
**NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE
PÚBLICO EM MEIO À PANDEMIA NO QUE TANGE ÀS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE FOMENTO**

***NEW BOUNDERIES OF THE PUBLIC AGENTS' CIVIL
RESPONSIBILITY IN THE PANDEMIC CONTEXT CONCERNING
PUBLIC FUNDING POLICIES***

GRACE LADEIRA GARBACCIO

Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Limoges/ França – reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa Stricto Sensu do Mestrado em Direito e em Administração do Instituto IDP. Professora do curso de pós-graduação lato sensu da ESPM, da FIA, FMU e da EDB.

LORENZO-MATEO BUJOSA VADELL

Doutor e mestre em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Espanha.

PAULA MENDONÇA

Doutoranda em Direito Constitucional no IDP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Assessora jurídica e advogada.

THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA

Doutoranda em Direito Constitucional no IDP. Mestre em Direito Previdenciário pela PUCSP.



RESUMO

Objetivo: Diante do cenário da pandemia que se instaurou em âmbito global, o escopo precípua deste artigo passa a ser, além de descrever os antigos e atuais contornos da responsabilidade civil do gestor público, de entender como os mesmos podem ser responsabilizados na motivação de suas escolhas, bem como em que momento isso pode/deve acontecer. As hipóteses iniciais podem ser as mais variadas oriundas de uma percepção comum.

Metodologia: A real resposta ao problema vem a partir de uma pesquisa científica, considerando a metodologia dogmática de pesquisa dedutiva e exploratória, na qual se demonstrará a construção de conceitos na legislação, na doutrina e na jurisprudência de forma concisa e estruturada

Resultado: O artigo evidenciará que a maneira pela qual se constrói a motivação das decisões dos agentes públicos é determinante no grau e na forma de sua responsabilização.

Contribuição: O artigo representa uma ferramenta teórica inovadora e de grande relevância tendo em vista o contexto de pandemia da COVID-19, explorado no debate acadêmico nacional, para entender o processo de interpretação e responsabilização dos agentes públicos. O presente estudo, por este motivo, poderá ser de grande valia para orientar a aplicação do dispositivo nesta conjuntura específica.

Palavras-chave: Responsabilização; Motivação; Política pública de fomento; Pandemia; Agente público.

ABSTRACT

Objective: Regarding the global pandemic scenario, the aim of this article is not only to describe the old and current outlines of the civil public managers' responsibilities but also understanding at which level they are responsible by their choices and legal motivations, as well as when they can be considered responsible under contemporary circumstances. Even though the initial hypothesis is the most varied from common perception, the real answer to the problem comes from scientific research.

Methodology: Considering the dogmatic methodology of deductive and exploratory research, in which the construction of concepts in legislation, doctrine, and jurisprudence.

Result: It will be demonstrated – in a concise and structured way – that the motivation of public agents' decisions is very important to determine the degree and how they will take responsibilities.



Contribution: *The article represents an innovative and highly relevant theoretical tool in view of the COVID-19 pandemic context, explored in the national academic debate, to understand the process of interpretation and accountability of public agents. The present study, therefore, may be of great value to guide the application of the device in this specific context.*

Keywords: *Responsibility; Motivation; Public funding policy; Pandemic; Public agent.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo começa com o levantamento dos principais pontos inerentes à responsabilidade civil e seu desenvolvimento ao longo do tempo, partindo de uma posição patrimonial até uma fundada no dano. Como será demonstrado, existem institutos pré-normativos que antecedem os dispositivos. Tratam-se de valores pré-normativos os quais resultarão em uma inerente junção das responsabilidades não só no Brasil, como na França, Itália e Alemanha, ordenamentos que compartilham de uma base dogmática comum.

Ocorre que, no Direito Brasileiro, não há regulamentação acerca do Estado de Emergência Administrativo, ou seja, inexiste, de forma sistematizada, um conjunto de regras, princípios e medidas administrativas voltados à resolução de conflitos em um Estado de Emergência, exatamente como aconteceu no cenário pandêmico do COVID-19.

Indubitavelmente, o nível de responsabilização civil do agente público tende a ser significativamente aumentado no Estado do Emergência e seus efeitos ainda poderão ser sentidos nos anos subsequentes à pandemia.

Assim, não obstante esse contexto instaure uma agenda de tensões, tais como: proteção sanitária x proteção à livre iniciativa; vigilância do estado x sigilo das pessoas; poder de polícia x liberdade de ir e vir do indivíduo; atividade informativa x atividade sancionatória; distanciamento social x *lockdown*; a responsabilização do agente público poderá ser questionada, a depender da postura adotada em relação às tensões e ao seu embasamento científico ou legal para tomar decisões, dentre elas, as atividades de fomento.



Estudos dos institutos processuais já apontavam, desde as críticas expostas por Pontes de Miranda, um incremento no conceito de despatrimonialização da responsabilidade civil, na qual a responsabilidade estatal, originariamente fundada no dano, passa a ser objetivamente imputada no risco. Por estes termos, quando o Estado se omite ou oferece risco à sociedade, acaba por ser responsabilizado pelo risco de lesão ao bem jurídico que se dispunha a tutelar.

Nessa senda, a hipótese inicial a ser confirmada ou refutada, com base em uma metodologia dogmática de análise de discurso e instrumental, seria se o agente público poderia/deveria ser responsabilizado civilmente pela ação ou omissão em relação à atividade de fomento num cenário pandêmico – principalmente na circunstância, onde não há como fundamentar/motivar a decisão a ser tomada em dados exatos e cientificamente comprovados.

2 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS EM DIREITO COMPARADO

A responsabilidade civil pressupõe a obrigação da restituição integral dos haveres à parte inocente pelo aquele que tenha contribuído com um evento danoso. Seus arquétipos remontam ao direito romano e aos ideais de Justiniano tendo, ulteriormente, irradiado influências para os mais diversos ordenamentos, especialmente, os do *Common Law*.

No que tange à definição do dano, o Código Civil alemão – BGB -, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Alemanha, 1980) não o define expressamente. O artigo 249, do BGB, prenuncia a imposição de restituição do bem jurídico indevidamente lesado (vida, patrimônio, saúde). Pela redação do dispositivo, restaria subentendido que a reparação pecuniária teria lugar quando impossível a restituição da coisa, ou seja, restituir o bem seria preferível à indenizá-lo.

Interessante destacar também que o código e a doutrina alemã diferenciaram as responsabilidades contratuais das não contratuais. As primeiras imporiam a presunção de culpa advinda do não cumprimento de um pacto nos seus respectivos



termos previamente estipulados (DULLIGER, 2020, p. 16). As segundas demandariam, ao menos, uma negligência ou uma falta de cuidado no exercício comunitário, fundado no pacto social das democracias ocidentais

Portanto, a redação do art. 879, do referido código germânico, acabou por estabelecer os limites fronteiriços do que ficou conhecido como delimitação entre responsabilidade contratual (*Schuld von die Vertrag*) e a extracontratual.

No que tange ao Direito Administrativo, a jurisprudência alemã vem, reiteradamente, reforçando o seu caráter extracontratual, sobretudo ao reconhecer o dever cogente de cuidados a todos os agentes públicos quando do exercício da função administrativa.

Os pronunciamentos jurisprudenciais, portanto, têm implicado na responsabilização do servidor não só em decorrência de prejuízo que tenha causado a um cidadão ou usuário do serviço público, mas também quando, do exercício desta função, acaba por limitar algum direito constitucionalmente assegurado. Ademais, os tribunais germânicos (ALEMANHA, 2019) (BAYERN, 2019) têm reforçado os conceitos racionais de delimitações claras e precisas das atribuições dos servidores, sobretudo, ao negar quaisquer excludentes de ilicitudes ou culpabilidade que não tenham sido, prévia e expressamente, normatizadas.

Portanto, o que se observa dos entendimentos firmados seria que nem a sobrecarga de trabalho, tampouco as limitações da função exercida foram aceitas como condições hábeis a excluir ou limitar a responsabilidade dos agentes públicos, quando o fato não constar de sua respectiva ficha funcional – normatizada – e não for, tempestivamente, comunicado ao superior hierárquico (ALEMANHA, 2019).

Contudo, por ter origens romanas, seus fundamentos dogmáticos encontram alicerces no ordenamento italiano. É neste que alguns conceitos elementares da responsabilidade civil como: as limitações *inter partes* dos efeitos dos contratos (*libro IV dele obbligazzioni*), excludentes de culpabilidade (art. 2044) e imputação ao tutor pela responsabilidade advinda de seu incapaz (art. 2048 c/c/ art. 249), originariamente, restaram estabelecidos, irradiando efeitos tardios para os demais ordenamentos *do Civil Law*, à luz do Código Civil italiano, de (ITÁLIA, 1942).



Quanto ao dano, especificamente, o Código Civil italiano, a exemplo do alemão, não o define, mas reafirma, em seu artigo. 2056, que o valor indenizável deveria ser o mais amplo possível, (*valutazione dei danni*) apto a acobertar não só o que se perdeu como a oportunidade que se deixou de ganhar, o dano emergente e o lucro cessante advindos da ruptura contratual – obrigação contratual – ou mesmo da conduta omissiva/comissiva negligente de outrem – obrigação extracontratual. Nestes termos, concebeu-se um dos arquétipos fundamentais mais importantes de toda a teoria da responsabilidade civil: a reparação integral do ilícito (arts. 1223, 1226 e 1227).

Ademais, sua contribuição para o ramo administrativo, é observável, sobretudo, no art. 2055 da codificação italiana, onde se estabeleceu a responsabilidade solidária de todos os agentes que tenham contribuído, em maior ou menor grau, para o evento lesivo, salvaguardando-se, contudo, o direito de regresso entre os codevedores, na cota parte divisível de sua participação. A tutela para a vítima, portanto, baseia-se não no ideal de lhe conferir os meios menos onerosos de reaver o bem usurpado. Contudo, a exemplo do modelo germânico, o código italiano não define dano.

Dentre os autores italianos, Pietro Sirena (2019, p. 545) reconhece a inegável contribuição da escola francesa para o tema da responsabilidade civil, sobretudo, no âmbito administrativo e em face do contencioso administrativo deste país. Para o autor, a contribuição franca seria observável, em especial, nos estudos de conceitos pouco estanques que demandariam um maior esforço teórico-argumentativo (p.ex. como na diferenciação entre prejuízo e dano).

Na doutrina francesa, especificamente, Keller, Weber e Chappuis (2018, p. 214) analisam o Código Civil suíço. As conclusões foram que o ordenamento daquele país, a exemplo dos demais do *Common Law* de bases romanas, imporia a responsabilidade objetiva em diversos dispositivos: como a) tutor ou curador sob tutelados e curatelados b) dos empregadores em relação aos empregados c) detentores de animais como decorrência lógica do dever de cuidado do bem semovente, o que, por definição, dispensaria qualquer análise valorativa-volitiva sobre a culpabilidade (art. 19, 321, 321b, 490) (Suíça, 1911).



Observa-se, portanto, que, similar ao inadimplemento contratual, a responsabilidade de outrem ocorre de forma objetiva pelo dever de cuidado que se espera. Em outros termos: enquanto a responsabilidade contratual se funda na frustração da expectativa gerada à parte inocente, na responsabilidade por outrem, a dispensa de qualquer análise volitiva de conduta decorre de um ônus imposto a quem teria o dever de tutela sobre os atos produzidos por um bem (ou ser) sob seus cuidados.

Complementarmente a essa perspectiva, Franz Werro (2017, p. 319-320), em análise aos dispositivos suíços, conclui que, enquanto a responsabilidade estatal seria objetiva, em vista ao rompimento do contrato social – responsabilidade contratual difusa - (WERRO, 2017, p. 45), a responsabilidade dos agentes públicos seria imprescindível à valoração de sua conduta, restando punível somente nos casos que: a) extrapolassem os limites legais ou b) a exercessem um descompasso forte em relação ao normatizado.

Observa-se, portanto, que o ordenamento suíço partilharia das mesmas bases teóricas romanas, cujos dispositivos encontram similitudes nos demais regramentos que se desenvolveram sob estereótipos dogmáticos similares. Desta feita, diversos estudos corroboram a tese de haver certa confluência de conceitos essenciais para ordenamentos que partilhassem de uma mesma origem conceitual romana.

Dentre estes estudos, Martin Hlawon e Laura Jaillet (2016, p. 1275-1280) desenvolveram uma pesquisa sobre a similitude dos ordenamentos franco-alemães na Universidade de Sarre – (*Staatsrecht von Saarlandes*). Os pesquisadores concluíram que a responsabilidade civil do servidor, em regra, demandaria da aferição de sua conduta em comparação com a perfeita delimitação prevista nos estatutos que regulamentaria a carreira (HLAWON; JAILLET, 2015, p. 361; p. 444). Tanto haveria responsabilidade deste nos casos que extrapolassem os limites legais, pré-estabelecidos, como nos casos de atitudes díspares daquilo que fora normatizado.

Deste mesmo entendimento partilha Mariève Lacroix (2012, p. 25) em análise as distinções dos conceitos da responsabilidade civil contratual e extracontratual prevista no ordenamento canadense - art. 1457, do Código Civil de Québec (CANADÁ, 2020) e, posteriormente, em nova análise dos arquétipos da responsabilidade civil



aquiliana canadense em relação ao seu par mais próximo, o direito alemão (LACROIX, 2013, p. 474). A pesquisa da autora concluiu poder-se observar, na atualidade, certa relativização da responsabilidade civil aquiliana (LACROIX, 2013, p. 453).

Haver-se-ia uma inerente proximidade entre a responsabilidade civil aquiliana e contratual em múltiplos ordenamentos, porque, ao fim e ao cabo, ambas tutelariam um dano, um ilícito, o que tornaria pouco relevante sua fonte geradora: quer seja advinda do inadimplemento contratual quer de um dever impositivo de cuidado *erga omnes*.

Como prelecionou-se na introdução, o objetivo deste artigo é adentrar em questões mais polêmicas do tema. A primeira é a da múltipla causal a que para Caio Mario da Silva Pereira já apontaria como uma das questões mais controversas na academia. Contudo, “se várias causas concorrem para o fato danoso, uma deve *in concreto*, ser a que impõe o dever de ressarcimento” (PEREIRA, 2016, p. 110). Trata-se da teoria da causalidade adequada, adotada majoritariamente, pelos maiores doutrinadores (ROSENVALD, FARIAS E BRAGA NETTO, 2016, p. 559)

Da mesma forma, Julio Alberto Díaz (1998, p. 45-50), em análise específica ao tema da corresponsabilidade, concluiu que a solidariedade seria cabível somente quando impossível identificar o agente. Em termos gerais do que foi demonstrado: considerando-se a boa-fé e o enriquecimento sem causa como valores pré-normativos, não caberia ser leniente com não indenização da vítima por mera impossibilidade de se identificar o agente causador. Nesta hipótese, e somente nesta, a solidariedade de todos seria cabível.

A questão ganha maiores relevâncias, em vista ao entendimento, recente, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, RE 327904/SP 2006) que firmou o precedente da impossibilidade de qualquer denunciação a lide nos processos que tratem de avaliação da culpabilidade do agente público, ou seja, inviabilizou-se qualquer mecanismo processual de transferência a outrem na restituição do indébito.

—Por todo o raciocínio aqui exposto, o que se observou é que ordenamentos do *civil law*, de alicerces romanos, estabeleceriam uma responsabilidade solidária aos agentes estatais, quando impossível identificar um único e fundamental causador do ilícito.



Estes contornos tradicionais, contudo, acabaram perdendo força com o recente caso no município de Brumadinho, em que duas barragens foram roídas, sobretudo a do córrego do Feijão cuja responsabilidade civil deixaria de ser alicerçada, unicamente, no dano, para abarcar questões como o risco criado (MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, 2019)

No que tange à pandemia e ulteriores responsabilizações do agente público, estudos mais recentes sobre o tópico serão demonstrados ao longo deste artigo. Pretendeu-se, contudo, inicialmente, apresentar algumas interpretações e correntes da responsabilidade civil, antes de, efetivamente, analisá-la à luz do contexto de pandemia atual.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO CRIADO E A ATIVIDADE DE FOMENTE EM MEIO AO CONTEXTO PANDÊMICO

Atualmente, parece haver certa unificação das responsabilidades aquilianas e contratuais para um eminente dever indenizatório advindo do risco. Esta tese ganhou maiores adeptos com o rompimento da barragem da empresa Vale, no município de Brumadinho.

Em obra recente intitulada “Coronavírus e Responsabilidade Civil”, Nelson Rosenvald (2020, p. 46) aponta uma nova visão do contrato, sendo visto, na atualidade, como um instrumento de alocação de riscos. Assim, instrumentos como multa moratória, multa compensatória e arras, nada mais seriam do que meios de se segurar um risco criado, similarmente ao que acontece com um contrato de seguro. Por conseguinte, todo contrato, por definição, teria um risco inerente, fator de imprevisibilidade, cujas cláusulas moratórias deveriam reduzir.

No que tange especificamente às atividades de fomento, Aline França Campos e Luciana Fernandes Berlim (2002, p. 128) expõem, expressamente, a possibilidade de se aferir ulterior responsabilidade por parte daquele que fomentou uma atividade mercantil quando desta se expor toda uma coletividade a um risco, um prejuízo tutelado *erga omnes*.



Portanto, a tese de que a responsabilidade contratual vincularia só as partes acaba perdendo espaço nesta nova pandemia, notadamente, a ulteriores prestações indenizatórias por aquele que expôs uma coletividade a um risco geral, a uma periculosidade que deveria ser observada.

Esta discussão, contudo, acaba por ser questionada diante do estado de emergência. Nesses termos, retirar um governo responsabilizando-o em plena pandemia, por exemplo, poderia resultar em um prejuízo maior. Para evitar isso, o que se observa em tese confirmável neste estudo é a possibilidade de o gestor público ser responsabilizado pela atividade de fomento, *a posteriori*, quando ela resultar num risco de lesão a um direito constitucionalmente tutelado à coletividade, mas cuja apuração, tanto no que concernir ao dano, quanto aos seus efeitos, acabar sendo diferida no tempo.

Em suma, a segurança pública não poderia ser objeto de pressão por grupos econômicos, responsabilizando-se o gestor público que o fizer, mas diferindo-se no tempo a apuração dessa responsabilidade para um momento mais estável, posterior à pandemia.

Por sua vez, a intervenção estatal na ordem econômica tem seu fundamento constitucional no artigo 173, da Carta Magna de 1988, a qual preceitua que a exploração de atividades econômicas pelo Estado é admitida para o atendimento de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

O Estado também exerce papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, restando legitimado, na forma da lei, a exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, nos termos do artigo 174, da Constituição Brasileira de 1988. Enfatiza-se o incentivo, em respeito ao recorte epistemológico do presente artigo.

O fomento é uma atividade administrativa de intervenção no domínio econômico destinada a incentivar os agentes privados, através da outorga de benefícios diferenciados, contemplando a aplicação de recursos financeiros, para a promoção do desenvolvimento econômico e social (JUSTEN FILHO, 2018).

Nota-se que a atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser concretizada por meio de intervenção indireta, em outras palavras, por indução



dos particulares a executarem atividades que alcancem os interesses públicos, pela adoção de estímulos a comportamentos voluntários, por exemplo.

O fomento visa afetar as condutas dos particulares, provocando-os a adoção de comportamentos desejáveis para certos fins, preservando a autonomia na realização de escolhas, por meio de previsões normativas de benefícios. Assim, leva-se o particular a escolher voluntariamente uma conduta por meio do estabelecimento de premiações previstas em uma norma jurídica para o alcance dos fins estatais (JUSTEN FILHO, 2018).

Os instrumentos para engajar os agentes econômicos podem contemplar benefícios financeiros ou não financeiros. Como financeiros, pode-se exemplificar a transferência de recurso, condições aprimoradas de créditos, incentivos fiscais, dentre outras ferramentas de incentivo. Os não financeiros podem ser materializados por informações, assessorias, viabilização de infraestrutura para investimentos e, até mesmo, funções de viés honorífico.

Realça-se que o tratamento constitucional da ordem econômica se embasa na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, ambos destinados a assegurar a todos uma existência digna, conforme ditames de justiça social e fundamentação em princípios, dentre os quais, destacam-se nesta temática, a redução de desigualdades sociais e regionais, bem como a busca do pleno emprego.

Eis o fundamento constitucional da finalidade buscada pelo fomento, qual seja, o desenvolvimento econômico social, erradicação da pobreza, diminuição de desigualdades, o aumento da oferta de emprego e desenvolvimento. Portanto, erige-se em instrumento indireto de defesa e promoção de direitos fundamentais, a partir da admissão de que a pobreza e as desigualdades atentam contra a dignidade humana. (JUSTEN FILHO, 2018)

O alcance desta finalidade estatal pressupõe atividade regulatória diferenciada, ou seja, distinta da repressão de condutas indesejáveis; ao contrário, o Estado busca providências para incrementar atratividade de empreendimentos e atividades socialmente relevantes, reduzindo riscos, encargos e aumentando vantagens em casos específicos (JUSTEN FILHO, 2018)



É notório que esta função estatal, promocional ou de fomento, distingue-se das demais funções do Estado, quais sejam, o atendimento direto das necessidades públicas, serviços públicos, nem envolve os condicionamentos das atividades privadas – exercício de poder de polícia – posto que a promoção dos interesses públicos se dá de modo indireto por atuação voluntária dos agentes privados, ainda que por indução estatal.

Tal indução se dá pelo estabelecimento de contrapartidas em benefício de agentes econômicos privados, cabendo a estes realizar investimentos em locais específicos, produzir riquezas e desenvolver benesses para a comunidade. Logo, o fomento de determinadas atividades promove ganhos sociais e econômicos que compensam, por exemplo, reduções de arrecadação ou quiçá a transferência de recursos promovidas pelo Estado. (JUSTEN FILHO, 2018)

No atual estágio da Administração Pública brasileira, a conjugação de atividades administrativas de fomento com outras atuações estatais é relevante para o alcance dos fins estatais. Dessa forma, passa a existir uma real concretização dos princípios da ordem econômica e de direitos fundamentais, normas princípio, por vezes, aparentemente colidentes.

Especificamente no período de pandemia do COVID19, houve iniciativas por parte de alguns entes de federação em estabelecer medidas de fomento, cuja análise pode gerar uma resignificação da responsabilidade civil no pós-pandemia, já que nada foi expressamente delimitado pela legislação brasileira. Neste sentido, apresentar-se-á o exemplo de fomento implementado no município de São Paulo.

4 DO PLANO EMERGENCIAL DE ATIVAÇÃO ECONÔMICA NA CIDADE DE SÃO PAULO

Para o estudo da possibilidade de responsabilização civil do agente público ao realizar atividade de fomento em meio à pandemia do COVID-19, imperiosa a análise de um caso concreto, aqui selecionado o Plano Emergencial de Ativação Econômica na cidade de São Paulo – Projeto de Lei/PL nº 217, de 03 de abril de 2020.



As medidas de fomento previstas no referido plano giraram em torno de 4 (quatro) eixos estruturantes: (i) criação de incentivos tributários transitórios; (ii) flexibilização de regras para obtenção de licenças e alvarás; (iii) adoção de medidas urbanísticas para incentivar o mercado imobiliário e de construção civil – atividade intensiva em mão de obra; e (iv) abertura emergencial de vagas em programas destinados à recolocação de trabalhadores no mercado de trabalho e a assisti-los na condição de desempregados.

O projeto foi originalmente elaborado pelo Vereador José Police Neto com o objetivo de ativar um potencial de investimento privado no município de São Paulo da ordem de R\$ 11 (onze) bilhões, bem como alavancar cerca de 80 (oitenta) mil postos de trabalho.

As medidas previstas na área tributária seriam: isenção de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) para comércio e serviços no período proporcional ao fechamento, diferimento de tributos e taxas municipais por 90 (noventa) dias ou enquanto durar estado de calamidade pública, suspensão de inscrição no Cadin - Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal e na Dívida Ativa Municipal por 180 (cento e oitenta) dias, prorrogação de vigência de certidões de regularidade fiscal por 180 (cento e oitenta) dias após o término do estado de calamidade pública, isenção de Impostos de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) para quem comprar o primeiro imóvel residencial, reabertura do Programa de Parcelamento Incentivado, reforço de incentivos fiscais já existentes (IPTU, ITBI e Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN) para eixos Noroeste e Fernão Dias, redução de ISSQN para delivery, incentivo de redução do ISSQN para empresas que migrarem para tele trabalho, redução do IPTU para quem realizar adaptações para tele trabalho no próprio imóvel.

Já as medidas de ativação econômica (alvarás e licenças) seriam: autorização de atividades de baixo risco a funcionar sem alvará quando em imóvel próprio ou de terceiros consensualmente; permitir o uso de até 20% (vinte por cento) de vagas de estacionamento de shoppings para estruturas temporárias de eventos e atividades comerciais; facilitação da implantação de antenas de dados em imóveis privados para



cobertura de internet (autorização tácita se não houver resposta em 60 dias do pedido), prorrogação por 1 (um) ano de alvarás de aprovação e de execução.

No que concerne às medidas trabalhistas, autorizou-se a abertura de vagas nos programas de recolocação no mercado de trabalho e assistência social denominados respectivamente de “Operação Trabalho” e “Bolsa Trabalho”.

Quanto às medidas urbanísticas temporárias, existia a previsão de flexibilização de regras para construção de unidades residenciais (aumento da densidade e diminuição da exigência de garagens), a canalização da receita com outorga onerosa de direito de construir para obras de infraestrutura de transporte do respectivo eixo de estruturação urbana, o incremento de 60% (sessenta por cento) da taxa de ocupação em Zonas de Preservação e Desenvolvimento Sustentável para atividades não residenciais e flexibilização (adiamento, parcelamento) de pagamento da outorga onerosa de potencial construtivo.

Em que pese a interessante justificativa do PL nº 217/2020, a qual englobou minimizar o impacto econômico sobre o nível de emprego e renda buscando um caminho conciliador com o novo contexto instaurado pelo coronavírus, materializando o debate público nas categorias obreira e patronal, o projeto foi rejeitado pelo Plenário da Câmara Municipal, em 15 de julho de 2020, sem nenhuma proposta implementada.

Essa rejeição aconteceu porque, para haver aprovação da matéria o quórum seria de 3/5 (três quintos), 33 (trinta e três) votos favoráveis, e – na 1ª votação da 271ª sessão extraordinária de 15 de julho de 2020 – contou-se com 42 (quarenta e duas) manifestações. Estas: 2 (dois) sim, 2 (dois) abstenções e 38 (trinta e oito) não (CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2020).

Entender todos os motivos do arquivamento da ativação econômica demanda a visualização da sessão plenária, de 8 (oito) horas e 30 (trinta) minutos a qual está disponível no *youtube*, neste link: <https://youtu.be/l8Jhrrmhy-g>.

O Vereador Caio Miranda Carneiro do Democratas (DEM), por exemplo, não obstante reconhecer a importância de o governo apresentar propostas, ele asseverou que não se deu isonomia aos profissionais liberais, os quais tiveram um reenquadramento tributário equivocado pela prefeitura pelo Programa de Regularização Tributária (PRT) – os quais não permitiram a adesão para esses



profissionais. Ele esperava os profissionais liberais fossem enquadrados no PL. Remissão de tributos a profissionais liberais para evitar judicializações.

O Vereador Gilberto Natalini votou a favor do projeto e da emenda proposta por Caio Miranda visando a retificação da questão dos liberais. Porém salientou que não era de interesse do governo aprova-lo sem detalhar profundamente tal afirmação.

Desse modo, a partir do contexto observado e delineado nos capítulos anteriores, bem como do plano de reativação econômica do Estado de São Paulo, materializado no PL nº 217/2020, é oportuna a inevitável análise acerca da responsabilidade civil dos gestores públicos pela adoção de medidas omissivas ou opostas às orientações majoritárias das autoridades sanitárias a nível global no contexto pandêmico ocasionado pelo COVID-19, já que é a partir delas que a sociedade civil terá direitos bem tutelados ou definitivamente lesionados e ameaçados.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR EM ÉPOCA DE PANDEMIA

Para autores como Alexandre Pereira Bonna (2020, p. 424), a expressão “responsabilidade civil” deveria cambiar por “direito de danos” visando combater tanto a violação de deveres na ordem jurídica, quanto as consequências materiais oriundas de certas condutas.

Nessa senda, sendo as políticas públicas a positivação (transformação em leis) de medidas úteis ao enfrentamento de problemas públicos, localizando se tanto no campo da prevenção, quanto no da reparação, trata-se de um agir governamental, cujo o escopo é a concretização de um direito.

O referido autor destaca que, se, numa vertente, na pandemia, há a necessidade da preservação dos direitos existenciais. Em outra, a tutela dos bens patrimoniais também é importante para a preservação da dignidade humana. A



preocupação com os distintos tipos de dano e o desejo de evitá-los surge como consequência do princípio *Neminem laedere*, não lesar outrem (BONNA, 2020, p 426).

Se, numa perspectiva tradicional, não é possível falar numa responsabilidade civil sem dano, uma vez que o seu dever seria o de reparar e nada mais (FARIAS, BRAGA NETTO et ROSENVALD, 2015, p.57); num *Rule of Law* onde, constitucionalmente, o Estado assume a função de tutelar os direitos e das garantias fundamentais, visões de justiça comutativa e distributiva começam a surgir.

[...] o direito de danos não é apenas um instrumento da justiça comutativa – tendo por objeto a reposição de perdas injustamente causadas – mas também de justiça distributiva, entendida como o conjunto de exigências de colaboração que intensificam o bem estar e as oportunidades de florescimento do ser humano... Esse esquema busca garantir justiça distributiva para compensar todos que sofrem dano no curso da vida ao passo que a justiça comutativa visa apenas reparar/ compensar alguém que sofreu um dano- prejuízo de outrem, eis que acentada em viés eminentemente reparatório[...] (BONNA, 2020, p. 428-429)

Considerando que a responsabilidade civil ganhou e tem ganhado novos contornos, até diante do advento da Lei nº13.655, de 15 de abril de 2018, a qual incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, dos artigos 20 ao 30, mister faz-se repensar a responsabilidade hodierna de julgadores e gestores.

Uma novidade está na preocupação dos agentes públicos em avaliar as consequências de suas decisões. Passa a ser exigido – nas esferas administrativa, controladoria e judicial – não decidir com base unicamente em valores abstratos (como, por exemplo, princípios). O foco passa a ser a análise prática do que é feito.

No bojo da motivação decisória, devem constar necessidade e adequação – bem como consequências jurídicas e administrativas. Outro avanço é considerar as possibilidades do gestor e o que as políticas públicas sob sua responsabilidade exigem

O Decreto Regulamentar nº 9.830, de 10 de junho de 2019, veio em complementação dos art. 20 ao art. 30 da LINDB. Aqui, quanto às decisões dos



agentes públicos, exige-se que estejam bem contextualizadas e fundamentadas em jurisprudência e doutrinas.

Explica-se que decisões pautadas em valores jurídicos abstratos são as decisões conexas a normas com alto grau de abstração e indeterminação. Neste caso, a fundamentação tomará em consideração a jurisprudência e a doutrina aplicadas ao caso concreto. A ideia de Robert Alexy (1993) de, ao decidir, considerar adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito está presente nesse decreto, mas, não supre todo o raciocínio que envolve a delimitação da responsabilidade do agente público na pandemia.

Nessa senda, a Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, tratou bem da responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19.

Previu-se a responsabilidade do agente, civil e administrativamente, diante de condutas comissiva ou omissiva, com dolo ou erro grosseiro – ao enfrentar emergência de saúde pública ou efeitos econômicos e sociais oriundos da pandemia da COVID-19.

No que concerne à opinião técnica, ao adotá-la como fundamento de decidir, o gestor público só terá responsabilidade se houver indícios suficientes que permitam notar dolo ou erro grosseiro na opinião técnica – bem como se houver conluio entre os agentes para praticar o ato ilícito civil ou administrativo. A referida medida provisória também deixa claro que a responsabilização do agente necessita de dolo ou culpa.

Considerou-se erro grosseiro o equívoco carregado de obviedade e irretratabilidade, oriundo de ação ou omissão carregada de culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Porém, ter se á em conta: os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; a complexidade da matéria e as ações que profissionalmente ele exerce; as circunstâncias da incompletude de informacional; as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia e dos seus resultados, principalmente os econômicos.

A responsabilidade civil do Estado por danos está embasada no art.37, parágrafo 6º, da Constituição Federal Brasileira de 1988 e é objetiva por atos



comissivos (teoria do risco administrativo) e subjetiva por danos causados por omissão estatal, a partir da teoria da falta do serviço (MELO, 2011, p.1019).

Nesta ótica, pela análise do PL nº 217/2020, o mesmo traz em seu bojo diversas medidas tributárias, comerciais, trabalhistas, urbanísticas temporárias e econômicas (ou de reativação econômica propriamente dita. Sem descer a minúcias destas medidas, observa-se que o Estado de São Paulo, no âmbito deste projeto de lei específico, intentou uma atividade de fomento priorizando o desenvolvimento econômico, cuja não aprovação poderia ser objeto de uma discussão por uma omissão estatal, assim como sua eventual implementação também poderia o ser, a depender dos critérios utilizados em ambas opções.

Destaca-se que, por obviedade, o simples fato de uma matéria não ter sido tratada no projeto de lei em questão não significa que houve omissão estatal, acaso existem outras medidas e até mesmo projetos de lei que contemplem as questões intrinsecamente sanitárias.

Como, mesmo no campo teórico e com fundamento nas orientações existentes, seria possível afirmar, categoricamente e com a certeza necessária, que determinada conduta é adequada ou inadequada, ou mesmo omissiva diante de algo relativamente novo para a comunidade médica seria científica? É enorme a volatilidade das informações a respeito de quais são os tratamentos adequados, letalidade e outras características inerentes à pandemia provocada pelo COVID-19. Esta circunstância deve ser um fator importantíssimo na qualificação da responsabilidade civil estatal em tela. Apenas o tempo e o desenrolar dos fatos irão evidenciar o que é necessário ser mostrado.

Por fim, é salutar ressaltar a possibilidade de responsabilização estatal, acaso se verifique, posteriormente, que o agir em desacordo com as orientações esperadas, nitidamente terá proporções maiores que a de mera responsabilização individual. É factível que poderá enquadrar-se no caso de um dano moral coletivo, na medida em que a saúde e a vida (bens coletivos por excelência) de toda uma coletividade poderão ter sido prejudicadas ou ao menos colocadas em risco (LORENZETTI, 2002, p. 139-149).



7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da metodologia aqui desenvolvida, nota-se que o agente público, ao promover medidas administrativas ou quiçá positivar políticas públicas de fomento como, por exemplo, as medidas previstas no Plano Emergencial de Ativação Econômica na Cidade de São Paulo – PL nº 217/2020, tem a obrigação de estar atento à fundamentação das decisões, bem como a garantias existenciais – além dos aspectos econômicos.

Com o advento do dever de consequencialismo decisional, há que se avaliar racionalmente, com base em argumentações científicas sólidas, as consequências das medidas jurisdicionais e administrativas que são tomadas. Ademais, sendo a motivação, mesmo *se aliunde*, elemento determinante para a validade do ato administrativo, a falha em alguma delas resultaria em responsabilização do gestor público.

Tal responsabilização também estaria conexa à ideia de autores como Juarez Freitas (2015), o qual se refere ao direito fundamental à boa administração pública, correspondente à responsabilidade de observar, nas relações administrativas, a obediência aos princípios constitucionais e suas respectivas prioridades.

No PL nº217/2020, a vertente tributária, a desburocratização, o urbanismo de fomenta à construção civil e a tentativa de realocar os cidadãos no mercado de trabalho ativaria um potencial de investimento. Destaca-se que, ao fomentar a economia, não se pode olvidar de aspectos sanitários e do direito fundamental à saúde que envolve o contexto. Todas essas afirmações e ideias, necessariamente, têm o dever de estar embasadas em estudos técnicos científicos.

E caso a política pública falhe em decorrência de má atuação ou fundamentação do agente público, dever-se-ia responsabilizá-lo no momento ou próximo da ação ou *a posteriori*? Indubitavelmente em momento posterior. Primeiro porque a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, exige o devido processo administrativo com garantia de contraditório e colheita probatória. Segundo, a responsabilização de administradores/agentes públicos no curso do mandato ou



durante o exercício das funções no atual Estado de calamidade pública não seria uma medida inteligente.

Portanto, confirma-se a hipótese de que o gestor público poderá ser responsabilizado em suas ações ou omissões, ao promover um incentivo comercial num estado de pandemia – principalmente em uma circunstância na qual não há fundamentação decisória pautada em dados cientificamente comprovados.

Isso porque princípios como segurança jurídica e legítima expectativa do jurisdicionado devem ser sempre observados. Além disso, a avaliação das fundamentações dos agentes públicos demanda tempo - tanto para saber se eram as mais coerentes e acertadas, quanto para a sua própria avaliação.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, *Bürgerliches Gesetzbuch von* 18. aug. 1896. *Herausgeben von Heinrich von Sreckelsen*. Stuttgart, Reclam, 2019.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica*. In: **Derecho y razón practica**. México: Distribuciones Fontanamara, 1993.

BRASIL, Supremo Tribunal Feral (1ª Turma). Recurso Extraordinário 327904. Autor: José Afonso da Silva. Recorrente: Associação de Caridade da Santa Casa de Misericórdia de Assis. Recorrido José Santili Sobrinho. Relator: Min. Ayres Brito. 15 ago. 2016. **Diário Oficial de Justiça da União**, Brasília, DF, 09 set. 2006. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_327904_SP_15.08.2006.pdf?Signature=n3O9K99uhHOF5E%2BHULuAYNvtH0%3D&Expires=1597457261&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=20588e54c7b0a35368bf428ebf390551. Acesso em 14 ago. 2020.

BONNA, Alexandre Pereira. Direito de danos, políticas públicas e a COVID-19: a pandemia que exige um novo conceito de responsabilidade civil. In: RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison (Coord.); ROSENVALD, Nelson (Coord.); DENSA, Roberta (Coord.). **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2020. **Autos Eletrônicos do Processo Digital do Projeto de Lei 217/2020**. Disponível em:



file:///C:/Users/WorkStation/Downloads/ProcessoDigital_PL_217_2020%20(1).pdf.
Acesso em 01 mar 2021.

CANADA. **Code Civil du Québec**. Québec, Editeur officiel du Québec, 2020.

DEZAN, Sandro Lucio. O que é jusnaturalismo? Um olhar pela ótica da administração pública. **Revista de direitos fundamentais e democráticos**, [S.l.], vol. 25, n. 01, 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd>. Acesso em: 14/08/2020.

DEZAN, Sandro Lucio. **O conteúdo valorativo da norma jurídica**: a fenomenologia do direito e os valores axionáticos para uma juridicidade concretista da administração pública. 2017. Tese (Tese de Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Vitória, Vitória ES, 2017.

DIÁZ, Alberto Júlio. **Responsabilidade Coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DULLIGER, Silvia. **Bürgerliches Recht. Band Zwei. Schuldrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. Áustria, Springer-Verlag/Wien, 2020.

EHHARDT JR. Marcos Augusto de. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento de boa-fé (Tese de Doutorado em Direito)**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

EHHARDT JR. Marcos Augusto de. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento de boa-fé**. 2. ed. São Paulo, Fórum, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA CAMPOS; Aline. BERLINI, Luciana Fernandes. Tomada de Decisão apoiada: a responsabilidade civil do apoiador e do apoiado empresário. In: **Responsabilidade Civil: novos Riscos**. São Paulo: Foco, 2020.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**, v.35.1, jan/jun. 2015, p. 195-217.

HLAWON, Martin. JAILLET, Laura. **Staatsrecht in Grundzügen. Staatsecht in Grundzügen/ Droit constitutionnel. Sarre, Deutschland. Étude Juridique Franco-Allemand**, v. 12, n. 2., 2016. Disponível em: <http://www.cjfa.eu>. Acesso em: 14/08/2018.

ITALIA, 2020. *Codice Civile. Regio Decreto de 16 mar. 1942*. Roma, addi' 16 marzo 1942. **Diario ufficiale del Italia**. Disponibile em: <https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>. Acesso em 24. 02. 2021.



JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso e Direito Administrativo**. [livro eletrônico] 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

KELLER, Alfred. WEBER, Stephan, CHAPPUIS, GUY. **Dispositions de responsabilité civile**. 14. ed. Berna, Ausgerecht: Stämpflis Editions S.A, 2018.

LACROIX, Mariève. *Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle : L'illicéité à la faute simples au regard de l'article '457 Code Civil de Québec*. [S.I.], **Revue Juridique Thémis**, v. 46, n. 1, p. 39-54, 2012. Disponível em: <https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4837-le-fait-generateur-de-responsabilite-civile-extracontractuelle-personnelle-continuum-de-lrilliceite-a-la-faute-simple-au-regard-de-lrarticle-1457-c-c-q-.html>. Acesso em: 14/08/2020.

LACROIX, Mariève. *La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germanique, canadien et Québécois*. **McGill law journal - Revue de droit de McGill**. Montréal, vol. 52, n. 02, p. 425-474, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luís. O Direito e o Desenvolvimento Sustentável - Teoria Geral do Dano Ambiental Moral, in: **Revista de Direito Ambiental**. v. 07, nº 28, São Paulo: RT, out/dez 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAS. **RECOMENDAÇÃO Nº 11/2019**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA96938453C016940F59C8F41C>. Acesso em: 23 jul. 2019.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Projeto de Lei Municipal nº 217**, de 3 de abril de 2020. Autoria dos Deputados José Police Neto e Fernando Holiday. Institui o Plano Emergencial de Ativação Econômica na Cidade de São Paulo.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2018.

OLICE NETO, José. **Plano de ativação econômica passa na CCJ e avança na Câmara**. Disponível em: <https://www.policeneto.com.br/plano-de-ativacao-economica-passa-na-ccj-e-avanca-na-camara/> Acesso em: 10/09/2020.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Rêgo; DENSA, Robera. **Corona vírus e Responsabilidade contratuais e extracontratuais**. São Paulo, Foco, 2020



PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2018.

SIRENA, Pietro. **Il concetto di danno**. *Rassegna di diritto civile*, Napoli, n. 2, p 453-565, 2019.

SUIÇA, Loi *Fédérale complétant de Code Civil Suisse de 30 mars de 1911*. **Journal de L'Assemblée Fédérale de la Confédération Suisse**, Genève, 10 décembre 1907. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr#a321a;. Acesso em: 22. 02. 2021.

WERRO, Franz. **La responsabilité civile**. 3. ed. Berna: Stämpflis Editions S.A, 2017.

