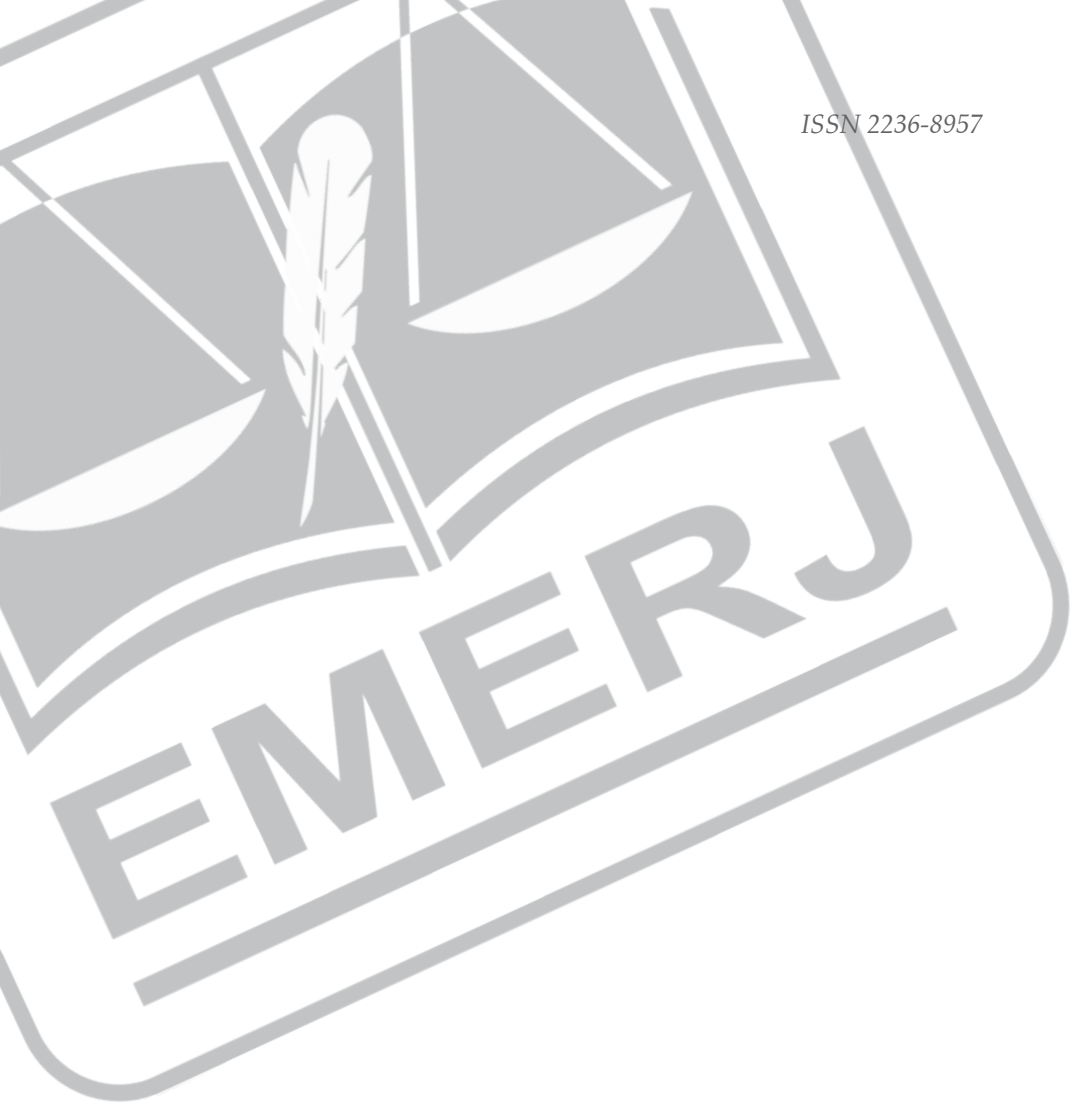


ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Maio/Agosto
V. 24 - n. 2 - Ano 2022

Rio de Janeiro

A Responsabilidade Civil do Estado em Desastres Ambientais: Ensaio sobre a Construção da Responsabilidade Civil Objetiva da Administração Pública¹

Pedro de Oliveira Coutinho

Promotor de Justiça/RJ, mestre em Direito Público (UERJ), professor de Direito Administrativo (UCP/RJ).

1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil por Danos Ambientais. 3. Responsabilidade Civil do Estado por Omissões. 4. Modificações do Contexto Jurídico. 5. Mutações Constitucionais e seus Limites. 6. Legitimidade das Mutações Constitucionais. 7. Possíveis Omissões na Tragédia de Petrópolis. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. No dia 15 de fevereiro de 2022, a cidade de Petrópolis/RJ sofreu sua maior tragédia humanitária em decorrência das fortes chuvas que a atingiram, provocando inundações, quedas de barreiras e uma destruição jamais vista. Registraram-se 234 mortes, com um prejuízo material incalculável. Cerca de um mês depois, no dia 20 de março de 2022, novas chuvas fortes atingiram a cidade, agravando as consequências nefastas dos eventos.²

¹ Este artigo é uma versão ligeiramente modificada da intervenção ocorrida no dia 09 de maio de 2022, de 09h as 12h, no seminário REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA TRAGÉDIA EM PETRÓPOLIS, evento realizado de forma remota pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com apoio da Universidade Católica de Petrópolis. Tentou-se manter a fluidez característica da intervenção oral, deixando para notas de rodapé as referências e citações diretas.

² Este artigo é dedicado à memória de Olga Sorgini e João Carlos de Melo Montes.

A lembrança das tragédias que com alguma regularidade atingem a região serrana do Estado do Rio de Janeiro nos transporta para as chuvas do dia 05 de fevereiro de 1988, ocasião em que teriam sido ceifadas as vidas de até 171 pessoas.³ Naquele ano, em pleno curso do processo constituinte, o jornal O Globo de 11 de fevereiro mencionava anúncio de recursos federais para construção de um túnel para escoamento do Rio Quitandinha, assim como o Ministro do Interior alertava o então presidente José Sarney sobre a necessidade de alteração da lei sobre uso e ocupação do solo em Petrópolis, sob pena de novas tragédias.

Muita coisa mudou no país, no Estado e na cidade nesse intervalo, mas muitas coisas persistem. É assim com tudo na vida. Esta intervenção no debate sobre as tragédias em Petrópolis não tem por objetivo tratar da responsabilidade pessoal de gestores públicos, seja no âmbito político, criminal ou da improbidade administrativa. Nosso objetivo será fornecer um breve panorama do Estado como causador de desastres ambientais (dano ambiental e dano causado a partir do dano ambiental) e do Estado como infrator do dever de impedir o resultado danoso (responsabilidade por omissão), com especial atenção ao modo como se construiu o sistema de responsabilização a partir da interpretação constitucional, de modo a permitir a conscientização do papel do intérprete, especialmente o juiz, na formulação das normas jurídicas.

Serve de norte a essa intervenção a lúcida crítica ao ensino jurídico no Brasil formulada pelo professor da UnB Marcus Faro de Castro, para quem: a) existe um descolamento entre o intelecto do jurista e a realidade social, dada sua complexidade; b) há uma dificuldade de avaliar de maneira responsável as políticas públicas; c) a orientação intelectual dos juristas é voltada para a preservação da ordem posta, sem criticá-la ou reformá-la.⁴

³ Os dados recentemente publicados são conflitantes. Jornais de Petrópolis indicam “apenas” 134 mortos, mas uma consulta aos arquivos do jornal O Globo permite concluir pelo número indicado no texto. Naquele ocasião, porém, houve prolongamento das chuvas pelos dias seguintes.

⁴ *Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*, São Paulo: Saraiva, 2012, prefácio.

2. Inicialmente, e com menor profundidade por não se tratar da situação vivida em Petrópolis, abordaremos o Estado como causador, direto ou indireto, do dano ambiental. Nesse campo jurídico, incide o regramento estabelecido no art. 14, § 1º, da Lei nº 6938/81, que prevê a responsabilidade civil objetiva. Observa-se, da redação do dispositivo mencionado, que o poluidor, aquele responsável pela degradação ambiental, responde pelo dano causado ao meio ambiente “independentemente da existência de culpa”. Ora, isso significa que não só fica afastada a necessidade de demonstração da culpa ou dolo do agente (público) no desempenho da função pública como também não se cogita da excludente de responsabilidade por culpas outras, como a da própria vítima ou de terceiro, que tecnicamente constituiriam fatores de quebra do nexo de causalidade. A culpa é elemento desimportante na fixação da responsabilização do causador do dano ambiental.⁵

Esse regime de responsabilidade civil objetiva é definido pela teoria do risco integral e recebe plena admissão pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Quando o Estado, porém, é responsabilizado de forma indireta, como quando licencia indevidamente empreendimento poluidor, o STJ aplica a responsabilidade objetiva por solidariedade (art. 942 do Código Civil), mas com execução subsidiária, de modo a determinar a preferência da execução contra o causador direto do dano ambiental. De outro lado, também aqui se aplica a responsabilidade civil do Estado por omissão, como quando se verifica o dever do ente público de impedir o evento danoso ao meio ambiente, especialmente no manejo do poder de polícia ambiental.⁶

⁵ É importante salientar que, mais recentemente, o STJ vem ressaltando que a responsabilidade ambiental não pode ser reconhecida sem que fique demonstrado o nexo de causalidade com a atividade poluidora.

⁶ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. OMISSÃO DO ENTE FEDERADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O Tribunal de origem, ao reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado por danos ambientais, em razão de conduta omissiva do ente público, alinhou-se à jurisprudência deste sodalício, que se firmou no sentido de que “A legitimidade por dano ambiental alcança, imediatamente, aquele que, por ação ou omissão, causou ou permitiu que fosse causado dano ao patrimônio ambiental. Essa responsabilidade de quem assim procede se define da maneira mais objetiva possível, mediante a simples resposta à pergunta ‘quem causou’, ‘quem provocou’ ou ‘quem permitiu que o dano ocorresse’” (AgRg no AREsp 796.146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25/8/2017). 2. Agravo interno não provido.

Segundo a doutrina do Direito Ambiental, esse regime agravado de responsabilização civil foi recepcionado pelo texto constitucional a partir da redação do art. 225, § 3º.⁷ Contudo, de sua leitura, não se depreende imediatamente o acolhimento de tal forma de responsabilização. A construção interpretativa que foi feita prende-se ao termo infrator, utilizada no dispositivo constitucional para a aplicação de sanções penais e administrativas, o que indicaria, nesse caso, um ato ilícito caracterizado pela conduta culposa, afastada essa conduta para a reparação dos danos, na fórmula empregada no final do dispositivo (“independentemente”).⁸

Não deixa de ser curioso observar que a mesma fórmula utilizada pelo legislador de 1981 foi empregada pelo constituinte na fixação da responsabilidade civil por dano nuclear, conforme art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, na redação dada pela EC 49/2006. E isso porque a legislação que ainda serve para regulamentar esse dispositivo, a arcaica Lei nº 6453/77, se aproxima da teoria do risco integral, reforçando os vínculos de responsabilização, mas não a abraça de todo, na medida em que ainda admite excludentes de responsabilidade em seu art. 8º, como em caso de guerra civil, ataque estrangeiro ou excepcional fato da natureza. A utilização desse conceito jurídico indeterminado causaria controvérsias se o acidente que ocorreu na cidade japonesa de Fukushima⁹ tivesse lugar em Angra dos Reis, já que, aceitando-se as excludentes legais, seria forçoso discutir se um tsunami no Brasil seria um excepcional fato da natureza, afastando a responsabilidade da União Federal, o que provavelmente não receberia a mesma interpretação no Japão, país que se situa sobre falhas geológicas e sofre constantes efeitos de abalos sísmicos.¹⁰

(AgInt no REsp nº 1.205.174/PR, relator ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 1/10/2020.)

7 Art. 225, § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

8 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 233.

9 A central nuclear de Fukushima foi atingida por um tsunami em março de 2011, causando o derretimento de três dos seis reatores nucleares da usina.

10 Em janeiro de 2018, a Suprema Corte Chilena confirmou condenação do Estado do Chile por cancelamento de alerta de tsunami sem bases científicas em fevereiro de 2010, determinando que a população

Por tudo isso, parece efetivamente mais protetivo ao meio ambiente e aos seres humanos que poderão vir a sofrer danos que atinjam o meio ambiente o acolhimento da teoria do risco integral, como efetuado pela jurisprudência do STJ, em virtude da magnitude dos riscos envolvidos nas questões ambientais, marcadas pela dificuldade inerente de reparação integral.¹¹ Resta, porém, saber se o Supremo Tribunal Federal irá acolher essa recepção, estabelecendo a admissibilidade de uma teoria que reforça de tal maneira os laços entre a atividade de risco e os danos causados, de modo a, quem sabe, impedir que futura intervenção do legislador altere o regramento do art. 14, § 1º, da Lei nº 6938/81 para admitir excludentes de responsabilidade, da mesma forma que se admite na teoria do risco administrativo, sob o prisma da vedação do retrocesso socioambiental.¹²

Vale acrescentar, ainda, que a redação do dispositivo da Lei nº 6938/81 protege também o particular, pessoa física ou jurídica, que venha a sofrer prejuízos de qualquer natureza decorrentes do dano ambiental, de modo que, nesse caso, o fundamento da responsabilidade civil envolvendo a Administração Pública não seria aquele do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e sim o já referido art. 225, § 3º.¹³

3. O tema da responsabilidade civil do Estado por omissões despertou o interesse de inúmeras contribuições doutrinárias ao longo dos últimos anos por configurar um verdadeiro problema

retornasse às suas casas, vindo a ocorrer um óbito em razão da cessação do estado de alerta.

11 Até em função disso, o STF definiu como imprescritível o dano ambiental.

12 Princípio expressamente reconhecido pelo STF na ADI 4717, em abril de 2018.

13 Os temas ambiental e social podem embrincar-se, como bem demonstra recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO AMBIENTAL. RISCO DE DESLIZAMENTOS EM ENCOSTAS HABITADAS. RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA DEGRADADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. Este Superior Tribunal tem asseverado que, nas demandas que objetivam a reparação e a prevenção de danos ambientais causados por deslizamentos de terra em encostas habitadas, a responsabilidade dos entes federativos é solidária.

2. Nada obstante o reconhecimento de que é dever do município regularizar a ocupação e o uso do solo, observa-se que, na hipótese vertente, restou demonstrado que a condenação imposta pela instância ordinária apresenta, também, o intuito de proteção ambiental e de prevenção de desastres ecológicos, motivo pelo qual há que se reconhecer a possibilidade de condenação solidária do Estado do Rio de Janeiro no cumprimento das obrigações de fazer estabelecidas no acórdão recorrido.

3. Agravo interno não provido. (AglInt no REsp nº 1.573.564/RJ, relator ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/2/2021.)

hermenêutico, situado no vértice de três grandes ramos do Direito: o Direito Civil, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. O que se pretende demonstrar aqui é que o dispositivo constitucional estabelecido no art. 37, § 6º da Constituição Federal, não tem mais – nem deveria continuar a ter – a leitura interpretativa da época da promulgação da Constituição de 1988, estabelecida meses depois daquela anterior tragédia petropolitana. Se a demonstração da mudança de interpretação parece evidente, diante da atual jurisprudência do STF, os fatores que levaram à tal mudança não estão de todo aparentes, e aqui tentaremos estabelecer uma explicação para essa mutação.

Ao longo dos anos, formaram-se três correntes sobre o tema: a corrente subjetivista, que entendia que a responsabilidade civil da Administração Pública por omissão exigia a demonstração da culpa, ainda que anônima; a corrente intermediária, que distinguia a omissão própria, em que havia um dever de agir por parte da Administração Pública, e então a responsabilidade por omissão era objetiva, e a omissão, imprópria, em que o dever de agir era meramente genérico, não se configurando a responsabilização; e a corrente objetivista, que pregava um regime uniforme de responsabilidade para ações e omissões.¹⁴ Ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, prevalecia a teoria subjetivista, capitaneada, entre outros, por Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustentava que causa de um dano só podia ser uma ação, enquanto a omissão era mera condição para um evento, de modo que as omissões não se enquadravam no dispositivo constitucional como causa de dano. Por sua vez, a teoria objetivista, sustentada, entre outros, por Gustavo Tepedino, afirmava que o intérprete constitucional não poderia distinguir o tratamento das ações e omissões quando o constituinte não o fizera,¹⁵ e foi a que terminou por prevalecer no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como estabeleceu o Plenário em março de 2016, ao apreciar

14 NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de, A Resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, nº 223, jul.-set. 2019.

15 TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 191. Ver as notas de rodapé 22 e 23 para a evolução do tema na doutrina e na jurisprudência.

o Recurso Extraordinário nº 841.526/RS, fixando o tema 592 de repercussão geral: “*Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento.*”

Para melhor compreensão do que foi estabelecido, vejamos a ementa do julgado:

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o poder público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

Pela leitura do voto do ministro relator Luiz Fux, verifica-se a referência a anteriores acórdãos daquela corte no mesmo sentido (de 2010, 2012 e 2013), mas o fato é que, na década anterior, havia uma divisão firme entre as duas turmas, tanto que, no ano anterior ao citado julgamento, em 2015, afirmava a professora Odete Medauar que “reina certa nebulosidade na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à responsabilidade por omissão.”¹⁶

Quanto ao dever legal de agir, podemos dizer que o aresto foi tímido em reconhecer as possibilidade de configuração da responsabilidade por omissão apenas por dever legal, parecendo correto dizer que tal dever específico de agir surgirá quando a lei fixa termo ou preveja fato que exija imediata ação estatal (limpeza de bueiros em épocas chuvosas); haja ciência inequívoca de que a administração deve agir (notificação do poder público sobre árvore que ameaça cair, ou sobre má conservação de ponte); circunstâncias propiciadas pelo Estado em que o nexo de causalidade surge pelo desequilíbrio dos encargos (guarda de explosivos ou de animais enfermos). O STF acabou por caminhar no sentido dessa expansão nos anos seguintes, pois, em março de 2020, fixou nova tese de repercussão geral no tema 366: “**Para**

¹⁶ *Direito Administrativo Moderno*, 19ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 433.

que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais, ou quando for de conhecimento do Poder Público eventuais irregularidades praticadas pelo particular.”

Desse modo, em lugar de apegar-se à teoria da culpa anônima para casos de dever genérico, implicando uma dualidade de teorias para a omissão, como pretendia a corrente intermediária, melhor ficou a questão ao prender-se a jurisprudência à questão do dano específico no caso concreto, até porque a teoria da culpa anônima constitui fase intermediária de evolução da teoria da culpa para a teoria do risco.¹⁷ A mesma evolução jurisprudencial se deu na definição do tema 362, em setembro de 2020, quando o STF decidiu que a simples fuga de detento não implica responsabilidade do Estado por crime por ele praticado se a conduta ocorre após a consolidação dessa fuga, afastando o nexo de causalidade.

Portanto, o conjunto de decisões permite concluir que haverá dever de indenizar por parte do Estado quando houver: a) dano; b) dever de agir por parte do Estado; c) conduta omissiva; d) nexo de causalidade. Admite-se o rompimento do nexo de causalidade pela conduta de terceiros, da própria vítima ou por força maior, como consagrado na teoria do risco administrativo, ressaltando-se a possibilidade de somatório de causas.

4. Antes de passar à aplicabilidade prática desse entendimento jurisprudencial, é preciso compreender o que de fato ocorreu nessa uniformização de compreensão, tendo por objeto a construção normativa que se deu a partir do dispositivo constitucional analisado. Ao examinar historicamente a forma como o constituinte originário construiu o dispositivo do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, percebe-se que o texto normativo não difere muito daquele previsto também no art. 194 da Constitui-

¹⁷ O que não significa a completa ausência de hipóteses de responsabilização da Administração Pública por culpa, como ocorre no caso de imputação de erro médico, e não mera falha do sistema de saúde, ou em casos de responsabilidade contratual subsidiária ou solidária.

ção de 1946,¹⁸ nos art. 105 da Carta de 1967 e art. 107 com a EC n° 1/69, todos reconhecidamente configuradores da teoria do risco administrativo, estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado. A grande novidade estabelecida pelo constituinte de 1988 residia, é consenso, na previsão da extensão da responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Para entender o processo construtivo efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, é preciso reconhecer que, historicamente, o tema da responsabilidade civil do Estado tem sido resolvido a partir da utilização do denominado argumento “*a contrario*”. O professor da Universidade de Gênova Riccardo Guastini explica que o uso dessa argumentação permite chegar a duas posições opostas:¹⁹ ou o legislador (constituinte, no nosso caso) não deixou qualquer lacuna, pois quis implicitamente o contrário do que não foi explicitado, ou ele de fato deixou o tema sob uma lacuna, e o argumento serve para explicitar tal situação, devendo o intérprete procurar meios de sua colmatação. Um exame apurado dos textos legais e constitucionais, desde o art. 15 do Código Civil de 1916, irá demonstrar que jamais houve redação explícita sobre a presença ou ausência da culpa na responsabilização do Estado.

De fato, além da questão mencionada sobre as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, a grande diferença redacional entre o art. 194 da Constituição de 1946 e o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 está na divisão dos enunciados normativos, em que a questão do regresso contra o servidor público por culpa ou dolo consta do parágrafo único do dispositivo da primeira Constituição. Naquela época, entendeu-se, como agora, que a ausência de referência à culpa ou dolo no enunciado que tratava da responsabilidade do Estado implicava na absorção da teoria do risco administrativo. Assim, o argumento *a contrario* fora utilizado para evitar uma lacuna. Mas, no que se

18 Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

19 *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell, 7ª ed., Ciudad de México: Porrúa/UNAM, 2006, p. 28-30.

refere à omissão da Administração Pública, o uso do argumento *a contrario* se dava em sentido inverso. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entenderam que, ao tratar da causa de um dano, o constituinte não se referia a omissões, pois, fisicamente, uma omissão não gera um resultado, só uma ação pode implicar um resultado no mundo da mecânica dos corpos. Duas soluções seriam possíveis: ou o constituinte não quis tratar das omissões, e a lacuna seria preenchida com a aplicação da legislação civil, que previa na época (art. 15 do Código Civil de 1916), como prevê hoje (art. 927, *caput*, do Código Civil de 2002), a responsabilidade subjetiva como regra; ou o constituinte quis, por contrariedade, que a omissão fosse tratada de forma subjetiva, e não haveria opção legislativa que não consagrar a responsabilidade culposa.

Quaisquer que fossem as soluções então possíveis, o fato é que, se a redação dos dispositivos constitucionais continuou similar ao longo do tempo, é lícito concluir que o constituinte de 1988 quis manter a sistemática da responsabilidade civil subjetiva por omissão. Então o que ocorreu de 2016 em diante configurou verdadeira mudança informal da Constituição, processo conhecido como “mutação constitucional”. É o que aqui se sustenta e procura explicar, efetivamente em razão de duas grandes mudanças na sistemática geral do Direito: uma no Direito privado, outra no Direito público.

No âmbito do direito público, a grande transformação se deu com a Emenda Constitucional nº 19/1998, que instituiu a eficiência como princípio geral da Administração Pública. Eficiência tomada aqui como ação que conduza à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; de onde se obtenha o máximo de resultado em um programa a ser realizado, opondo-se à lentidão, descaso, negligência e omissão.²⁰ As exigências lícitas a serem feitas à Administração Pública são ampliadas extraordinariamente a partir do momento em que se consagra a necessidade de um Estado eficiente, não tolerando omissões causadoras de danos a terceiros.²¹

20 Medauar, Odete. *Op. cit.*, p. 161.

21 DROMI, Roberto. El Tránsito al Derecho Público de la Posmodernidad, estudio preliminar a ALFONSO,

No âmbito do direito privado, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil estabelece um campo vasto para o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva, a verificar-se quando definida em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, o que vem a ampliar o tema já vasto determinado pela responsabilidade civil objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor. A regra, que cada vez é menos regra, mostra que a teoria culposa enfraquece a proteção de direitos fundamentais como a vida, a saúde e a propriedade privada. Estão, pois, estabelecidos os novos contextos culturais e políticos para a mudança de entendimento sobre a solução constitucional para as omissões estatais.

5. Mutação constitucional, conceito desenvolvido no início do século XX por Georg Jellinek, consiste na modificação informal da Constituição por meio da interpretação, alterando o sentido, significado ou alcance da norma constitucional. Segundo Karl Loewenstein, esse processo de atualização do sentido da norma constitucional ocorre em todos os países que possuem Constituição escrita.²² O limite de tal atividade (que deve existir por não se tratar de reforma, submetida apenas às cláusulas pétreas) está no “texto e na vontade da lei”²³ ou no “quadro do sentido e finalidade da norma”²⁴, ou seja, na finalidade original da norma objeto de interpretação. Vejamos se a mutação discutida observou os dois limites apontados.

No caso sob exame, o dispositivo constitucional do art. 37, § 6º, da CF de 1988 consagra a teoria do risco administrativo como forma de proteger o indivíduo (ou pessoa jurídica) que so-

Luciano Parejo. *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 68: “La eficiencia es también un principio jurídico del que surge para la Administración un *deber positivo de actuación* conforme a las exigencias públicas. Es un bien o interés jurídico que reviste calidad de valor, por lo que debe garantizarse su existencia y la capacidad de cumplirlo o alcanzarlo; porque traduce un mandato vinculante para la Administración a propósito de su idoneidad para cumplir con sus fines.”

22 *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976, p. 165.

23 BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 161.

24 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 161.

fra prejuízos em razão da atuação estatal, voltada ao benefício do grupo social (repartição de encargos públicos). Ainda que todos respondam pelo prejuízo causado a uma pessoa individualizada, a futura projeção desse prejuízo sobre cada um de nós demonstra o caráter protetivo da norma. E a verdade é que a responsabilidade subjetiva por omissões já não protegia suficientemente o cidadão diante dos riscos da atividade administrativa.

Do ponto de vista léxico, o dispositivo constitucional não menciona ações, mas simples causa, daí a possibilidade que a mutação permite de inserção da distinção da causa entre atos comissivos e atos omissivos, superando a vetusta discussão sobre causa e condição, pois o Direito trata com ficções, não importando se, do ponto de vista da Física, a omissão não produza um resultado. De outro lado, não há nenhuma definição expressa de que as omissões seriam regidas pela teoria da culpa, foi justamente a sua ausência expressa no texto que levou a essa construção, como demonstrado.

De um modo geral, a doutrina reconhece que, quanto mais distante se encontra o fenômeno da interpretação/aplicação da norma, menor o vínculo que se estabelece com a *mens legislatoris*.²⁵ Mas os cuidados acima indicados são relevantes para evitar que a mutação constitucional se transforme naquilo que se poderia denominar de “manipulação constitucional”, caracterizada pelo uso da Constituição em proveito particular, mediante a prática de um ardil, artifício ou manobra retórica.²⁶

6. Mas se se trata de um fenômeno natural às Constituições escritas, se a mutação traz o benefício de atualização dos dispositivos normativos da Constituição para as novas realidades desafiadoras, se hoje não mais predomina a compreensão de que o juiz descobre o direito no texto normativo, e sim participa da criação de sentido da norma a partir desse texto e do exame dos fatos, então por que motivo o STF não admitiu ou expressou que

25 ORTEGA, Manuel Segura. *Sobre la Interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 70.

26 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2006, p. 166.

realizou tal mutação? A resposta está no fato de que todo o fenômeno da interpretação e aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário implica um problema de legitimidade democrática, especialmente delicado quando se trata do controle de constitucionalidade das leis.²⁷ De fato, não é simples admitir publicamente – extrapolando o universo dos operadores do Direito – que o Judiciário participa do processo de construção das normas, inclusive constitucionais, retirando parte do tradicional papel atribuído ao Poder Legislativo pelo princípio da separação de poderes.

Por consciência das implicações sensíveis de tal método informal de atualização constitucional é que as cortes constitucionais, quando a realizam, não explicitam a mudança de atitude ou a derivação do intérprete para novos argumentos jurídicos, ao contrário, costumam apontar para a continuidade interpretativa de todas as normas,²⁸ como aliás se viu no voto do ministro Luiz Fux antes referido. Há, pois, uma questão importante sobre a legitimidade democrática desse papel dos tribunais. Todavia, afastando uma primeira resposta negativa que intuitivamente ressalta do senso comum, podemos admitir que a mutação constitucional “silenciosa” ou “tácita” é, muitas das vezes, mais democrática que a reforma formal do texto constitucional. Tomando a referência à abertura do processo de interpretação constitucional indicado por Peter Häberle no sentido de que “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” estão envolvidos no processo de interpretação constitucional,²⁹ seria possível concluir, com Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug, que “não é apenas uma minoria, representante da sociedade, que irá deliberar sobre a mutação do texto constitucional, mas sim uma grande parcela da população.”³⁰ Em sentido similar, o professor Juarez Freitas afirma que “a reforma

27 BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e Interpretação Constitucional, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., 2007, p. 59.

28 CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid: Tecnos, 1997, p. 34.

29 HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 13.

30 *Op. cit.*, p. 163.

textual funciona como processo agressivo, de sorte que se mostra preferível deixar que o intérprete atue como o reformador por excelência, extraindo as ricas e extraordinárias possibilidades oriundas da indeterminação, **voluntária ou não**, dos conceitos e das categorias constitucionais.³¹

Todavia, essa mutação não pode ser cotidiana, como num processo. Herman Heller afirmava que toda Constituição deve ser em parte estática, em parte dinâmica, sob pena de não haver enraizamento social.³² Por sua vez, a professora portuguesa Cristina Queiroz afirma que a mutação constitucional não pode converter-se num princípio “normal” de interpretação constitucional, pois isso esvaziaria a própria força normativa da Constituição, enfraquecendo sua função de estabilidade e ordem.³³ Juarez Freitas afirma que a estabilidade, sobretudo a constitucional, afigura-se como condição para a justiça e vice-versa – o que implica confiar ao intérprete a concomitante missão de conservar e de inovar.³⁴

7. A situação vivenciada em Petrópolis corporificou duas formas essenciais de discussão sobre a responsabilidade por omissão do Estado: a enchente causada pelo transbordamento dos diversos rios que cortam a cidade, cobrindo ruas e atingindo construções situadas à margem das pistas, bem como as quedas de barreiras, afetando casas e ruas da cidade.

Parece fora de dúvida que o fator primário gerador dos inúmeros danos ocorridos na cidade de Petrópolis em razão dos eventos do dia 15/02/2022 foi o índice pluviométrico extraor-

31 A Melhor Interpretação Constitucional Versus a Única Resposta Correta, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 335, com grifo nosso.

32 *Teoria do Estado*, Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296, com grafia atualizada pelo autor: “O conhecimento do Estado e do Direito não deve esquecer nunca, certamente, o caráter dinâmico do seu objeto. Porém, menos ainda deve esquecer que só cabe falar de uma Constituição se for afirmada, não obstante a dinâmica dos processos de integração constantemente mutáveis e, neles, com um caráter relativamente estático. A Constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo mas produto, não atividade mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida. Assim como em uma melodia ‘transportada’ mudaram os ‘elementos’ e, não obstante, a melodia se considera idêntica, assim também na sucessão e na coexistência dos cooperadores que mudam vê-se como a Constituição persiste como unidade indiferençável.”

33 *Op. cit.*, p. 160.

34 *Op. cit.*, p. 336.

dinário, configurando-se como força maior (evento irresistível). Não há que se cogitar de uma atuação estatal causadora dos eventos que atingiram a cidade, daí porque sobreleva considerar-se, ao lado desse fator natural, há concorrência de causalidades, consubstanciadas em omissões estatais.

Nos casos dos rios que cortam a cidade e que necessitam de um trabalho eficiente e constante de desassoreamento para evitar que transbordem no período de verão, seria necessário demonstrar que não houve atuação estatal na realização de tal tarefa. Surge, porém, um fator complicador para o estabelecimento das responsabilidades, que é o da definição da competência, já que parte dos cursos d'água afetados são de titularidade estadual, e não municipal, como muitas vezes se imagina (art. 26, I, da CF).

Quanto à limpeza e conservação de bueiros, ou sistemas de captação das águas pluviais, não há dúvida quanto à responsabilidade do poder público municipal. A não realização do serviço de limpeza, permitindo que as chuvas se acumulem nas pistas e, com isso, invadam construções situadas às margens, é tema recorrente na jurisprudência nacional. No nosso caso, teria de restar demonstrado que foi o fator determinante para certos danos, já que toda a parte central da cidade submergiu.

O tema das quedas de barreiras também é complexo. A não aplicação da teoria do risco integral afasta a simples invocação da competência municipal para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da CF). Necessário demonstrar que havia dever de agir, com possibilidade concreta de impedir o resultado danoso.

Novamente o tema se bifurca, pois tanto pode haver queda de barreiras sobre construções irregulares, em que poderá haver contribuição da(s) vítima(s) para o resultado, como quando fica demonstrado que o solo cedeu em função da desproteção provocada pela construção irregular em área imprópria,³⁵ sem

35 Art. 182, § 2º, da Constituição Federal: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

que isso exclua, definitivamente, a possibilidade de responsabilização estatal, como pode haver queda de barreira sobre área regularmente ocupada.

Nenhuma das situações é nova na cidade de Petrópolis ou inédita na jurisprudência. Se a primeira situação é mais delicada por envolver a contribuição da vítima ou lesado para o dano e por admitir eventual visão discriminatória contra despossuídos, atribuindo-lhes desde sempre as causas de seus infortúnios, a segunda é de mais fácil caracterização, como ocorre quando o poder público é notificado sobre iminência de queda de pedra, ou sobre outras construções irregulares ou depósito irregular de lixo à montante das construções regulares, e sua inércia permite que os danos se avolumem em razão das fortes chuvas. O descumprimento do poder de polícia em situações de possibilidade de agir implica a responsabilidade do poder público municipal.

Mais uma vez, é preciso lembrar que o caso concreto irá fornecer os detalhes fáticos para a solução justa do problema, evitando-se apego a visões simplistas e definitivas, na medida em que é possível ao Estado comprovar a excludente de responsabilidade.

E, já que estamos a tratar de omissões do Estado, não custa lembrar que o panorama de descontrole na ocupação de encostas em Petrópolis e em várias regiões metropolitanas do Brasil se deve também a uma inicial omissão legislativa, eis que o tema do parcelamento do solo urbano só veio a ser regulamentado no Brasil através do DL 58/1937, que não conferia aos municípios instrumentos para frear os loteamentos irregulares nem previa punições aos loteamentos clandestinos, situação que perdurou até a edição tardia do DL 271/67, quando o país já enfrentava longo período de êxodo rural, sobretudo após a industrialização promovida nos anos 1950. Somente em 1979 foi editada a Lei nº 6766, que atualmente regula o controle do parcelamento do solo urbano, configurando atraso crucial para o problema atual.³⁶ É verdade que Petrópolis sofreu esse fenômeno um pouco mais tarde, segundo se diz até com a cumplicidade, quando não o estí-

36 LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 186-190.

mulo do poder público, especialmente quando se tem em mente as vedações de parcelamento em áreas sujeitas a inundações, terrenos com declividade superior a 30%, terrenos com condições geológicas desfavoráveis e em áreas de preservação ecológica (art. 3º, parágrafo único).

Assim, Petrópolis tem o dever de pautar a ocupação do solo urbano em conformidade com suas peculiaridades históricas e geográficas, tal como determina o art. 182, § 2º, da Constituição Federal. O poder de polícia não pode se limitar à aprovação do projeto de loteamento, mas deve acompanhar a sua execução.³⁷ A lei confere instrumentos para o município promover a regularização do loteamento (arts. 38 e 40), com embargo de novos loteamentos para evitar maiores prejuízos, além da possibilidade de promover demolições. A instituição de zonas habitacionais de interesse social facilitaria a regularização de loteamentos antigos e permitiria novos para combater o *déficit* de moradia popular. Contudo, há de se reconhecer que os loteamentos clandestinos muitas vezes fogem a tais instrumentos ao serem realizados por preços módicos e pagamentos à vista (fora o fato de muitas vezes envolver organizações criminosas, ou se utilizar de terrenos invadidos). A conclusão é uma insuficiência crônica da legislação para lidar com os modernos problemas da ocupação desordenada do solo urbano.

Há que registrar que existe todo um dever estatal de desenvolver políticas públicas que protejam o direito fundamental de moradia, com política habitacional (SFH) e facilitação de mecanismos de garantia de moradia (aluguel), aí incluídos Estados e União Federal como responsáveis pela sua implementação,³⁸ outro tema em que estamos bastante atrasados.

À omissão legislativa pode também ser adicionada eventual omissão jurisdicional (essa, inclusive, pela violação da razoável

37 O desembargador gaúcho Rogério Gesta Leal sustenta que, na situação de tomar conhecimento de vendas irregulares, o município deveria opor-se pela via administrativa ou judicial. Sobre a propaganda de alienação de lotes irregulares, ele sugere a contrapropaganda, para evitar que terceiros de boa-fé sejam lesados.

38 Sobre o tema, confira-se SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação*: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, capítulo 9.

duração do processo – art. 5º, inciso LXXVIII, da CF).³⁹ De fato, em situações de imposição da necessidade de obras públicas, da retirada de moradores de áreas de risco ou outras obrigações relacionadas à proteção ambiental, seria possível que o Estado viesse a ser *responsabilizado* pela demora na prestação jurisdicional.⁴⁰

8. Vistas tais possíveis situações de omissão do poder público na atuação para evitar danos a particulares, ou ao menos minorar os efeitos dos danos causados pelas fortes chuvas, resta concluir no sentido da aprovação da mutação constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, por entendermos que as mudanças operadas no sistema jurídico de direito público (princípio da eficiência) e no sistema de direito privado (ampla aplicação da responsabilidade objetiva), desde a edição da Constituição de 1988, determinavam uma revisão do sentido construído ao longo de mais de 50 anos da teoria do risco administrativo, para permitir que também as omissões administrativas fossem reguladas pelo sistema da responsabilidade independente de culpa, embora admitindo excludentes de responsabilidade.

Tal atualização do sentido constitucional da responsabilidade do Estado teve suporte na realidade enfrentada no país e ateve-se aos métodos legítimos de atualização da Constituição Federal, sem desbordar dos limites que a doutrina propõe para tal tarefa, mostrando-se legítima por ser resultado da longa maturação dos julgados e da sensível modificação das posições da doutrina sobre o tema, que caminhavam no sentido da objetivação. Nesse sentido, vale lembrar a importante observação formulada pelo professor Jacques Chevalier acerca do papel da interpretação na legitimidade do Estado de Direito:

³⁹ O princípio da eficiência vem especialmente previsto no art. 8º do CPC. Apesar da resistência judicial (comprovando o caráter de construção da norma jurídica retirada do dispositivo constitucional), a doutrina admite a aplicação da responsabilidade objetiva também aos demais poderes no exercício de suas funções características.

⁴⁰ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 430: “Não é o ativismo judicial, mas a morosidade do aparelho judicial, a causa de graves danos à sociedade. A estrutura do Poder Judiciário passará a receber mais atenção e investimentos no dia em que o Estado for chamado a responder por omissão na prestação de serviços judiciais, apesar de que as indenizações terão que ser cobradas por meio do próprio Poder Judiciário.”

“Ora, a dinâmica social e política não podem ser fixadas na objetividade das formas jurídicas: os enunciados jurídicos assumem a sua verdadeira significação somente através das interpretações que lhe são dadas e dos usos concretos que lhe são dados; e lutas incessantes opõem os diferentes atores que procuram impor as suas interpretações. Destarte, o texto constitucional em si mesmo não tem eficácia, nem significação, em si, independentemente das práticas políticas concretas: produto das transações entre atores políticos, a Constituição vê o seu alcance evoluir ao bel-prazer de seus intercâmbios; como toda norma jurídica, as normas constitucionais não podem ser abordadas sem referência ao seu substrato político e às relações de força que elas contribuem a objetivar. E o Estado de Direito não pode ser confundido com o ‘reinado do direito’”⁴¹

Esperamos, assim, ter demonstrado que, por trás dos fenômenos jurídicos, há fenômenos políticos que lhes dão fundamento, e que a importância da responsabilização do Estado por omissões neste século XXI não poderia ser resolvida sem uma apreciação histórico-política da atuação do Poder Judiciário na construção do Direito, que se quer justo e eficiente. ❖

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e Interpretação Constitucional, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., 2007.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid: Tecnos, 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*, São Paulo: Saraiva, 2012.

41 *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 123.

CHEVALIER, Jacques, *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DROMI, Roberto. El Tránsito al Derecho Público de la Posmodernidad, estudio preliminar a ALFONSO, Luciano Parejo. *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003.

FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional Versus a Única Resposta Correta, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell, 7ª ed., Ciudad de México: Porrúa/UNAM, 2006.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*, Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 19ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A Resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omis-

siva do Estado, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n° 223, jul.-set. 2019.

ORTEGA, Manuel Segura. *Sobre la Interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.