a prevenção e precaução de danos decorrentes de enchentes. Não apenas em matéria ambiental, mas cada vez mais se labora com a ideia

de vinculação constitucional, cujos graus devem ser examinados em cada situação, em certa medida na linha do defendido por Gustavo Binbenjy (2014, p. 207).

O exercício das competências administrativas, para o objetivo desta pesquisa, igualmente exige o debate sobre a relação com o tema da justiça ambiental, pois o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, no que tange ao dever de indenização por danos decorrentes de enchentes não exige apenas o tratamento jurídico fundado no dever de proteção ambiental, mas na questão relacionada com a necessidade de construir padrões de justiça ambiental, como referem José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2004, p. 46), que abarquem os problemas das práticas administrativas e indivíduos ou grupos em situações de discriminação ou iniquidades ambientais, independente dos fatores determinantes como raça, situação econômica ou localização geográfica. No entendimento de Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena a justiça ambiental:

[...] justificaria a responsabilidade do Estado de indenizar e atender aos direitos fundamentais das pessoas atingidas pelos desastres ambientais decorrentes dos efeitos das mudanças climáticas, já que, na maioria das vezes, as pessoas mais expostas a tais fenômenos climáticos (enchentes, deslizamentos de terra, secas etc.) serão aquelas integrantes do grupo mais pobre da população, as quais, após a ocorrência do episódio climático, terão perdido o pouco que possuíam (casa, bens materiais indispensáveis à sobrevivência e etc.) e não terão condições econômicas de acessar os bens sociais necessários a uma vida digna. (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 123).

Com similar perspectiva, Tiago Fensterseifer (2015, p. 395) destaca a necessidade de fortalecer a luta pela justiça ambiental no Brasil, pois os custos do desenvolvimento recaem de modo desproporcional sobre a população mais pobre, devendo o Estado agir de modo a prevenir a ocorrência de situação de vulnerabilidade para tais cidadãos, por meio das competências administrativas fundadas nos princípios do Estado de Direito Ambiental, bem como a posteriori para permitir que após a ocorrência de eventos como as enchentes, tais cidadãos consigam ultrapassar situações que compoem sua dignidade no todo.

2.2. A Lei nº 12.608 e o exercício das competências administrativas: reconstrução hermenêutica da Discricionariedade Administrativa

As omissões administrativas relacionadas ao dever de indenizar por danos decorrentes de enchentes referem-se à existência ou não de um dever de agir por parte do Estado, sendo valioso o contributo de Javier de Ahumada Ramos ao referir de plano que a omissão não se diferencia de outras formas em que o comportamento da Administração Pública pode causar danos aos cidadãos (RAMOS, 2009, p. 297)⁹, defende para configurar a omissão (a) a existência de um dever jurídico de agir; (b) a omissão da atividade administrativa devida e (c) a atividade devida deve ser materialmente possível. No que tange ao primeiro, é imprescindível examinar a existência de um dever jurídico de agir, impondo-se o debate sobre as funções do Estado em matéria ambiental e de ações administrativas relacionadas com os danos decorrentes de enchentes. Para bem compreender tais funções administrativas, o citado artigo 225 da Constituição Federal é imprescindível, bem como o exame das competências administrativas oriundas da Lei nº 12.608/2012, além de dispositivos de legislações locais, destacando-se que não há como separar a questão de direito da questão de fato, ou seja, o dever de agir considerará sempre as circunstâncias concretas do caso, até porque nos termos já referido não se trata de um juízo linear.

Além do dever jurídico de agir, no caso concreto, deve haver a efetiva omissão da atividade administrativa devida, sendo que conforme aduz Francisco Javier de Ahumada Ramos (2009, p. 309), a omissão pode ser formal, como a não edição de atos regulamentários ou derivar de omissões referentes às omissões materiais, concretas, previstas em textos normativos ou atos administrativos emanados pela Administração Pública. Por fim, “la omisión exige que la actividad sea materialmente posible, o dicho con otras palabras, que no estemos ante un deber de hacer jurídicamente imposible, lo cual constituiría, por lo demás, una contraditio in terminis.” (RAMOS, 2009, p. 310).

Para os fins desta investigação, a responsabilidade extracontratual do Estado está relacionada à questão dos riscos aos quais os cidadãos estão expostos e é com relação a tal aspecto que a citada Lei nº 12.608/2012 fornece parâmetros normativos importantes para compreender os deveres jurídicos capazes de ensejar as omissões administrativas. O artigo 2º,

de plano, refere como dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a adoção de medidas necessárias à redução dos riscos de desastres. Com efeito, não se desconhece cada vez mais os efeitos deletérios das alterações climáticas e, por exemplo, o aumento de precipitações pluviométricas. No âmbito da juridicidade dos desastres, incumbe à Administração Pública exercer suas competências administrativas para construir ações preventivas de danos decorrentes de enchentes. É claro que a atuação a partir dos marcos normativos do citado diploma legal é mais ampla, mas, ao menos para delimitar os objetivos desta investigação, as discussões serão restritas aos problemas oriundos das enchentes. Inclusive, o §2º, do artigo 2º, determina que a incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção de medidas mitigadoras da situação de risco. No conceito de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) encontra-se o conjunto de ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil, sendo que o Estado possui o dever jurídico de desenvolver ações articuladas (União, Estado, Distrito Federal e os Municípios), com a participação da sociedade civil, de modo a priorizar as ações preventivas relacionadas à minimização de desastres (artigo 4º, incisos I, II e VI). Com efeito, a configuração do dever jurídico de agir inclui a discussão sobre precaução e prevenção, nos termos do que já foi mencionado, sendo que com relação a este as competências administrativas devem ser exercidas para a adoção de medidas preventivas em detrimento de repressivas. Não há dúvida sobre a modificação do paradigma tradicional do Direito Administrativo, pois a Lei nº 12.608/12 determina que as ações da Administração Pública deixem de trabalhar apenas com a lógica burocrática, centrada nas instâncias institucionalizadas, para em conjunto com a sociedade civil e por meio de decisões articuladas, desenvolvam ações sérias para reduzir os riscos de desastres.

O artigo 5º contém os objetivos do PNPDEC e que integram a compreensão normativa do dever de cuidado, pois a Administração Pública deve ser responsabilizada pelos danos que podiam ser evitados ou amenizados com maior cuidado e atenção (DWORKIN, 2011, p. 298), uma vez que como descrito, a responsabilidade extracontratual por omissão examina não apenas a existência de deveres jurídicos de agir e a omissão no caso concreto, mas, também, a circunstância de a atividade administrativa

ser materialmente possível, ou seja, o que se pode e deve exigir, fática e normativamente, do Estado em matéria de prevenção contra enchentes e nos casos de danos já causados? É preciso, portanto, discutir uma espécie de padrão jurídico de cuidado ou de proteção socioambiental para ações administrativas a priori e a posteriori, como prestar socorro e assistência às populações atingidas por desastres, recuperar as áreas afetadas por desastres, modificar as políticas públicas para que incorporem a redução do risco de desastres e as ações de proteção e defesa civil entre os elementos da gestão territorial, promover a continuidade das ações de proteção e defesa civil; estimular o desenvolvimento de cidades resilientes e os processos sustentáveis de urbanização; promover a identificação e avaliação das ameaças, suscetibilidades e vulnerabilidades a desastres, de modo a evitar ou reduzir sua ocorrência; monitorar os eventos meteorológicos, hidrológicos, geológicos, biológicos, nucleares, químicos e outros potencialmente causadores de desastres; produzir alertas antecipados sobre a possibilidade de ocorrência de desastres naturais; estimular o ordenamento da ocupação do solo urbano e rural, tendo em vista sua conservação e a proteção da vegetação nativa, dos recursos hídricos e da vida humana; combater a ocupação de áreas ambientalmente vulneráveis e de risco e promover a realocação da população residente nessas áreas; estimular iniciativas que resultem na destinação de moradia em local seguro; desenvolver consciência nacional acerca dos riscos de desastre; orientar as comunidades a adotar comportamentos adequados de prevenção e de resposta em situação de desastre; promover a autoproteção; e integrar informações em sistema capaz de subsidiar os órgãos do SINPDEC na previsão e no controle dos efeitos negativos de eventos adversos sobre a população, os bens e serviços e o meio ambiente.

Em termos de competência administrativa no Estado de Direito Ambiental, tais referências normativas não se caracterizam como discricionárias, pois devem ser exercidas e voltadas para materializar a dignidade do cidadão. Logo, a Administração Pública responde por danos decorrentes de enchentes, considerando a específica perspectiva desta pesquisa, que podiam ser evitados ou amenizados se tivesse exercido as competências administrativas adotando a postura de prevenção/precaução e que não teriam prejudicado tanto o serviço público prestado para toda a comunidade quanto os danos causados aos cidadãos. Determinar se a inação

administrativa é capaz de causar um dano indenizável, portanto, exige questionar a relação recíproca do caso, individualizando a posição jurídica de quem sofreu o dano imputado à Administração, bem como do próprio ente público contra quem se dirige a pretensão indenizatória, como sustenta Francisco Javier de Ahumada Ramos,

Se entiende así que hayamos afirmado anteriormente que, en orden a determinar si la privación de un derecho constituye o no lesión (imputable a la Administración) será siempre imprescindible ‘mirar’ cuidadosamente cuál es la ‘posición’ en que se encontraban respecto del derecho tanto quien disse haber sufrido su pérdida como la Administración contra la que se dirige la reclamación que, con su conducta, habrá podido contribuir a su ‘desaparición.’ (RAMOS, 2009, p. 185).

Trata-se de perspectiva que pode melhor problematizar a complexidade da responsabilidade extracontratual do Estado por danos decorrentes de enchentes, pois ultrapassa as vetustas concepções polarizadas – objetiva ou subjetiva – centrando-se naquilo que ocorre no mundo da vida. Com efeito, dependendo do modo como a Administração Pública e o cidadão situam-se, surgem direitos e obrigações, mas não com base em conceitos metafísicos e abstratos e, sim, a partir das diversas dinâmicas intersubjetivamente construídas no caso. Assim como o ente público situa-se na circularidade normativa com obrigações perante o cidadão, esse também possui responsabilidades exigíveis. Daí a relevância do entendimento de Francisco Javier de Ahumada Ramos ao destacar que a posição jurídico-administrativa é informada por uma dinamicidade que se coordena com outras posições (RAMOS, 2009, p. 185). Na medida em que a conclusão sobre o dever de indenizar perpassa a construção da norma jurídica, como mencionado pelo autor, a norma jurídica é sempre do caso e concretiza-se no âmbito das recíprocas relações entre as partes, conforme suas respectivas posições jurídicas mutuamente coordenadas: “al describir segund contextos relacionales las distintas posiciones jurídicas, al interpretar su respectivo sentido funcional y buscar la razón que pueda coordinarlas, se está pautando la estructura y los perfiles de la relación jurídica propia del caso.” (RAMOS, 2009, nota 240, p. 186).

A necessidade de reconstrução (hermenêutica) da omissão administrativa aqui laborada, portanto, admite as insuficiências da perspectiva que parte do questionamento sobre a falta do serviço público, em suas

causas tradicionais, para examinar a responsabilidade do Estado fundada na objetivação das posições jurídicas do caso, traduzida na relação intersubjetiva, destacando-se a posição jurídica do cidadão vítima de danos decorrentes de enchentes, ou seja, em situação de vulnerabilidade, impondo-se a compreensão dos seus direitos e obrigações faticamente exercitáveis. Tal objetivação modifica o foco de atenção, nem tanto no serviço público, mas para a relação intersubjetiva entre cidadãos e administração. Nem a subjetivação do serviço público, na sua versão clássica de falta do serviço público, nem da vítima do dano, mas das relações recíprocas. Trata-se de versão problematizadora do dever de indenizar, pois a juridicização não se dá na estruturação estanque entre questão de fato e questão do Direito. Somente após examinar a posição de ambas as partes no caso juridicizado (unidade intersubjetiva de posições jurídicas) é que se pode determinar ou não que o cidadão, ao dirigir sua pretensão indenizatória, sofreu efetivamente um dano indenizável frente à Administração Pública, na linha do referido por Francisco Javier de Ahumada Ramos (2009, nota 241, p. 186). Examinar a respectiva posição jurídica da administração e do cidadão é determinante para sustentar no caso a incidência em grau maior ou menor da proteção jurídica do cidadão frente à omissão administrativa (o não fazer) configurada pelo não cumprimento do dever jurídico de agir.

2.3. Omissão Administrativa e a Fenomenologia do Nexó de Causalidade: ultrapassando a metafísica da distinção entre questão de fato e questão de direito

A partir do desenvolvido no item anterior, importa, agora, discutir a questão sobre o nexó de causalidade, requisito da responsabilidade extracontratual relevante, especialmente, para casos de danos decorrentes de enchentes, não apenas pela circunstância de o foco da análise centrar-se na omissão administrativa, mas em razão da existência de fenômenos da natureza envolvidos no debate. Como aduz Fernando Noronha, “o nexó de causalidade é o elo que liga o dano ao fato gerador, é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado.” (NORONHA, 2010, p. 499). Tal entendimento, no entanto, não pode ser compreendido como mera questão de fato, pois a relação estabelecida entre ação/omissão e o dano é construída normativa-

mente, qualificada sob o ponto de vista do Direito (Administrativo). Não é no plano fático que ocorre a determinação de quais danos são considerados como consequência de omissões administrativas, restringindo-se a análise ao problema desta pesquisa. O nexos de causalidade, como conceito interpretativo, ultrapassa também a dicotomia questão de fato/questão de direito, inserindo-se hermeneuticamente na responsabilidade extracontratual do Estado como normativamente considerado. É claro que a causa jurídica funda-se sobre uma base fática, de algo que se dá no mundo da vida, mas o fato (causa) só ocorre juridicizado, assim como a indicação normativa (questão de direito) é sempre compreendida fatificada. Não há, portanto, dicotomia.

Para Francisco Javier de Ahumada Ramos (2009, p. 272), o nexos de causalidade é questão normativa e não fática, motivo pelo qual não é tanto a circunstância de examinar uma inação no mundo dos fatos e sua relação com eventual dano sofrido pelo cidadão, mas a relação estabelecida entre a omissão administrativa e um direito, problematizando-se a relação recíproca (intersubjetiva) entre o cidadão frente à Administração Pública. Não se trata de consequência direta de um nexos causal fático entre o não agir e os danos suportados pelo cidadão, mas da compreensão da proteção jurídica. Nos casos em que a Administração Pública possui juridicamente – porque corolário da compreensão das competências administrativas – o dever de auxiliar os cidadãos, cujo propósito é materializar níveis de proteção, a responsabilidade concretiza-se com o exame do dever de proteção da vítima dos danos e a circunstância de o ente público nada fazer para evitá-lo quando nas circunstâncias concretas poderia agir (RAMOS, 2009, p. 284). No que tange à posição jurídica, ou seja, o conjunto de normas que regulam as situações em que se encontram os cidadãos frente à Administração, refere de forma expressa:

[...] posición jurídica que vendrá determinada por el ordenamento jurídico aplicable aquella relación y cuya concreta articulación corresponderá realizar, en caso de conflicto, a los Tribunales. Vemos claramente que la cuestión del nexos causal no puede ser contemplada ni explicada de un modo estático o analítico, sino que debe tener en cuenta a unicidade, complejidad y dinamicidad propia del acaecimiento lesivo. (RAMOS, 2009, p. 285).

O exame do nexos de causalidade exige, assim, não somente um juízo

fático, fundado em teorias abstratas, como a da *conditio sine qua non* ou direcionada para a faticidade da causalidade adequada, mas a (re)construção hermenêutica das relações recíprocas entre as partes, de modo a compreender o nível de proteção no caso concreto em relação à vítima do dano e o não exercício de específica competência administrativa no horizonte de sentido das regras e princípios aplicáveis ao caso. Na mesma linha de entendimento, refere Annelise Monteiro Steigleder que na responsabilidade civil, muito embora o nexo de causalidade possui como ponto de partida uma dimensão fática, submete-se a critérios normativos, “que traduzem opções valorativas. Daí que, a identificação da causa de um dano implica em juízos de valor, informados pelo Direito, em que se fazem escolhas, fundadas em critérios tais como adequação social, periculosidade da atividade, proximidade temporal entre a ação ou omissão e o dano, probabilidade, etc.” (STEIGLEDER, 2010, p. 30). Também aduz que no campo da responsabilidade civil surge a responsabilidade pelo contato social:

[...] a introdução, na sociedade, de externalidades ambientais negativas gera responsabilidade social pelo simples perigo a que a sociedade é exposta, as fontes geradoras das situações de risco, numa perspectiva solidária, tem o dever de suprimir o fator de risco do contexto social. Não se requer um dano concretizado, mas a mera exposição da sociedade ao risco. (STEIGLEDER, 2004, p. 180).

Como aludido, relativamente ao tema da responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes, examina-se para a delimitação do nexo de causalidade exatamente as relações de aproximação e distanciamento entre a Administração Pública e o cidadão vítima do dano, com a perspectiva da solidariedade, o direito à proteção no caso concreto e a situação jurídica do ente público frente ao não exercício das competências administrativas. Tratando-se de danos relacionados ao Estado de Direito Ambiental e atrelado à juridicidade dos desastres já examinada, Tiago Fensterseifer sustenta a necessidade de ultrapassar o modo de compreender fundado no paradigma liberal-individualista para interpretar a responsabilidade do Estado à luz do Estado Socioambiental por meio de juízos de probabilidade, no qual a Administração Pública assume o relevante papel de proteção dos cidadãos expostos a eventos climáticos (FENSTERSEIFER, 2015, p. 405).¹⁰

Há aqui relevante entendimento fundado na objetivação das relações entre cidadãos e o Estado em matéria de responsabilidade fundada no artigo 37, §6º, CF, a partir da necessária compreensão do nexo de causalidade a partir da solidariedade, compreendido como:

Vínculo recíproco de um grupo; é a concepção de uma comunidade pertencer a um mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes. A solidariedade também possui um sentido moral, é a relação de responsabilidade, relação de apoio, é a adesão a um objetivo, plano ou interesse. (MARQUES, 2006).

Logo, a solidariedade atua de forma concreta na responsabilidade do Estado por danos de enchentes objetivando a distribuição dos riscos derivados da ação ou omissão do Estado e geradora de danos ilegítimos aos cidadãos, impondo-se, assim, a responsabilidade àquele que teria de a melhor condição ou posição jurídica de evitar os danos, considerando a compreensão do caso concreto. A responsabilidade objetiva permite o exame, sem considerar eventuais falhas na prestação do serviço público, compreender a relação recíproca do caso concreto, de modo que quanto mais a Administração Pública aproxime-se, por ação ou omissão, dos riscos de enchentes, reforça-se a causalidade com os danos daí oriundos.

2.4. Algumas indicações para a configuração da responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes: perspectivas da jurisprudência do TJRS e do TJSP

Conforme aludido no início do estudo, as questões sobre responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes/inundações são debatidas há bastante tempo na jurisprudência, optando-se aqui pela análise comparativa em relação a alguns aspectos de precedentes do TJRS e do TJSP, considerando a abrangência das discussões e as linhas de entendimentos que ora aproximam, ora distanciam os tribunais. Para alcançar tal desiderato utiliza-se em alguma medida o método de análise de conteúdo¹¹, cujo propósito é conferir objetividade ao procedimento de comparação. No entendimento de Julia Maurmann Ximenes, a análise de conteúdo pode ser utilizada exatamente para o exame de decisões judiciais, “isto porque o domínio de análise de conteúdo é justamente o material e o conteúdo de técnicas que permitem a explicitação e sistematização

do conteúdo das mensagens e da expressão deste conteúdo.” (XIMENES, 2012, p. 05).

Na fase de levantamento de dados, a preocupação foi destacar os precedentes significativos dos referidos tribunais sobre responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes, evitando-se selecionar para a análise de decisões repetidas com relação aos fundamentos fáticos e jurídicos expostos. Tanto no âmbito do TJRS quanto no TJSP, por meio de pesquisa na base de dados, encontram-se diversos casos, mas ao final foram selecionados seis do tribunal gaúcho e oito do tribunal paulista, conforme dados abaixo referidos, aos quais foram atribuídas numerações (números romanos) de identificação:

TRIBU- NAL	NÚMERO	DATA DO JULGAMENTO	IDENTI- FICAÇÃO
TJRS	70057144040	31.01.2014	I
TJRS	70054435193	25.09.2013	II
TJRS	700535571915	27.06.2013	III
TJRS	70042861070	19.10.2011	IV
TJRS	70042059287	29.06.2011	V
TJRS	70035884667	28.04.2011	VI
TJSP	0009608-48-2010.8.26.0268	02.06.2015	VII
TJSP	0007357-22.2010.8.26.0506	26.05.2015	VIII
TJSP	0016650-80.2009.8.26.0302	27.05.2015	IX
TJSP	0006749-32.2012.8.26.0125	20.05.2015	X
TJSP	0003969-31.2007.8.26.0405	20.05.2015	XI
TJSP	001772-67.2010.8.26.0189	20.05.2015	XII
TJSP	0010486-51.2010	07.05.2015	XIII
TJSP	0006934-70.2012.8.26.0126	28.04.2015	XIV

A identificação dos materiais ocorreu após a leitura flutuante do corpus para decidir sobre quais seriam relevantes para os propósitos deste breve estudo, considerando os itens teóricos examinados até o momento. Nesta fase de pré-análise¹², cujo objetivo é a organização da pesquisa, a

partir dos tópicos anteriores, foram elaborados indicadores que serviram de base para a formulação das categorias iniciais:

CATEGORIAS INICIAIS
A. Descumprimento do Dever Jurídico de Agir. Responsabilidade Objetiva.
B. Falta do Serviço Público. Responsabilidade Subjetiva.
C. Aplicação do Código Civil.
D Argumento da Competência Discricionária.
E. Aplicação do Nexo Direito e Imediato.
F. Eventos da Natureza – Exclusão do Dever Indenizar.
G. Referências Implícitas Vulnerabilidade.
H. Análise das Competências Administrativas.
I. Requisitos da Omissão Administrativa.
J. Omissão Específica do Estado.
K. Artigo 37, §6º, CF.

As primeiras formulações de categorias foram realizadas por meio de trechos do presente artigo e que fossem úteis para análise comparativa entre as decisões do TJRS e do TJSP, sendo que depois se passou para a codificação dos precedentes selecionados. Como refere Lawrence Bardin, “a codificação é o processo pelo qual os dados brutos são transformados sistematicamente e agregados em unidades, as quais permitem uma descrição exata das características pertinentes do conteúdo” (BARDIN, 2011, p. 133). As decisões judiciais, na ordem de numeração previamente estabelecida, foram divididas em unidades de registro (UR)¹³, cujo processo também possibilitou correções nas categorias iniciais, comprovando a necessidade do permanente diálogo entre os referenciais teóricos construídos no artigo e o corpus formado por decisões dos citados tribunais de justiça.

Após nova leitura dos precedentes e identificadas as unidades de registro, codificou-se cada uma delas, com códigos adicionais, agora iden-

tificados por número arábicos, bem como antecidos pelos números romanos de identificação dos precedentes¹⁴, a fim de, posteriormente, isolar cada uma das unidades de registro. A classificação exige que elas sejam isoladas, com a abertura de arquivo específico, pois no entendimento de Roque Moraes:

Recomenda-se que isso seja feito reescrevendo-se cada uma delas em um cartão de modo a ficarem individualizadas e isoladas. Esse processo de isolar as unidades de análise exige seguidamente que estas sejam reescritas ou reelaboradas, de modo que possam ser compreendidas fora do contexto original em que se encontravam. (MORAES, 1999, p. 6)

Isoladas as unidades de registro, foram identificadas, com base nas letras do alfabeto atribuídas a cada um das categorias iniciais, as que serão relevantes para a posterior descrição e interpretação dos dados. A partir das categorias iniciais definiu-se o conjunto de unidades de contexto, ou categorias intermediárias, cuja finalidade é servir como unidade de compreensão para codificar a unidade de registro e corresponde ao segmento da mensagem, cujas dimensões são ótimas para que se possa compreender a exata significação da unidade de registro (BARDIN, 2011, p. 1370). Tal procedimento permite, no caso desta pesquisa, examinar e classificar as unidades de registros isoladas das decisões do TJRS e do TJSP, classificando-as de modo a obter elementos para uma análise comparativa com relação à responsabilidade do Estado por danos decorrentes de enchentes, sendo que foram consideradas importantes como unidades de contexto: fundamentos da responsabilidade extracontratual do Estado por danos decorrentes de enchentes, causas excludentes do dever de indenizar, as bases normativas utilizadas nas decisões, a caracterização da omissão administrativa e a presença da vulnerabilidade da vítima na responsabilidade do Estado em tais hipóteses, cujo quadro de análise de conteúdo resume-se deste modo:

CATEGORIAS INICIAIS RENUMERADAS	UNIDADES DE CONTEXTO – CATEGORIAS INTERMEDIÁRIAS.
A. Descumprimento do Dever Jurídico de Agir. Responsabilidade Objetiva.	I. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO
B. Falta do Serviço Público. Responsabilidade Subjetiva.	
C. Eventos da Natureza – Exclusão do Dever Indenizar.	II. CAUSAS EXCLUDENTES
D. Análise das Competências Administrativas.	
E. Argumento da Competência Discricionária.	

As unidades de contexto foram criadas com base nas categorias iniciais, considerando o conceito justificador de cada uma delas, permitindo que sejam reagrupadas, motivo pelo qual são em número menor. Na medida dos limites deste artigo, deixa-se de apresentar as justificativas das categorias iniciais e das unidades de contexto. Para alguns autores é possível prosseguir no nível de análise e categorização. Tomando por base as duas primeiras, elaboram-se as categorias finais e que representam a síntese dos sentidos identificadas na análise de conteúdo dos dados, no caso, da parte teórica sobre responsabilidade do Estado e das unidades de registro devidamente isoladas das decisões judiciais e das unidades de contexto, permitindo, assim, o critério comparativo (SILVA e FOSSÁ, 2013, p. 11), cujo quadro síntese, assim, foi elaborado:

UNIDADES DE CONTEXTO – CATEGORIAS INTERMEDIÁRIAS.	CATEGORIAS FINAIS
I. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	I. JURIDICIDADE DA RESPONSABILIDADE POR DANOS DE ENCHENTES
II . BASES NORMATIVAS	
III. VULNERABILIDADE NA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	
IV. CAUSAS EXCLUDENTES	II. PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR
V. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	
VI. CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA	

Na media em que foram definidas as categorias da análise de conteúdo, possibilita-se a análise comparativa entre as decisões do TJRS e do TJSP.

2.4.1. Juridicidade da responsabilidade do Estado por danos de enchentes

Ao longo deste breve estudo discutiram-se modos diferentes de compreender o tema da investigação, debate que acompanha a própria evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conforme já referido. É interessante em termos de juridicidade, ou seja, a compreensão do nível de exigência da legalidade para vislumbrar o fenômeno dos danos decorrentes de enchentes, como o tema dos Fundamentos da Responsabilidade perpassa as discussões da jurisprudência.

2.4.1.1. Descumprimento do dever jurídico de agir. Responsabilidade objetiva

Das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foram isoladas 26 (vinte e seis) unidades de registro, sendo que o debate sobre a existência ou não de um dever jurídico descumprido pelo Estado apareceu por 8 (oito) vezes (Unidades de Registro I, II, III, IV), indicando a tendência de compreender a questão sob o viés da responsabilidade objetiva, considerando o número de 6 (seis) acórdãos representativos examinados, com a referência expressa que mesmo na hipótese de omissão a responsabilidade estatal é objetiva, mas sem a adoção da teoria do risco integral. No universo destas unidades de registro, em 4 (quatro) o dever jurídico descumprido pela Administração Pública aparece de forma explícita, consistente em “deixar de adotar providências para evitar o alagamento das residências localizadas nas proximidades do Arroio”(UR.II.2.A.), bem como que possui “o dever de agir realizando obras de dragagem, manutenção e desassoreamento”(UR.III.2.A). Tais indicativos revelam na órbita dos fundamentos da responsabilidade do Estado o destaque para a análise em cada caso concreto do risco administrativo, pois ao ente público incumbe a prestação de serviços para os cidadãos, inclusive o de manutenção e conversão de córregos ou rios.

No TJSP a linha de argumentação fundada nesta categoria aparece em números menores, 2 (duas vezes – UR.XI.4. e UR.XIV.A), destacando-se o entendimento segundo o qual em matéria de responsabilidade do Estado por atos omissivos a aspecto mais importante reside no exame da exigibilidade da conduta estatal, invocada como causa do dano e as reais possibilidades de se exigir o cumprimento do de-

ver, laborando com a concepção “de proporcionalidade, de diligência e de prudência.” (UR.XI.4.A). Também referiu-se: “considera-se que, com relação aos comportamentos omissivos, torna-se relevante perquirir se o comportamento qualifica-se um dever jurídico de impedir o resultado. E ressalte-se, esse dever jurídico independe de elemento subjetivo.” (UR. XIV.2.A).

Na necessária circularidade entre o conjunto de unidades de registro e os itens deste artigo, constata-se o baixo nível de incorporação nas linhas de argumentação de questões relacionadas à juridicidade do Estado de Direito Ambiental, como a análise da existência de um dever jurídico de agir, a partir das regras e princípios do artigo 225 da Constituição Federal. Muito embora as ações indenizatórias selecionadas, com exceção de um acórdão (Identificação XI), são demandas individuais, não há como deixar de compreender o fenômeno sob a ótica mais abrangente do modelo de Estado Socioambiental.

2.4.1.2. Falta do serviço público. Responsabilidade subjetiva

Em relação a esta categoria, considerando as unidades de registros referentes ao TJRS, aparece 4 (quatro) vezes (UR. I, V, VI), inclusive por mais de uma vez na mesma decisão. Em um dos casos, a situação produzida reflete bem o estágio de problemas semânticos que rondam o tema em discussão, questionando-se a real existência de diferenças jurídicas ao adotar-se a teoria objetiva da categoria anterior ou a da falta do serviço. Na UR.I.4.B relaciona-se o dever de indenizar do Município com a falta do serviço público, adotando-se o entendimento segundo o qual não haveria prova de erro na execução da obra ou defeito do projeto de modo a configurar a omissão administrativa. Em outras unidades de registro, o tema é discutido a partir da justificativa para adotar o entendimento, fundado na falta do serviço, na existência de divergência jurisprudencial (UR.V.1.), até assumir de forma clara a tese de “em se tratando de omissão da Administração Pública, exige-se a prova da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou seja, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva.”(UR. VI.1.) e a menção de que “a falha no serviço público foi preexistente ao momento das chuvas que caíram” (UR. VI.3.). Circunstância presente nos precedentes, cuja conclusão obtém-se por meio da compreensão das unidades de registro, é a postura probatória mais rígida quando se adota a

tese da falta do serviço público, elemento identificado em maior número nas decisões do TJSP, por 9 (nove) vezes (UR VII, VIII, IX, XI e XII).

Há, portanto, um discurso fundado na premissa de que “tem ponderado entendimento mais atual de que a responsabilidade fica na dependência de prova da culpa, que é subjetiva da Administração.” (UR. VII.1.B), dificultando, muitas vezes em termos de prova, a pretensão veiculada pelo cidadão atingido por inundações/enchentes, aduzindo-se “ao contrário do que alega o autor, não restou comprovada a culpa da Administração Pública pelo evento, ou seja, cumpria ao autor demonstrar, além do dano e o nexo de causalidade, que havia falhas no sistema coletor de águas, cuja responsabilidade era da Prefeitura Municipal.” (UR. VIII.1.B).

De fato, nos moldes atuais das concepções sobre o tema, a grande diferenciação, como adiantado, surge em termos probatórios, mas o entendimento aqui defendido, na linha do referido nos tópicos anteriores é a superação do modo de ser liberal-individualista para compreender o problema do dever de indenizar por danos decorrentes de enchentes, a partir dos marcos teóricos do Estado de Direito Ambiental, conjugando-se no plano constitucional o artigo 37, §6º, CF, com o artigo 225, CF, e na órbita infraconstitucional a construção do sentido do dever jurídico fundado hermeneuticamente nos diplomas locais sobre as competências dos entes federativos, mas à luz da Lei nº 12.608/2012, segundo posição já assumida por Tiago Fensterseifer (2008) e Délton Winter de Carvalho e Fernanda Damacena (CARVALHO; DAMACENA, 2013).

O tópico acima mencionado, portanto, está diretamente relacionado ao problema das Bases Normativas da Responsabilidade do Estado por Danos de Enchentes, ora destacando-se a utilização dos parâmetros constitucionais, mas restritos ao detalhamento normativo do §6º, do artigo 37, CF, ora fundado no próprio Código Civil. No âmbito dos precedentes do TJRS constatou-se que apenas um não utilizou tais bases normativas, sendo que, na grande maioria dos documentos pesquisados, aparece o artigo 37, §6º, CF, por vezes como único fundamento (Identificações II, V e VI) ou em conjunto com dispositivos do Código Civil, especialmente os artigos 43 e 186 (Identificações III e IV). No TJSP há duas decisões não utilizando bases normativas, sendo que as demais utilizaram o artigo 37, §6º, CF, como fundamento único (Identificações VII, X, XI, XII, XIV), com exceção de um precedente fundamentado também no artigo 43 do

CC (Identificação VIII). Observa-se que muito embora os precedentes do TJSP utilizem fundamento normativo constitucional é onde aparece o maior número de casos decididos com base na responsabilidade subjetiva do Estado, indicando que realmente como destacado ao longo deste breve estudo, há um problema hermenêutico em não vislumbrar a integridade da Constituição Federal.

A questão da vulnerabilidade como categoria justificou-se em virtude da necessidade de considerar para o fim de materializar questões de justiça ambiental, a específica situação de desigualdade da vítima de danos decorrentes de enchentes/inundações. Muito embora em alguns casos apareça apenas deslocado do bojo da fundamentação a concessão de assistência judiciária gratuita, indicando o caráter da vulnerabilidade econômico, o mais relevante para a pesquisa consistiu na circunstância de integrar a linha de argumentação a situação corriqueira de fragilidade dos cidadãos que sofrem tal espécie de danos. Duas unidades de registro destacam-se com relação ao ponto, adotando-se critério explícito para a fixação do dano extrapatrimonial, mencionando-se que as vítimas da enchente tiveram sua residência alagada pelas águas do Arroio, também severamente danificada, atingindo diversos bens de uso pessoal, além de sua capacidade econômica (UR. IV.9.K.). Em outro contexto, a vulnerabilidade aparece em virtude de as vítimas das enchentes serem pessoas que necessitavam de ajuda do Poder Público para obter casas populares, compromisso não cumprido pelo ente público, determinando a ocupação irregular de área de preservação ambiental (UR. X.1.K.).

2.4.2. Pressupostos do dever de indenizar

No que tange aos pressupostos do dever de indenizar, a partir do corpus de decisões judiciais foram isoladas unidades de registros para identificar os elementos comparativos entre o entendimento dos tribunais investigados, especialmente sobre a complexa questão das chuvas, fenômeno da natureza, como determinante para excluir o dever de indenizar até a caracterização da omissão administrativa, iniciando-se apenas por questões didáticas o exame de tal aspecto.

2.4.2.1. Caracterização da omissão administrativa

No item 2 do presente artigo sustentou-se a necessidade da recons-

trução hermenêutica das omissões administrativas, a partir da juridicidade dos desastres ambientais e do Estado de Direito Ambiental, pois o olhar constitucional permite a construção de autêntico ethos ambiental de como a Administração Pública e os cidadãos devem agir. Constataram-se poucas unidades de registros para sustentar o exame descritivo dos requisitos jurídicos e fáticos para caracterizar a omissão administrativa. Como já mencionado ao longo da pesquisa, tal postura cria problemas de justificação, na medida em que a omissão administrativa configura-se como o descumprimento do dever jurídico de agir, urge destacar em que termos tal pressuposto ocorre, muito embora existam várias alusões a algum elemento fático e/ou probatório indicando a omissão administrativa (item 2.4.1, letras “a” e “b”). Na UR. X.2.I há indicação de omissão do Poder Público em tomar as medidas necessárias a fim de evitar enchentes, mas igualmente sem maiores especificações.

Compreender a omissão administrativa no horizonte de sentido do paradigma do Estado de Direito Ambiental, impõe o debate nos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário de temas como precaução/prevenção e a ideia de risco para construir hermeneuticamente um padrão jurídico de cuidado, pois a Administração Pública deverá ser responsabilizada, a partir das circunstâncias concretas, quando os danos causados aos cidadãos podiam ser evitados ou amenizados com maior cuidado e atenção e a atividade administrativa fosse materialmente possível. Aqui é relevante o debate sobre a aplicação, por exemplo, do artigo 4º, incisos I, II e IV, da Lei nº 12.608/12. Portanto, e aqui há uma diferença com a adoção da tese tradicional veiculada nas decisões examinadas, a omissão administrativa é compreendida a partir de uma legalidade mais exigente, denominada de juridicidade ambiental.

2.4.2.2. Omissão específica do Estado

Em algumas unidades de registro do TJRS aparece a utilização no raciocínio jurídico da distinção feita pela doutrina entre omissão genérica e omissão específica, com o entendimento segundo o qual “como visto, a prova oral não ampara a tese da inicial, porquanto não atribui ao Município qualquer omissão específica a viabilizar a caracterização do dever de indenizar” (UR.I.3.J.), “verificando-se omissão específica do Estado, vale dizer, quando sua inação constitui a causa direta e imediata do dano

suportado pelo particular (administrado), há responsabilidade objetiva” (UR. II.1.J), “no mérito, tenho que, na hipótese, incide a teoria da responsabilidade objetiva, pois se trata de omissão específica do Estado, dispensando-se a análise da culpa.” (UR III.1.J.), “assim, quando há uma omissão específica do Estado, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata do dano, tem-se entendido que há responsabilidade objetiva.” (UR V.2.J.).

Sob a perspectiva das bases teóricas desta investigação, tal distinção não se compatibiliza com o entendimento da omissão administrativa como conceito interpretativo, pois a concepção da dicotomia não é a que melhor atende os propósitos da prática em exame. Compreender a melhor concepção exige vislumbrar que o conceito de omissão administrativa deve estar interligado com outros conceitos, no caso, com as indicações sobre o Estado de Direito Ambiental, eis que permitem enxergar melhor o propósito da responsabilidade do Estado dos danos de enchentes/inundações e garantir a integridade e coerência com a juridicidade ambiental fundada na dignidade humana, na solidariedade e na justiça ambiental, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal. Na medida em que a Administração Pública é regulada pela unidade de princípios do artigo 37, “caput”, CF, e do dispositivo citado, e em jogo, no caso desta investigação, assuntos administrativos sobre os quais o ente público possui domínio e controle interno, deve-se repensar em termos de colaboração processual a questão dos encargos probatórios. Por fim, a omissão administrativa não é um conceito jurídico isolado, mas relacional, ou seja, na linha do defendido por Francisco Javier de Ahumada Ramos (2009), sua devida compreensão hermenêutica exige questionar as relações recíprocas entre cidadão e Administração Pública, nos termos já debatidos.

2.4.2.3. Relação de causalidade e causas excludentes

A questão sobre a relação de causalidade possui especificidades em relação ao tema, não apenas pela circunstância dos deveres jusambientais da Administração Pública, mas pela circunstância de o cidadão encontrar-se em situação de vulnerabilidade, em maior ou menor grau. A aplicação do artigo 403 do Código Civil, interpretado como indicação do sistema brasileiro de responsabilidade civil, fundado no dano direto e imediato,

de fato aparece com frequência no material examinado, muito embora em nenhuma das decisões exista referência explícita ao texto normativo ou análise do conteúdo jurídico. Nas unidades de registro das decisões do TJRS, em virtude do teor dos argumentos expostos para fundamentar constata-se a utilização do nexos de causalidade direto e imediato por 2 (duas) vezes, com referência à circunstância de a prova produzida indicar que a inundação da casa dos autores decorreu de evento da natureza, aliada à localização do imóvel (UR. I.2.H.), bem como o entendimento fático, a partir da prova segundo o qual os documentos demonstram a ocorrência do evento danoso e do nexos causal entre o dano e a conduta omissiva (UR. VI.2.H).

Com relação aos precedentes do TJSP, examinando as unidades de registro isoladas, a referência ao nexos causal direto e imediato, ainda que sem qualquer alusão ao texto normativo do artigo 403 do Código Civil, apareceu por 8 (oito) vezes, destacando-se os argumentos da importância de estabelecer, com relativo grau de certeza, que a falha da Administração atue como causa imediata para a ocorrência do dano (UR.VII.3.H) ou que a inundação do imóvel do cidadão foi causado pelo transbordamento do rio (UR.VII.4.H). Na mesma linha, julgou-se improcedente a pretensão indenizatória por ausência de elemento probatório em relação à causa da inundação (UR.VIII.2.H), assim como houve a condenação do ente público quando existente o nexos causal entre o comportamento e o dano (UR. IX.5.H).

Verifica-se a tendência em compreender a relação de causalidade no plano dos fatos, ao menos sem a explicitação na fundamentação de outras dimensões de índole normativa. O entendimento exposto neste breve estudo destaca a relevância de compreender o tema ultrapassando a dicotomia questão de fato/questão de direito, na medida em que a causa jurídica só ocorre juridicizada e o nexos de causalidade é normativo, impondo-se a justificação a partir da relação estabelecida entre a omissão administrativa e um direito, problematizando a relação recíproca entre cidadão e Administração Pública. As unidades de registro examinadas indicam a desconsideração dos aspectos do nível de proteção jurídica da vítima de enchentes e da relação com a circunstância de o ente público nada fazer para evitá-lo, quando poderia agir.

2.4.2.4. Competência discricionária e eventos da natureza

O último aspecto digno de destaque reside nos problemas de exclusão do dever de indenizar, sendo que o ponto sobre a existência ou não de competência discricionária no exercício de competências administrativas não é argumento utilizado no conjunto de decisões do TJRS centrado-se mais a análise nas questões probatórias sobre omissões da Administração Pública. No TJSP há apenas uma referência, na ação civil pública proposta pelo Município de Atibaia contra a SABESP, cuja menção reside no entendimento de ser desaconselhável a intervenção do Poder Judiciário na complexa operação do sistema hidrológico, considerando os pedidos formulados de indenização por danos oriundos de enchentes, bem como de obrigações de fazer para determinar a limpeza, desassoreamento e restauração da capacidade do leito do rio, além de manter os níveis seguros das águas (UR XIII.3.E.).

De modo diverso, em diversas decisões, a polêmica sobre a exclusão do dever de indenizar em virtude de eventos da natureza, especialmente o volume de chuvas, aparece 17 (dezessete vezes) no total. A jurisprudência do TJRS adota concepção mais restritiva no que tange a esse aspecto, pois “relativamente à intensidade e suposta anormalidade das chuvas, era ônus do demandado comprovar tal ocorrência na época dos alagamentos, ônus do qual não se desincumbiu.” (UR.III.3.C.). Há aqui questão probatória relevante, pois não se poderia transferir a obrigação de prova para o cidadão afetado pelas chuvas, especialmente considerando o entendimento ordinário sobre a tese da responsabilidade objetiva. Via de regra, as decisões fundadas nessa teoria compreenderam o argumento de excesso de chuvas para excluir o dever de indenizar de modo restritivo, admitindo que não é possível responsabilizar o ente público diretamente pelas fortes chuvas, mas permanece a responsabilidade “consistente na omissão administrativa quanto à realização de obras necessárias à prevenção, diminuição ou atenuação dos efeitos decorrentes das enchentes de águas públicas, ainda que verificadas fortes e contínuas chuvas.” (UR.IV.5.C).

Ainda há referência explícita na fundamentação sobre o caráter de previsibilidade das fortes chuvas decorrentes de fenômenos naturais, capazes de causarem prejuízos aos cidadãos e à ordem pública (UR IV.6.C), motivo pelo qual não se acolhe como argumento legítimo para a improcedência, salientando que “o volume das precipitações pluviométricas

não consiste em causa suficiente a afastar o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o evento danoso, mas apenas para mitigar a responsabilidade do ente público.” (UR.IV.8C), indicação que também foi utilizada para reafirmar: “as intercorrências climáticas de fortes chuvas e ventos são eventos previsíveis e corriqueiros, cabendo ao Estado realizar as obras de limpeza de córregos, arroios e rios, necessárias a prevenir ou atenuar os transbordamentos por ocasião de precipitações pluviométricas.” (UR VI.4.C).

Os precedentes do TJSP enfrentam o tema com outro enfoque, até em face de igualmente vislumbrarem a incidência da Teoria do Fato do Serviço, Responsabilidade Subjetiva do Estado. Conforme aludido, nos termos do artigo 8º da Lei 12.608/12, compete aos Municípios “promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar ocupações nessas áreas”, elemento presente com a posição segundo a qual é possível excluir ou amenizar a obrigação de indenizar quando sendo notório que determinado local está permanentemente sujeito a frequentes e excepcionais inundações, o particular insiste em ali construir ou alugar sua residência ou instalar estabelecimento comercial. (UR.VII.2.C). Em alguns casos, a tese do ente público sobre a intensidade das chuvas, com alto índice pluviométrico, é suficiente para excluir o dever de indenizar (UR.VIII.3.C), distanciando-se da linha argumentativa do TJRS, especialmente, em dois aspectos: a) para o TJRS o ônus da prova recai sobre o Estado em relação ao tema e b) considerando o atual estágio de alterações climáticas e ambientais, salvo circunstâncias territoriais específicas, não há como sustentar o caráter de imprevisibilidade de altos índices pluviométricos de chuvas.

No entanto, em algumas decisões do TJSP prevaleceu o entendimento segundo o qual, mesmo diante de fortes chuvas, é possível concluir pelo exame das provas que o Município deixou de realizar as obras de contenção necessárias, pois ocorreram fortes chuvas que inundaram a casa da parte autora (UR.IX.1.C), mas “o córrego não estava totalmente assoreado e que o rompimento do dique ocasionou a inundação da casa.” (UR. IX.2.C).

Destaca-se interessante questão relacionada ao tema da juridicidade dos desastres, consistente na decisão proferida no sentido de adotar como pressuposto para a exclusão do dever de indenizar a decretação da

situação de emergência. Muito embora o fato tenha ocorrido em 2009, antes da Lei 12.608/2012, por meio de atos administrativos competentes, a Secretaria Nacional de Defesa Civil reconheceu que “as chuvas ocorreram, destarte, de maneira anômala, ficando caracterizada, realmente, a hipótese de força maior, não se fundamentando a condenação do Município no pagamento de valor a título de danos morais.” (UR.X.3.C). Por fim, igualmente foi considerada, além das fortes chuvas, a circunstância de as moradias localizarem-se próximas ao leito do rio. Área de preservação permanente, local propício para inundação (UR.XIII.1.C) e o fato de em uma hora e meia ter chovido o esperado para um período de três meses (UR.XIV.1.C).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado objetivou reavaliar o tema da responsabilidade do Estado por danos oriundos de enchentes ou inundações, não apenas sob o enfoque de diferentes perspectivas teóricas, mas por meio de análise comparativa de conteúdos veiculados em alguns precedentes. O vetusto acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso do desabamento do prédio causado por fortes chuvas e a reforma da decisão julgando improcedente o pedido por ausência de prova (REXT nº 61.387-SP, 2ª T, j. 21.08.1968) reafirma os complexos debates sobre a questão na jurisprudência, mas, também, na própria doutrina do Direito Administrativo.

É relevante compreender o direito à indenização como conceito interpretativo e vislumbrar o artigo 37, §6º, do texto constitucional de 1988, portador de indicações valorativas e de princípios, que o sustentam no conjunto da integridade e coerência com os princípios do paradigma do Estado de Direito Ambiental, não somente no plano constitucional do artigo 225, mas dos textos infraconstitucionais, como a Lei nº 12.608/12, sendo o diálogo com o Direito Ambiental profícuo, mesmo para decisões proferidas em ações individuais de indenização. Situar o problema nos pressupostos da juridicidade dos desastres contribui para ultrapassar o paradigma liberal-individualista, ainda presente nas linhas de argumentação das decisões investigadas.

A análise comparativa realizada buscou definir alguns critérios hermenêuticos para a investigação, com a explicitação de indicadores construídos paulatinamente por meio da reflexão teórica, dialogando-se de

forma permanente com o corpus de decisões judiciais pesquisadas, com foco no problema da análise, nas hipóteses apresentadas e circularmente compreendia no horizonte de sentido do referencial teórico apresentado. O labor comparativo de dados qualitativos do TJRS com o TJSP, por vezes, permitiu a suspensão de alguns juízos prévios sobre a omissão administrativa e a relação de causalidade, além de desvelar novas possibilidades sobre o tema, no intuito de construir uma concepção melhor sobre a responsabilidade extracontratual do Estado por danos de enchentes no paradigma do Estado de Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS

- AMENÁBAR, María del Pilar. *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. São Paulo: Edições 70/Almedina Brasil, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2014.
- CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Público do Ambiente* (direito constitucional e direito administrativo). Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA e pela Faculdade de Direito de Coimbra no ano de 1995-1996.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2011.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *A Responsabilidade do Estado pelos Danos Causados às Pessoas Atingidas pelos Desastres Ambientais Associados às Mudanças Climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente*, 14º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2010, São

Paulo: Imprensa Oficial, 2010, v. 1, p. 389-420.

_____. Estado Socioambiental de Direito e o Princípio da Solidariedade como seu Marco Jurídico-Constitucional. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1669, 26 jan. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10887>. Acesso em: 5 jun. 2015.

FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de Excesso e de Inoperância*. Responsabilidade Civil do Estado. Juarez Freitas (org.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-197.

_____. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Fundamentos de una hermenêutica filosófica. 5ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite Organizadores. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra: ALMEDINA, 2007.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *El Derecho Fundamental a una Buena Administración*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso, In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*; 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Roque. Análise de Conteúdo. *Revista Educação*. Porto Alegre,

v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

MULHOLLAN, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: GZ EDITORA, 2009.

NAPOLITANO, Giulio. *La Logica del Diritto Amministrativo*. Bolgna: Mulino, 2014.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: ALMEDINA, 2003.

RAMOS, Francisco Javier de Ahumada. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Elementos Estructurales: lesión del derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. Editorial Arazandi, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Andressa Hennig; FOSSÁ, Maria Ivete Trevisan. *Análise de Conteúdo: Exemplo de Aplicação da Técnica para Análise de Dados Qualitativos*.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A Imputação da Responsabilidade Civil por Danos Ambientais Associados às Mudanças Climáticas. In: *Direito e Mudanças Climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas*, Paula Lavratti e Vanêsa Buzelato Prestes (Org.), São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo*. I Principi. 5ªed. Milano: Giuffrè, 1999.

WEIL, Prosper et il. *Les Grans Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. 18ªed. Paris: Dalloz, 20011.

XIMENES, Julia Marmann. Levantamento de Dados Na Pesquisa em Direito, In: *Instituto Brasiliense de Direito Público*, Brasília, 15/02/2012.

Notas

1 Sobre o tema da pesquisa, ver ARE 713784/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08/02/2013, ARE/RS 729482, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/01/2013, ARE 720162/RS, REL. Min. Cármen Lúcia, j. 31.10.2012, ARE 739569/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.05.2012.

2 O fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado por transbordamento do Arroio Feijó gerou diversos julgamentos, como, a título exemplificativo, AC nº 70042059287, 9ª CC, j. 29.06.2011; AC nº 70053571915, 10ª CC, j. 27.06.2013; AC nº 70054435193, 9ª CC, j. 25.09.2013 e AC nº 70057144040, 9ª CC, j. 31.01.2014. Ampliando a pesquisa para outros julgados, constata-se a existência de divergência sobre os fundamentos da responsabilidade do Estado, ora entendendo que mesmo em casos de responsabilidade por omissão, como do Arroio Feijó, a responsabilidade é objetiva, ora adotando o entendimento da responsabilidade subjetiva, exigindo-se comprovação da falta do serviço público. No julgamento da AC nº 70042861070, 9ª CC, j. 19.10.2011, prevaleceu o entendimento da responsabilidade objetiva. Basta o cidadão comprovar a omissão, o dano e o nexo causal, sendo que a omissão capaz de gerar o direito à indenização relaciona-se com o descumprimento de um dever jurídico de agir.

3 Há diversos precedentes no TJSP adotando como fundamento da responsabilidade do Estado em casos de enchentes a responsabilidade subjetiva, por falta do serviço, e julgando improcedentes pedidos de indenização com diversos fundamentos, Ap. 0006749-32.2012.8.26.0125, 5ª CDEP, j. 20.05.2015, chuvas excepcionais e imprevisíveis, com situação de emergência reconhecida, Ap. 0003969-31.2007.8.26.0405, 9ª CDP, j.20.05.2015, forte chuva que provocou inundação no local, causas naturais imprevisas, imprevisíveis e irresistíveis, Ap. 0001772-67.2010.8.26.0189, 5ª CDEP, precipitação pluviométrica além da normalidade, Ap. 0010486-51.2010.8.26.0048, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJSP, j. 07.05.2015, valores de precipitação pluviométrica muito acima da média, Ap. 0006934-70.2012.8.26.0125, 2ª CDP, j. 28.04.2015, evento da natureza incontrolável pelo Poder Público.

4 O artigo 37, “caput”, CF, refere à legalidade como princípio da Administração Pública, além de outros. Como destacado a partir de Dworkin (2010) os princípios constituem o conjunto de indicações sobre o que a Administração Pública deve fazer. Mas como pautas normativas abstratas exigem concretizações, no intuito de possibilitar, no caso deste breve estudo, indicar a presença de ações ou omissões ilegítimas. A melhor concepção de legalidade decorre do modo de relação com outros princípios, pois um deve apoiar-se no outro para a construção do melhor sentido no caso concreto, exigindo-se a compreensão da legalidade como juridicidade. No entendimento de Paulo Otero, “a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito...” (OTERO, 2003, p. 15). Com efeito, situando-se a Administração Pública no horizonte de sentido do Estado de Direito Ambiental, fala-se em juridicidade ambiental para melhor compreender os casos de responsabilidade do Estado relacionados com danos decorrentes de desastres ambientais, na linha do trabalho de Délton Winter de Carvalho e Fernanda Libera Damacena (2013).

5 No que tange ao tema da responsabilidade do Estado, de forma específica, por danos causados às pessoas atingidas por desastres ambientais associados às mudanças climáticas há o instigante texto de Tiago Fensterseifer, no qual destaca que “cada vez mais se reconhece a feição socioambiental das relações sociais contemporâneas, marcadamente pela conexão entre a proteção do ambiente e os direitos sociais à luz do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável (art. 170, VI, da CF). A adoção do marco jurídico-constitucional socioambiental resulta da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e os direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano.” (FENSTERSEIFER, 2010, p. 394).

6 No exercício das competências administrativas, a compreensão do dever-poder de agir

considerará a necessidade de resolver problemas, mas, como indicam os autores, considerando no processo de decisão bases limitadas de conhecimento. São extremamente relevantes as políticas públicas ambientais, devendo-se considerar a precaução por ocasião da construção e implantação. Conforme José Rubens Morato Leite, “o princípio da precaução tem sua origem no direito alemão, a partir do conceito de Vorsorgenprinzip, do ordenamento jurídico, que exige, a atuação mesmo antes de qualquer dano efetivo.” (LEITE, 2007, p. 174). Compreende-se bem a estrutura hermenêutica do cuidado no conceito (Sorge), justificando-se o exercício das competências administrativas em matéria ambiental mesmo em contextos de incerteza científica “quanto às informações que envolvam a sua probabilidade de ocorrência futura ou os possíveis efeitos decorrentes de sua concretização.” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 37).

7 Complementam os autores: “Dessa forma, não basta simplesmente que se tenha certeza do perigo da atividade (periculosidade da atividade), mas do perigo produzido pela atividade perigosa. Ou, em outras palavras, de que a atividade perigosa coloque o ambiente, potencialmente (de forma verossímil), em estado de risco (ou de perigo). Esta (atividade perigosa) deve demonstrar também verossímil capacidade de poluir ou degradar, entendendo-se, para os efeitos da aplicação do princípio da prevenção, no seguinte sentido: é possível (juízo de verossimilhança) que a atividade perigosa polua ou degrade. Logo, medidas preventivas são necessárias (já que a origem do risco é conhecida). (LEITE; AYALA, 2004, p. 72).

8 Para Pietro Virga “si intende per competenza la sfera di attribuzioni che l’ordinamento assegna ad un determinato organo. Essa quindi si concreta nella porzione della potestà dell’ente che l’organo può esercitare.” (VIRGA, 1999, p. 41).

9 Conforme destaca o autor, “[...] se requiere en todo caso la existencia para la Administración de un previo deber jurídico de actuar y que tal deber no sea cumplido por la Administración sin mediar causas de fuerza mayor. El deber de actuar conecta con el carácter irrenunciable de las competencias administrativas, que implica la obligación jurídica de ejercitarlas cuando se presenta el supuesto de hecho contemplado por las normas que las regulan. Si se produce la omisión de esse deber, y de tal omisión resulta lesión de un derecho o de un bien jurídico protegido de un ciudadano concreto, o de un grupo de ellos, la Administración deberá reparar la lesión.” (RAMOS, 2009, p. 298).

10 Destaca o autor também: “A partir da ‘teoria das probabilidades’, pode-se associar a emissão dos gases do efeito estufa às mudanças climáticas e, consequentemente, a atuação omissiva do Estado na implementação de políticas públicas (por exemplo, de enfrentamento ao desmatamento na Amazônia) adequadas e eficientes ao combate da emissão de gases do efeito estufa ao agravamento dos efeitos negativos do aquecimento global. Em outras palavras, pode-se dizer que o Estado, quando se omite ou atua de modo insuficiente, ao não combater o poluidor ambiental (público ou privado), concorre com o mesmo na perpetuação da degradação ambiental e passa a responder, de forma solidária, pelos danos causados. (FENSTERSEIFER, 2015, p. 405).

11 Para Laurence Bardin, a análise de conteúdo caracteriza-se por “um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens.” (BARDIN, 2011, p. 48).

12 Destaca Lawrence Bardin que se trata “da fase de organização propriamente dita. Corresponde a um período de intuições, mas tem por objetivo tornar operacionais e sistematizar as ideias iniciais, de maneira a conduzir a um esquema preciso do desenvolvimento das operações sucessivas, num plano de análise.” (BARDIN, 2011, p. 125).

13 A unidade registro é a unidade de significação codificada e corresponde ao segmento de conteúdo considerado unidade de base (BARDIN, 2011, p. 134). No caso das decisões judiciais, os acórdãos foram divididos em unidades de registro a partir das categorias iniciais, ou seja, foram examinados os fundamentos dos precedentes e identificados parágrafos nos quais houve o tratamento direto ou indireto das categorias. Outros autores

denominam de unidade de análise, conforme Roque Moraes: “também denominada unidade de registro ou unidade de significado, a unidade de análise é o elemento unitário de conteúdo a ser submetido posteriormente à classificação. Toda categorização ou classificação necessita definir o elemento ou indivíduo unitário a ser classificado. Na análise de conteúdo denominamos este elemento de unidade de análise.” (MORAES, 1999, p. 5).

14 Na linha do procedimento adotado por Roque Moraes, aplicando aos acórdãos pesquisados, as decisões do TJRS e do TJSP foram divididas em elementos menores, cada um com o seu respectivo código, a fim de identificar a amostra da qual provém e dentro de uma ordem sequencial. A título exemplificativo, o Acórdão 7005744040, previamente identificado pelo número romano I, foi dividido em quatro unidades de registro, considerando as categorias iniciais antes definidas, sendo que cada unidade recebeu como identificação I.1., I.2., I.3. e I.4. no corpo da própria decisão.