



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD**

Geny Helena Fernandes Barroso

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO
MEIO AMBIENTE E A APLICAÇÃO DA TEORIA
DO RISCO INTEGRAL**

**Brasília
2005**

Geny Helena Fernandes Barroso

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO
MEIO AMBIENTE E A APLICAÇÃO DA TEORIA
DO RISCO INTEGRAL**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão do Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu*, na área de Direito
Ambiental.

Orientador: Ministro José Augusto Delgado

**Brasília
2005**

Geny Helena Fernandes Barroso

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO
MEIO AMBIENTE E A APLICAÇÃO DA TEORIA
DO RISCO INTEGRAL**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão do Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu*, na área de Direito
Ambiental.

Orientador: Ministro José Delgado

Brasília, 14 de novembro de 2005.

BANCA EXAMINADORA

Professora Any Ávila Assunção

Professora Tânia Cristina da Silva Cruz

Professor Fernando Dussi

A Terra não pertence ao homem; o homem pertence à Terra. Isto sabemos: todas as coisas estão ligadas, como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo.

O que ocorre com a terra recairá sobre os filhos da terra. O homem não teceu o tecido da vida: ele é simplesmente um de seus fios. Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo.

***Carta do Chefe Indígena Seattle
(1854) ao Presidente dos Estados
Unidos***

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação da Teoria do Risco Integral para a responsabilização civil de atividades causadoras de danos ao meio ambiente. Para sua realização foi consultada bibliografia nacional e estrangeira, consubstanciada em obras doutrinárias, artigos de periódicos, textos legais, material disponibilizado na internet, bem como teses e dissertações já defendidas, acerca da matéria, legislação aplicável e julgados sobre a matéria ambiental. Inicia-se com a análise da responsabilidade, verificando-se seu conceito e espécies. Na seqüência, é abordada a evolução histórica da responsabilidade civil, seus elementos, espécies e formas de excludentes de responsabilidade (caso fortuito, força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito). Em seguida, é feita breve explanação acerca da responsabilidade civil do Estado, sendo destacada a evolução da concepção de irresponsabilidade para a atual de responsabilidade objetiva. Prossegue-se com a análise da responsabilidade civil por dano ambiental, com enfoque no escopo de prevenção, punição e reparação aos danos ambientais. São apresentados os princípios que fundamentam o Direito Ambiental, a tutela constitucional do meio ambiente, a evolução histórica da responsabilização ambiental com análise do direito comparado, e a aplicação da teoria objetiva, prescindindo do elemento culpa para sua incidência. Por fim, é questionada a possibilidade de aplicação da teoria do risco integral para responsabilização civil de atividades causadoras de substancial degradação ambiental e representativas de extrema potencialidade de risco de dano, fundamentando-se a impossibilidade de conferir tratamento jurídico semelhante às demais atividades em razão das disposições dos princípios da igualdade e das responsabilidades comuns porém diferenciadas. É sugerida a aplicação da teoria do risco integral, que impossibilita a arguição das excludentes de responsabilidade, para responsabilização dos danos causados pelo uso de agrotóxicos e pelas atividades mineradora e nuclear, a fim de que sejam minimizados os danos causados por tais atividades, possibilitando que as gerações futuras encontrem recursos ambientais utilizáveis, que não tenham sido esgotados, corrompidos ou poluídos pelas gerações presentes.

Palavras-chave:

Responsabilidade civil. Dano Ambiental. Teoria do Risco Integral.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2 RESPONSABILIDADE	09
2.1 CONCEITO	09
2.2 RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE MORAL	12
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL	13
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	17
3.1 CONCEITO	17
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	19
a) Direito Romano	19
b) Direito Francês	22
c) Direito Brasileiro	25
3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	28
a) Conduta Humana	28
b) Dano	31
c) Nexo de Causalidade	35
d) A questão da Culpa como elemento da Responsabilidade Civil	36
3.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	37
a) Responsabilidade Contratual e Extracontratual	38
b) Responsabilidade Direta e Indireta	38
c) Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	39
3.5 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	42
a) Caso Fortuito e Força Maior	43
b) Fato de Terceiro	44
c) Culpa Exclusiva da Vítima	44
d) Estado de Necessidade	45
e) Legítima Defesa	47
f) Exercício Regular do Direito	47
g) Estrito Cumprimento do Dever Legal	48
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	49
4.1 CONCEITO	49
4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	49
a) Irresponsabilidade do Estado	50
b) Responsabilidade Subjetiva	51
c) Responsabilidade Objetiva	54
4.3 REPARAÇÃO DO DANO	55
4.4 DANO CAUSADO POR PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO	57
5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS	58
5.1 MEIO AMBIENTE	58
5.2 PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL	59
a) Princípio do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado	60
b) Princípio do Acesso Equitativo	61
c) Princípio do Poluidor-Pagador	61

d) Princípios da Precaução e da Prevenção	64
e) Princípio da Informação	66
f) Princípio da Participação	68
g) Princípio da Cooperação	69
h) Princípio da Igualdade Intergeracional	70
i) Princípio do Desenvolvimento Sustentável	71
5.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE	72
a) Evolução Histórica	72
b) A Constituição Federal de 1988	74
5.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE	79
a) Evolução Histórica	79
b) Direito Comparado	81
c) Responsabilidade Civil Objetiva por Danos Ambientais	85
d) Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais	91
e) Teorias que fundamentam a Responsabilidade Ambiental Objetiva	92
f) Teoria adotada pela Legislação Ambiental Brasileira	94
6 APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL	100
6.1 DANO AMBIENTAL	100
6.2 REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL	104
6.3 ATIVIDADE MINERADORA	107
a) Regime Legal da Atividade Mineradora	107
b) Dano Ambiental decorrente da Atividade Mineradora	112
6.4 AGROTÓXICOS	114
a) Tratamento Jurídico dados aos Agrotóxicos	114
b) Dano Ambiental decorrente do uso de Agrotóxicos	118
6.5 ATIVIDADE NUCLEAR	123
a) Regime Legal da Atividade Nuclear	123
b) Dano Ambiental decorrente da Atividade Nuclear	127
7 CONCLUSÃO	132
8 ANEXOS	136
ANEXO I – Recurso Especial n. 578.797/RS	136
ANEXO II – Recurso Especial n. 218.120/PR	145
ANEXO III – Recurso Especial n. 20.401/SP	148
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

1 INTRODUÇÃO

Para a reparação ou compensação pelos danos causados ao meio ambiente, o ordenamento jurídico positivo brasileiro adotou a responsabilidade objetiva, como se verifica pelo disposto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: “Art. 14. (...) § 1º: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Por meio da responsabilidade objetiva, o causador do dano – agente – independentemente da existência de culpa, deve ressarcir o prejuízo causado. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. Ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta. Como bem destacado por Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*:

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e do dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.¹

A responsabilidade civil objetiva, entretanto, será elidida quando presentes situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta e o dano causado. São as hipóteses de excludentes de responsabilidade – caso fortuito, força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito.

Uma das teorias que fundamentam a responsabilidade civil objetiva consiste na teoria do risco integral, segundo a qual a responsabilidade pela reparação de dano causado não admite qualquer excludente de responsabilidade. Basta que reste comprovado o dano, mesmo que para a sua configuração, o indivíduo tenha contribuído mediante atitude dolosa ou culposa. Ou seja, o caso fortuito, a força maior, a culpa concorrente ou mesmo exclusiva da vítima não seriam suficientes a afastar o dever de indenizar.

¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 326-327.

O dever de reparar, segundo a teoria do risco integral, independe da análise da subjetividade do agente e é fundamentado pelo só fato de existir a atividade de onde adveio o prejuízo.

Aplicando-se a teoria do risco integral às hipóteses de dano ao meio ambiente, verificar-se-ia o agente poluidor assumindo integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, não importando se o acidente ecológico foi provocado por falha humana ou técnica ou se foi obra do acaso ou de força da natureza.

Ocorre que a legislação brasileira não prevê a aplicação da teoria do risco integral aos danos causados ao meio ambiente. Entretanto, observo a possibilidade de sua aplicação a atividades causadoras de substancial degradação ambiental e, da mesma forma, representativas de extrema potencialidade de risco.

Ora, não há dúvida de que a proteção ambiental é medida de interesse coletivo. A preservação ambiental é fator essencial para, em última instância, assegurar a existência da vida, em toda a sua extensão. O direito ao meio ambiente sadio situa-se entre os interesses difusos da sociedade. Sendo eminentemente público, prevalece sobre o interesse de natureza privada.

Assim, havendo dúvida sobre a solução de um caso concreto, deve prevalecer aquela que proteja os interesses da sociedade. Não se justifica, portanto, a aplicação de uma teoria mais benéfica a atividades extremamente degradadoras do meio ambiente.

Dessa forma, busca-se verificar a possibilidade de aplicação da teoria do risco integral para responsabilização civil por danos ambientais advindos de atividades de extrema potencialidade de risco.

2 RESPONSABILIDADE

2.1 CONCEITO

O termo responsabilidade deriva do latim *responsus*, particípio passado do verbo *respondere*, que significa responder. Responsável é, assim, o que bem responde por seus atos; e responsabilidade consiste na característica de quem assim o faz. Além de responder, o verbo latino *re-pondere* significa também – e principalmente, pois esse era o sentido original – comprometer-se, garantir, assegurar. Formado de *re*, partícula reforçadora, e *pondere*, o termo remete à idéia de prometer com solenidade, ou seja, dentro do “responder” clássico não há uma resposta qualquer, conota-se uma resposta compromissada com a verdade.

Responsabilidade, portanto, traduz a noção de compromisso, de obrigação de assumir as conseqüências de determinada atividade, significando a segurança ou garantia de restituição ou compensação. Por sua vez, tal verbo latino teve raízes na palavra *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Diz-se, assim que responsabilidade, e todos os seus vocábulos cognatos, exprimem idéia de responder de forma compromissada por algo; concepção de equivalência de contraprestação, de compensação, de correspondência.

Não obstante a consagrada concepção de compensação, não é simples a tarefa de conceituar responsabilidade. Segundo Aguiar Dias, várias são as suas significações, uma vez que toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade, dificultando a fixação de seu conceito.

Várias são, pois, as significações. Os que se fundam na doutrina do livre-arbítrio, pondera o eminente PONTES DE MIRANDA, sustentam uma acepção que repugna à ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica. Resta, rigorosamente sociológica, a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social. Os julgamentos de responsabilidade (por exemplo: a condenação do assassino ou do ladrão, do membro da família que a desonrou) são reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a relação de responsabilidade. Das relações de responsabilidade, a investigação científica chega ao conceito de personalidade. Com efeito, não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo, ou paciente.

Nesse terreno, onde as dificuldades filosóficas ameaçam, a cada passo, desviar a pesquisa para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila uma às outras. Não é possível acatar esse juízo, mas é preciso não diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas idéias.

Mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a idéia de obrigação. A noção de garantia, empregada por alguns autores, em hábil expediente para fugir às dificuldades a que os conduz seu incondicional apego à noção de culpa, como

substituta da responsabilidade, corresponde, ela também à concepção de responsabilidade.²

O autor finaliza afirmando que “a responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente. Sem dúvida, continua o agente responsável pelo procedimento. Mas a verificação desse fato não lhe acarreta obrigação nenhuma, isto é, nenhum dever, traduzido em sanção ou reposição, como substitutivo do dever de obrigação prévia, precisamente porque a cumpriu”.³

Para Sílvio de Salvo Venosa “o termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos seus filhos menores etc.”.⁴

Marton define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.⁵

O mesmo autor adverte que a resposta satisfatória à pergunta ‘por que faltaste a teu dever, praticando ou omitindo tal ato?’ se restringe a quatro pontos: a) a ausência de obrigação a cargo do agente; b) a existência de obrigação sem que o agente tenha cometido o ato incriminado; c) a prática do ato, sem envolver violação de dever; d) a prática do ato com a conseqüência, em princípio, de violação do dever, mas forrado por uma escusa legal.

Sergio Cavalieri Filho afirma que “em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”.⁶

² DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1-2.

³ *Ibidem*, p. 3.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 12-13.

⁵ G. MARTON. *Les Fondaments de La Responsabilité Civile*, apud AGUIAR DIAS, op. cit, p. 9.

⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

Pontes de Miranda vê no conceito de responsabilidade um aspecto próprio da realidade social, a partir de um processo de adaptação das relações que surgem e se desenvolvem na sociedade consolidado na sanção. Nessa perspectiva, se destaca a noção apriorística de responsabilidade, corporificada na fórmula latina *neminem laedere*, da qual adveio o princípio jurídico da proibição de ofender.⁷

Como bem salienta Serpa Lopes, a violação de um direito gera a responsabilidade em relação ao que a perpetrar. Todo ato executado ou omitido em desobediência a uma norma jurídica, contendo um preceito de proibição ou de ordem, representa uma injúria privada ou uma injúria pública conforme a natureza dos interesses afetados, se individuais ou coletivos.⁸

Magda Montenegro destaca com propriedade:

A idéia de responsabilidade conduz à de uma obrigação imposta a alguém; provém da violação a determinada regra de conduta, contratual ou legal; compreende o conjunto de sanções, de natureza variada, que recairá sobre o sujeito passivo da obrigação, ou sobre seu patrimônio, quando não entregar uma determinada prestação de modo satisfatório, ou quando causar lesão a uma pessoa ou seu patrimônio; traduz a idéia de correspondência, de equivalência de contraprestação; é um dos esteios da vida em sociedade, na medida em que busca assegurar o respeito pelos direitos de cada um. Representa, indubitavelmente, uma das primeiras concepções do direito.

A responsabilidade é corolário da liberdade, que exige que cada um suporte os efeitos de ações praticadas e que venham a invadir a esfera jurídica alheia. Cria, a um só tempo, para o agente, a obrigação de reparar um dano, patrimonial ou moral, provocado por sua conduta ou atividade; e, para o lesado, o direito à reparação.⁹

Para Cretella Júnior a responsabilidade jurídica nada mais é do que a própria figura da responsabilidade, *in genere*, transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão do sujeito de direito público ou privado que, contrariando norma objetiva, obriga o infrator a responder com sua pessoa ou bens.

Responsabilidade, portanto, em sentido amplo, consiste no dever jurídico de assumir as conseqüências de um evento violador de um direito jurídico de outrem e causador de lesão.

Revela o dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionalizada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Cláudio C. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo 53. p. 1.

⁸ LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8, p. 550-551.

⁹ MONTENEGRO, Magda. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 17.

2.2 RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE MORAL

As diferentes significações percebidas para o termo responsabilidade, como visto, suscitam questões ligadas à área do dever, da obrigação legal e da obrigação moral.

Com efeito, a responsabilidade pode resultar da violação simultânea tanto das normas morais quanto das normas jurídicas, podendo um evento ser vedado por lei moral, religiosa, costumeira e jurídica. Daí infere-se a existência de correlação entre a responsabilidade jurídica e a moral. Entretanto, determinado ato poderá ser considerado juridicamente lícito e válido, mas ser moralmente vedado. Da mesma forma, um ato moralmente considerado poderá configurar transgressão jurídica.

Maria Helena Diniz sustenta que a “transgressão à norma moral, repousa na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável perante Deus ou perante sua própria consciência, conforme seja ou não um homem de fé”.¹⁰

Segundo Aguiar Dias “seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral. Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo”.¹¹

E prossegue o autor:

Daí resulta que não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não há um prejuízo. Ocorre, aqui, a primeira distinção entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. Esta se confina – explicam Henri et Leon Mazeaud – no problema do pecado. O homem se sente moralmente responsável perante Deus ou perante sua consciência, conforme seja, ou não, um crente. Puramente objetiva, portanto, é a sua noção. Para apurar se há, ou não, responsabilidade moral, cumpre indagar do estado de alma do agente: se aí se acusa a existência do pecado, de má ação, não se pode negar a responsabilidade moral. Essa é a única investigação a proceder. Não se cogita, pois, de saber se houve ou não prejuízo, porque um simples pensamento induz essa espécie de responsabilidade, terreno que escapa ao campo do direito, destinado a assegurar a harmonia das relações entre os indivíduos, objetivo que, logicamente, não parece atingido por esse lado.

Os mesmos autores salientam a estreita afinidade entre as duas disciplinas. A regra de direito careceria de fundamento, se não se ativesse à ordem moral. O domínio desta é, sem dúvida, mais extenso que o do direito, e isto porque desembaraçado de qualquer fim utilitário, o que não acontece com o direito, cuja função é fazer prevalecer a ordem e assegurar a liberdade individual e harmonia entre os homens. Mas, restrito a essas finalidades, nem por isso o direito, como finalmente nenhuma outra matéria, pode deixar de ser expressão dos princípios definidos pela moral.¹²

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 20.

¹¹ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 4.

¹² *Ibidem*, p. 5.

Verifica-se, dessa forma, que a responsabilidade moral é mais profunda, mais ampla, imbuída de valores que remetem ao direito natural; enquanto a responsabilidade jurídica é produto do desenvolvimento humano, do direito positivado.

Mas a diferença mais relevante reside na ausência de coercitividade institucionalizada da norma moral, não havendo a utilização da forma organizada para exigir o cumprimento, uma vez que este é monopólio do Estado.¹³

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL

A responsabilidade jurídica, tendo como elemento nuclear a conduta violadora de um dever jurídico, engloba a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, de acordo com o dever jurídico atingido. Aguiar Dias salienta que isto não significa dizer que uma exclua a outra, já que não há separação estanque entre as duas disciplinas.

Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo o fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar. E não pode deixar de ser assim. Tratando-se de pena, atende-se ao princípio *nulla poena sine lege*, diante do qual só exsurge a responsabilidade penal em sendo violada a norma compendiada na lei; enquanto que a responsabilidade civil emerge do simples fato do prejuízo, que viola também o equilíbrio social, mas que não exige as mesmas medidas no sentido de restabelecê-lo, mesmo porque outra é a forma de consegui-lo. A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação.¹⁴

O mesmo entendimento é partilhado por Hely Lopes Meirelles, segundo o qual a responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização. Prossegue afirmando que como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir.

Cretella Jr. destaca que se a responsabilidade civil pretende reprimir o dano privado, restabelecendo o equilíbrio individual perturbado, a responsabilidade penal tem a finalidade de restabelecer o equilíbrio social perturbado, indagando antes da imputabilidade do agente e da antisocialidade de seu procedimento.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

¹⁴ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 10.

Mazeaud et Mazeaud, em *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, fixaram a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, sustentando que a diferença reside na distinção entre direito penal e direito civil. Não se cogita, na responsabilidade civil, de verificar se o ato que causou dano ao particular ameaça, ou não a ordem social. Tampouco importa que a pessoa compelida à reparação de um prejuízo seja, ou não moralmente responsável.

A responsabilidade penal considera o dano causado a outrem como agressão à ordem social, sendo a sanção imposta em nome de toda a coletividade, sem caráter de reparação imediata. Por outro lado, a responsabilidade civil é essencialmente privada, tendo a consequência do ilícito pouca relevância para os que não estão diretamente envolvidos. Como bem destacado por Caio Mário da Silva Pereira:

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação social gera a responsabilidade criminal.

Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a idéia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar.¹⁵

Verifica-se, dessa forma, que a responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, determinada pela violação de uma norma penal previamente estabelecida, em observância ao princípio *nulla poena sine lege*. Na responsabilidade civil não se cogita verificar se o ato que causou dano ao particular ameaça ou não a paz social. Entretanto, como bem salientado por Aguiar Dias, tal afirmação precisa ser entendida em termos hábeis, para que não pareça demasiado estreita a perfeita noção de responsabilidade civil.

Isso quer dizer que, do ponto de vista da ordem social, é infundada qualquer distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano, uma vez que todo prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social. O indivíduo é parte da sociedade e, cada vez mais, considerado em função da coletividade.

Há que se ressaltar que tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal decorrem de um fato juridicamente qualificado como ilícito, praticado em ofensa à ordem jurídica, sendo que, as duas formas, penal e civil, podem se reunir em uma mesma situação

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 15.

jurídica. No ilícito penal será imposta pena; no que se refere ao ilícito civil, serão impostas sanções civis.

Tanto é assim que uma mesma conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e à penal, caracterizando dupla ilicitude, dependente da gravidade. O motorista que, dirigindo com imprudência ou imperícia, acaba por atropelar e matar um pedestre fica sujeito à sanção penal pelo crime de homicídio culposo e, ainda, obrigado a reparar o dano aos descendentes da vítima. Em tal caso, como se vê, haverá dupla sanção: a penal, de natureza repressiva, consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, e a civil, de natureza reparatória, consubstanciada na indenização.¹⁶

Os crimes ambientais são um exemplo de ato ilícito que gera a responsabilização penal e também a civil, conforme se infere do disposto no artigo 3º da Lei n. 9.605/98.

O artigo 935 do Código Civil dispõe que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

A despeito de o diploma civil haver consagrado a independência da responsabilidade civil da responsabilidade penal, tal separação não é absoluta visto que a sentença penal de absolvição, se fundada na negativa do fato, na negativa de que o indigitado responsável foi o seu autor, ou em qualquer das excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito)¹⁷, tem eficácia absoluta no cível, trancando, aí, qualquer discussão a respeito.

Por outro lado, a sentença penal fundada em falta de prova, na circunstância de não constituir crime o fato de que resultou o dano, na de estar prescrita a condenação, enfim, em qualquer motivo peculiar à instância criminal quanto às condições de imposição de suas sanções, não exerce nenhuma influência no cível.

Assim, na apuração do ilícito, haverá intercomunicação entre as esferas cível e criminal. Nesse sentido o entendimento jurisprudencial manifestado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTES DO ESTADO. AÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DA AUTORIA E DO FATO NO JUÍZO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRECEDENTES.

1. As jurisdições cível e criminal intercomunicam-se. A segunda repercute de modo absoluto na primeira quando reconhece o fato ou a autoria. Nesse caso, a sentença

¹⁶ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 37.

¹⁷ Art. 65 do Código de Processo Penal: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal, ou no exercício regular do direito”.

condenatória criminal ou decisão concessiva de *habeas corpus* constituem títulos executórios no cível.

2. O art. 1.525 do Código Civil de 1916 impede que se debata no juízo cível, para efeito de responsabilidade civil, a ocorrência do fato e a sua autoria quando tais questões tiverem sido decididas no juízo criminal.

3. O próprio CPC confere executoriedade à sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 548, II). Assim, não se poderia, coerentemente, obrigar a vítima a aforar a ação civil dentro dos cinco anos do fato criminoso. Remanesce o ilícito civil.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que o termo inicial para a propositura da ação indenizatória, em face de ilícito penal que está sendo objeto de processo criminal, é do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou, no caso, se, reconhecidos a autoria e o fato no juízo criminal, da suspensão do processo (trânsito em julgado da decisão concessiva de *habeas corpus*).

5. Precedentes das 1ª, 2ª e 4ª Turmas desta Corte Superior.

6. Recurso provido, nos termos conclusivos do voto.

(Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp 622.117/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, unânime, DJ 31.05.2004, p. 246.)

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 CONCEITO

De Plácido e Silva, em sua obra *Vocabulário Jurídico*, conceitua responsabilidade civil como “a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outrem”.¹⁸

Pablo Stolzer, por sua vez, afirma que a noção de responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.

Com efeito, o campo da responsabilidade civil é amplo, pois não se trata de instituto jurídico exclusivo do Direito Civil, estando inserido no corpo da Teoria Geral do Direito, daí sofrer naturais adaptações conforme aplicado no Direito Público ou Privado, porém sempre mantendo a sua unidade jurídica.¹⁹ Maria Helena Diniz acrescenta ainda que por repercutir em todas as atividades humanas, múltiplos são os dissídios doutrinários e díspares são os posicionamentos dos tribunais.

Prossegue a autora afirmando que a responsabilidade civil pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal.

A responsabilidade civil restou conceituada sob diferentes enfoques, observados pelo jurista Francisco Amaral:

A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa.²⁰

De quantos tentam conceituar a responsabilidade civil, emerge a idéia dualista de um sentimento social e humano, a sujeitar o causador de um mal a reparar a lesão.²¹ Para Caio Mário a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em

¹⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 4, p. 125.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 3.

²⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 531.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 15-16.

relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Para o autor Sílvio de Salvo Venosa, a responsabilidade civil, de forma ampla, “é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *strictu sensu*”.²²

Assim se posiciona Silvio Rodrigues com relação à matéria: “A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura envolver”.²³

Inferese, da simples leitura dos diferentes conceitos apresentados, que a noção de responsabilidade civil está sempre ligada à noção de reparação de dano. Divergem os autores no que se refere aos fundamentos do instituto, alternando entre a concepção tradicional da culpa e a doutrina moderna do risco. Tal fato deve-se à constante evolução da responsabilidade civil; o instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização. Enfim, a responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito.

O verdadeiro sentido dessa evolução é a preocupação de assegurar melhor justiça distributiva, com a adaptação das instituições antigas às exigências da vida moderna. Enquanto a evolução atende às exigências permanentes da justiça, forçosamente determinará alterações periódicas no elemento de segurança das normas, a fim de acomodá-las à sociedade que se transforma. As alterações, por vezes surpreendentes, das condições de vida material, tornam indispensável a criação, diríamos melhor, a retificação das normas jurídicas. Mas há princípios que permanecem imutáveis: os que ordenam a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos; os que proíbem o dolo, a fraude e a torpeza. A idéia de responsabilidade não podia fugir a essa contingência. Sua transformação é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa se passa rapidamente às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal. [...]

O instituto há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio

²² VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 13.

²³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 4.

desfeito por ocasião do dano, considerado em cada tempo em função das condições sociais então vigentes.²⁴

Necessária se faz, portanto, a análise da evolução da responsabilidade civil.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

a) Direito Romano

A importância da responsabilidade civil assume atualmente dimensões universais. Independentemente da civilização que se investigue encontrar-se-á, invariavelmente, traços indicativos de sua existência. Nesse sentido, as palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

Não importa, pois, a filiação histórica ou a concepção ideológica. Não tem maior significação tratar-se de ‘direito escrito’, centrado na elaboração legislativa, ou de ‘direito não escrito’, elaborado na diuturnidade da construção jurisprudencial, como ocorre nos sistemas de *Common Law*. Não importa se se trata de direito constitutivo da organização capitalista, ou se daqueles de inspiração socialista. Em todos, mais minuciosamente ou mais casuisticamente, o princípio da responsabilidade civil encontra larga ressonância como fonte obrigacional, respondendo pela reparação o causador de um dano à pessoa ou aos bens de outrem.²⁵

Em que pese a sedimentação atual da responsabilidade civil junto às mais diversas civilizações, longo foi o itinerário percorrido para esta postura, não sendo demais afirmar que ainda continua em plena evolução, haja vista o caráter dinâmico da vida em sociedade, criando e vivenciando dia-a-dia novas situações fáticas a reclamarem disciplinamento jurídico, mesmo porque *ex facto oritur Jus* (do fato origina-se o Direito).

A princípio, a ocorrência de um dano escapava ao âmbito do direito, dominando a idéia de vingança privada do vitimado para com o agressor, ou seja, a justiça era feita pelas próprias mãos. Trata-se, nas palavras de Aguiar de Dias, de “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, de reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Posteriormente, esse costume consagra a idéia de devolução da ofensa, regulamentada como regra jurídica na chamada pena de talião, “olho por olho, dente por dente”, da qual se extrai a proporção entre a lesão e o castigo. Depois, evolui-se para a idéia de recomposição do patrimônio, instituída pela Lei das XII Tábuas, na qual se encontrava o seguinte critério: *si membrum rupsit ni eo pacit talio est*.

²⁴ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 18.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 13.

Caio Mário destaca que nessa fase não havia qualquer diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Evidenciou-se, porém, que tal teoria não proporcionava reparação, mas, ao contrário, resultava em duplicação do dano, o da vítima e o do seu ofensor, depois de punido; onde era um, passaram a ser dois os lesados.

Inicia-se, então, um período de composição voluntária, a critério da vítima, ainda com o fundamento de reintegração do dano sofrido. O prejudicado entra em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, “espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido”.²⁶ A vítima, ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia a título de pena, uma importância em dinheiro ou outros bens.

À composição voluntária segue-se a composição legal. O legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos, compelindo-a a aceitar a composição fixada pela autoridade. O poder público intervém no direito da vítima de retaliação, dizendo o legislador quando e em que condição ele poderia ser usado.

“Com o desenvolvimento da noção de Estado, como poder público garantidor da ordem social, chega-se a uma etapa em que a composição do dano passa a ser obrigatória, com a intervenção do Estado nos conflitos interindividuais, de modo a evitar a desordem e a salvaguardar os interesses da sociedade”.²⁷

No decorrer do tempo, com o uso da composição foram sendo fixadas as penas indenizatórias, de acordo com o dano causado.

Surgiu a necessidade de separar os delitos em públicos e privados; os primeiros eram ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem, e eram reprimidos pela autoridade; nos últimos, a autoridade apenas intervinha para fixar a composição, evitando conflitos.

Quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano. Evoluiu, assim, da justiça punitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que, indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, por que perturbavam a ordem que se empenhava em manter. Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito

²⁶ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 20.

²⁷ MONTENEGRO, Magda, op. cit., p. 20.

passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando os conflitos.²⁸

Quando a autoridade pública passa a assegurar a punição do culpado, segundo Caio Mário, o aspecto civil se dissocia do penal.

É, porém, com a *Lex Aquilia*, do Direito Romano, que são introduzidos os primeiros alicerces da reparação civil do dano em bases mais próximas à sua concepção atual. Consiste, nos dizeres de Aguiar Dias, no germe da jurisprudência clássica com relação à injúria e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, designando a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico.

A Lei Aquília, originária de um plebiscito proposto por um tribuno do povo, Lúcio Aquílio, distribuía-se em três capítulos. O primeiro tratava da morte a escravos ou animais que pastam em rebanhos. O segundo regulava a quitação por parte do *adstipulator* com prejuízo do credor estipulante. O terceiro capítulo ocupava-se do *damnum injuria datum*, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas.

Objetivava a lei aquiliana assegurar o castigo à pessoa que causasse um dano a outrem, independentemente de relação obrigacional preexistente, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes e punir o escravo que causasse algum dano ao cidadão, ou ao gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado.

Sua maior inovação foi substituir as penas fixas por indenizações proporcionais aos danos causados, de tal modo que o dano que não causava prejuízo, não dava lugar à indenização.

Magda Montenegro destaca com propriedade que a “*Lex Aquilia* atuou, inicialmente, apenas para o cidadão romano, proprietário da coisa lesada, mas foi ampliada para outros titulares de direitos reais, aos possuidores, aos peregrinos e aos casos de ferimentos em homens livres”.

Prossegue a autora afirmando que a culpa não era elemento constitutivo do delito na Lei Aquília, tendo sido gradativamente introduzida por força de interpretação, pelos jurisconsultos do período clássico e pelos pretores.

Ou seja, no Direito Romano, a responsabilidade tinha um caráter genuinamente objetivo. A indenização não consistia no elemento representativo da soma paga, e sim na

²⁸ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 21.

poena. Somente se considerava a causalidade pura e simples. Com a introdução da noção de culpa, a jurisprudência clássica isentou o agente de toda e qualquer responsabilidade quando houvesse procedido *sine culpa*. A partir daí, a culpa passou a ser considerada elemento básico da responsabilidade, sendo o dano considerado resultado de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa.

Em breve síntese verifica-se que o Direito Romano evoluiu da vingança privada ao princípio básico de que não é lícito fazer justiça com as próprias mãos, com a imposição da autoridade do Estado; evoluiu da pena como reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por instituição do elemento subjetivo de culpa, pela adoção da máxima *nulla poena sine lege*; e converteu a finalidade da pena que, de castigo, passou para obrigação de indenizar a vítima do dano. Há que se ressaltar que, nos últimos estágios de desenvolvimento do Direito Romano, não se cogitava apenas os danos materiais, mas também os danos morais.

Durante a Idade Média também houve continuidade na tarefa sistematizadora da responsabilidade civil. Por influência do Cristianismo, sobretudo dos canonistas, alicerçados nos textos romanos, buscou-se um equilíbrio entre culpa, dano e reparação, humanizando-se as relações sociais, afastando-se cada vez mais a idéia de vingança.

b) Direito Francês

O Direito Francês aperfeiçoou as idéias romanas e, generalizando o princípio aquiliano, estabeleceu os princípios gerais da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumeração dos casos de composição obrigatória. O mestre Aguiar Dias apresenta o confronto entre o direito romano e o direito francês, nos seguintes termos:

A Lei Aquília nunca pode abranger senão o prejuízo visível, material, causado a objetos exteriores, ao passo que daí em diante se protege a vítima também contra danos que, sem acarretar depreciação material, dão lugar a perdas, por impedirem ganho legítimo. A *actio doli* exigia a culpa caracterizada. No direito francês evoluído, a reparação independe da gravidade da culpa do responsável. DOMAT precisa seu pensamento ao estabelecer a categoria da culpa de que pode provir o dano: a que acarreta, a um tempo, a responsabilidade penal do agente, perante o Estado, e a responsabilidade civil, perante a vítima; a das pessoas que descumprem as obrigações, culpa contratual; e a que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência.²⁹

Com o Código Civil Francês de 1804, ou Código Napoleão, surge a distinção entre culpa delitual e contratual; a noção do direito à reparação, sempre que houvesse culpa, ainda

²⁹ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 23.

que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações), e que não se vincula nem a crime nem a delito, mas se origina da imperícia, negligência ou imprudência, assim dispendo nos artigos 1.382 e 1.383:

Art. 1.382. Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui um dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.³⁰

Art. 1.383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par son négligence ou par son imprudence.³¹

Com isso, a responsabilidade civil que nos primórdios era coletiva, independente de culpa e tinha como resposta a aplicação de dano equivalente, passa a ser pessoal, tendo como pressuposto a culpa, além de separar-se, definitivamente, da responsabilidade penal.

A legislação moderna tem o seu modelo e inspiração no Código Napoleão. Concebido pelos civilistas de maior peso na época, Domat e Pothier, a noção de culpa, independente de sua gravidade, como fundamento da responsabilidade civil inseriu-se no direito moderno, disseminando-se posteriormente para as legislações de todo o mundo.

O Código Napoleão é produto da Revolução Francesa, como expressão dos ideais de liberdade e igualdade. “Na verdade, o Código é a consagração do individualismo (o homem como centro do mundo), do liberalismo (o homem tem direito à liberdade), do voluntarismo (o homem pode se conduzir atos de disposição de autonomia privada de acordo com a sua vontade), da economia fundada na propriedade individual e, nas relações sociais, da força vinculativa dos contratos”.³²

Arnold Wald afirma que, embora inspirado no direito romano, o Código Civil francês deu ao Direito Civil uma feição própria, definindo, com clareza e precisão, as relações jurídicas entre as pessoas físicas e jurídicas, do mesmo modo que a Revolução Francesa tinha reestruturado o Estado e dado ao cidadão as garantias básicas na área do direito público que até hoje caracterizam a democracia.

A partir dos princípios apresentados pelo Direito Civil Francês, a responsabilidade civil evoluiu, baseando-se o dever de reparar o dano não somente na existência de culpa, esta denominada responsabilidade subjetiva, como também pela teoria do risco, passando aquela a

³⁰ Qualquer fato humano que causar dano a outrem fica obrigado o culpado a repará-lo.

³¹ Quem causa dano é responsável não somente pelo fato culposo, mas também por negligência ou por imprudência.

³² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro. *Revista CEJ*, n. 28, p. 5-14, jan./mar. 2005.

ser objetiva, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, independentemente da existência de culpa ou dolo do agente causador do dano.

Importa ressaltar que, até o final do Século XIX, vigia o princípio da responsabilidade civil fundada na culpa, por influência do Código Francês. Entretanto, a multiplicação dos riscos a que ficou exposta a vida do homem, em consequência das transformações científicas e tecnológica ocorridas, principalmente nas relações de trabalho, deixou patente a necessidade de dotá-lo de proteção jurídica contra a insegurança material, inspirando a adoção de medidas que oferecessem a garantia de que as eventuais vítimas não ficariam desamparadas, ainda que a origem dos danos não fosse perfeitamente identificada, ou, embora de autoria conhecida, o seu causador não tivesse agido com culpa.

Essa necessidade de dotar o homem de maior segurança material esbarrava no dogma tradicional da responsabilidade, pois o maior obstáculo que a teoria clássica apresentava era justamente a necessidade de a vítima provar a culpa do causador do dano, o que a deixava sem ressarcimento, em grande número de casos. Se, no campo da responsabilidade contratual, é relativamente fácil provar a infringência a um dever preexistente, o mesmo não ocorre no campo da responsabilidade extracontratual.

O advento da industrialização e da mecanização dos processos de fabricação colocou em evidência a perversidade do rigor lógico-formal do princípio da culpa, em matéria de responsabilidade civil.

A introdução de processos mecânicos na técnica de produção, aliada às precárias condições laborais, aumentou sobremaneira a frequência com que os acidentes de trabalho ocorriam. Os capitalistas achavam que podiam fazer como bem entendessem com as coisas que lhes pertenciam. [...] Como as máquinas representavam um investimento, e os homens não, preocupavam-se mais com o bem-estar das primeiras. Com o advento desta (da Revolução Industrial), entramos na era das máquinas e, conseqüentemente, na dos acidentes, o que trouxe consigo uma ameaça constante de dano, não já pela voluntariedade do homem, mas por sua limitação em poder controlar suas próprias invenções. E como todo fato social relevante reflete-se no Direito, houve também uma profunda mudança na concepção da responsabilidade civil.³³

Tais mudanças econômicas e sociais fizeram com que doutrina e jurisprudência tentassem, de alguma maneira, minimizar as conseqüências que este tipo de desamparo provocava em trabalhadores e outras vítimas. Dissociando inteiramente a responsabilidade da culpa, processou-se verdadeira revolução em matéria de responsabilidade civil, que passou a comportar dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado, e o pólo subjetivo, onde triunfa a culpa, girando toda a teoria da responsabilidade civil em torno desses dois pólos.

Caio Mário da Silva Pereira subscreve tal pensamento sustentando a falta de sintonia entre a Teoria Subjetiva e o desenvolvimento da sociedade, haja vista que, em vários casos, a

³³ CARVALHO, Daltro Oliveira de. *A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Caso de Suicídio de Presos sob Custódia*. Franca, 2001. Disponível em: <http://www.direitojustica.com/direito_civil/index6.html>. Acesso em 10 out. 2005. 17:30.

adoção da teoria da culpa revela-se inadequada para abranger todas as situações de reparação. Essa inadequação, segundo o autor, é verificada nos casos em que, a aferição das provas constantes nos autos, não são convincentes da existência da culpa, muito embora se admita que a vítima foi realmente lesada, e que exista supremacia econômica e organizacional dos agentes causadores do dano.

c) Direito Brasileiro

No tocante à Responsabilidade Civil, o Direito Brasileiro pré-codificado pode ser estudado em três fases distintas.

A primeira fase é fundada nas disposições constantes das Ordenações do Reino, que determinavam a aplicação subsidiária dos fundamentos do Direito Romano. A Lei da Boa Razão, Lei de 18 de agosto de 1769, prescrevia em seu art. 2º que o direito romano serviria de subsídio, nos casos omissos, não por autoridade própria, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão.

Marilise Kostelnaki Baú assim complementa:

No Brasil-Colônia, as Ordenações do Reino determinavam a obrigação de satisfação do dano, conforme comenta Valler, ao mencionar o art. 21, que tratava da obrigação do delinqüente de reparar o dano causado com o delito. O art. 22 determinava manter que a satisfação devesse ser a mais ampla possível e que, em caso de dúvida, a interpretação fosse feita em favor do ofendido. O art. 29, de sua vez, tratava da obrigação dos herdeiros do delinqüente em satisfazer o dano até o limite dos bens herdados.³⁴

O Código Criminal de 1830 introduz a segunda fase, delineando a idéia de ressarcimento. Aguiar Dias sustenta que as regras estabelecidas no Capítulo IV, Instituto da Satisfação, poderiam oferecer aos tribunais brasileiros, mesmo ainda hoje, orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil.

A Consolidação de Teixeira de Freitas e a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho marcam o início da terceira fase. Teixeira de Freitas não concordava que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade criminal. Ele observou, em seus escritos, que o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito passava a ser abordado como competência de legislação civil. Isso ocorria, segundo ele, em consequência da Lei de 3 de dezembro de 1841 ter derogado o Código Criminal, tendo revogado-lhe o art. 31 e o § 5º do art. 269 do

³⁴ BAÚ, Marilise Kostelnaki. *O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 11.

Código de Processo. Nessa fase, portanto, o instituto da responsabilidade civil se consolida como independente da responsabilidade criminal.

Sobre o assunto, Caio Mário da Silva Pereira:

Em nota ao art. 799 da Consolidação das Leis Cíveis, reporta-se à Lei de 3 de dezembro de 1841, que derogou o Código Criminal, revogando-lhe o art. 31 e o § 5º do art. 269 do Código de Processo, estabeleceu, em consequência, que a satisfação do dano causado pelo delito passou para o seu lugar próprio, que é a legislação civil. Nos arts. 800 e ss. desenvolve o instituto, do qual destacam-se algumas disposições, orientadoras da reparação do dano *ex delicto*. Cogita da responsabilidade do delinqüente (art. 789), estabelecendo a necessidade de ser pedida a indenização por via de ação cível, na qual o dano à pessoa e aos bens do ofendido será avaliada por árbitros. Estabelece a solidariedade dos co-delinqüentes. Cogita da responsabilidade indireta. Minudencia os diversos aspectos da reparação e liquidação do dano.³⁵

A Nova Consolidação de Carlos de Carvalho detidamente alude ao instituto da responsabilidade civil, que considera independente da criminal. Fundamenta a responsabilidade civil no conceito da culpa, desenvolve a doutrina da responsabilidade indireta; alude à responsabilidade em caso de desmoronamento de edifícios e construções e no de dano causado por coisas inanimadas e institui a presunção de culpa. Desenvolve o princípio da responsabilidade dos funcionários públicos, mas exime a União de responder pelos danos provenientes de erros ou abusos de empregados ou funcionários públicos, ou pelos prejuízos sofridos por particulares em tempo de perturbações intestinas ou de guerra civil. Concede ação regressiva à União e aos Estados, contra as autoridades e as partes interessadas que forem convencidas de culpa ou dolo.

Da influência dessas idéias, e particularmente do Código Civil francês, foi instituído o Código Civil Brasileiro de 1916, que adotou a teoria da responsabilidade civil subjetiva, consagrando no art. 159 a teoria da culpa, nos seguintes termos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Há que se ressaltar que antes mesmo da edição do Código Civil Brasileiro de 1916, já constava de nosso ordenamento jurídico o Decreto-lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que, em seu artigo 17, preconizava a presunção de culpa das estradas de ferro pelos danos sofridos pelos respectivos viajantes.

Não obstante a adoção da teoria subjetiva pelo Código Civil de 1916 como regra, com a imposição da culpa como fundamento para a existência da obrigação de reparar o dano,

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 15.

havia hipóteses em que a responsabilidade objetiva era admitida. Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira:

O direito civil brasileiro estabelece que o princípio geral da responsabilidade civil, em direito privado, repousa na culpa. Isto não obstante, em alguns setores, impera a teoria do risco. Assim é que a legislação sobre acidentes no trabalho é nitidamente objetiva; a que regula os transportes em geral (estradas de ferro, aeronáutica) invoca-a; mais recentemente a responsabilidade civil dos bancos marcha para a teoria do risco; responsabilidade por fato de coisas.³⁶

O Código Civil Brasileiro de 2002, conquanto repetindo, em grande parte, alguns dispositivos do código de 1916, e corrigindo a redação de outros, consagrou a responsabilidade civil subjetiva no art. 186, prevendo, inclusive, a reparação do dano exclusivamente moral, e estabelecendo a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927.³⁷ Sérgio Cavalieri, em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil*, apresenta, com muita propriedade, as modificações delineadas no Código Civil de 2002, em relação à disciplina da responsabilidade civil estabelecida no Código Civil de 1916:

Temos como certo que o Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica, tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito *stricto sensu*, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar independentemente de culpa. Devemos ainda ressaltar que o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito em seu art. 186, formulou outro conceito de ato ilícito mais abrangente, no seu art. 187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa.

Portanto, diferentemente do Código Civil de 1916, que consagrou na cláusula geral do seu art. 159 apenas a responsabilidade subjetiva (a responsabilidade objetiva era admitida casuisticamente apenas em alguns artigos para casos específicos), o Código de 2002 contém cláusulas gerais tanto para a responsabilidade subjetiva como para a objetiva, cada qual abrangendo determinadas áreas da atividade humana. A responsabilidade subjetiva continua fulcrada no ato ilícito *stricto sensu* (art. 186), com aplicação nas relações interindividuais – violação de um dever jurídico –, e o ato ilícito em sentido amplo é o fato gerador da responsabilidade objetiva e tem por campo de incidência as relações entre o indivíduo e o grupo (Estado, empresas, fornecedores de serviços, produtos, etc.).³⁸

Observa-se, por todo o exposto, a grande influência do Direito Francês e do Direito Romano no desenvolvimento da responsabilidade civil no Direito Brasileiro. Atualmente,

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 16.

³⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

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

³⁸ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 33-34.

entretanto, os juristas brasileiros demonstram a evolução do pensamento no que se refere às instituições da responsabilidade civil, revelada nos artigos doutrinários e na nova jurisprudência. Com bem destacado por Oscar Ivan Prux:

Contudo, é importante consignar que, em algumas áreas do direito, nós que sempre fomos buscar inspiração no direito alienígena, já temos, não só na jurisprudência, mas também na legislação, posições reconhecidas internacionalmente como das mais vanguardistas. Nem tanto por criar doutrinas inéditas, mas, sobretudo por inovar corajosamente na forma de aplicar e combinar as já existentes, gerando fórmulas de resolver questões que as modernas relações sociais fazem surgir a cada dia. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é um desses exemplos de norma nacional que já recebe o reconhecimento internacional por ser uma peça jurídica das mais avançadas, capaz de contribuir em nível mundial, inclusive, com importantes conceitos para a evolução da responsabilidade civil.³⁹

3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conceituada a responsabilidade civil como obrigação de reparação de danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, faz-se necessário a análise dos seus pressupostos ou elementos básicos.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 assim estabelece:

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

Da hermenêutica do referido dispositivo extraem-se os seguintes elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil: conduta humana (ação ou omissão); dano (moral ou material) e relação de causalidade entre a conduta e o dano causado.

a) Conduta Humana

Maria Helena Diniz conceitua a conduta, elemento da responsabilidade civil, como o “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.⁴⁰

A conduta consiste, portanto, no comportamento voluntário exteriorizado através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas.

³⁹ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 65.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 34.

A questão fundamental a ser ressaltada no conceito de conduta é a voluntariedade, ou seja, a liberdade de escolha do agente. Não se pode reconhecer a conduta humana como elemento da responsabilidade civil se ausente o elemento volitivo.

Não constituem conduta, portanto, os atos em que não há intervenção de vontade, os chamados atos reflexos. O mesmo correrá no caso de coação física irresistível.

É importante ressaltar, entretanto, que não se insere no contexto de voluntariedade o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo.

Em outras palavras, a voluntariedade que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão-somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na idéia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.⁴¹

A conduta humana voluntária poderá ser comissiva, exteriorizada em um comportamento positivo, ou omissiva (negativa), caracterizada pela inatividade, pela abstenção de alguma conduta devida.

A omissão, contudo, como pura atividade negativa, não pode gerar, em regra, qualquer dano. “Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir de lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo”.⁴²

A rigor, a conduta da responsabilidade civil será direta, só respondendo pelo fato aquele que lhe deu causa. É a responsabilidade por fato próprio. Entretanto, a lei dispõe acerca da responsabilidade pelo fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado de algum modo, por um dever de guarda, vigilância ou cuidado. É o que se infere do texto do artigo 932 do Código Civil Brasileiro.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 32.

⁴² FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 48.

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Há, ainda, a responsabilidade por dano causado por animais ou coisas que estavam sob a guarda de alguém. É a chamada responsabilidade por fato da coisa. O Código Civil Brasileiro, nos artigos 936 a 938, responsabiliza as pessoas neles indicadas em razão de dever de guarda, vigilância ou cuidado em relação a animais ou coisas, por omissão no cumprimento desse dever.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Por fim, há que se ressaltar, que no conceito apresentado por Maria Helena Diniz, a conduta humana voluntária causadora de dano pode ser lícita ou ilícita.

Esse, entretanto, não é o posicionamento de Caio Mário e Sílvio de Salvo Venosa, que afirmam a necessidade de o ato de vontade, no campo da responsabilidade, revestir-se de ilicitude. Sustentam que o dever de indenizar repousa justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito.

Não obstante a posição adotada pelos ilustres juristas, penso que a ilicitude não acompanha necessariamente a ação ou omissão humana para que seja configurada a responsabilidade civil.

Sérgio Cavalieri resume com propriedade a questão, afirmando a existência da responsabilidade por dano ocasionado por conduta lícita como exceção à regra geral de conduta ilícita.

Constata-se que a responsabilidade tem por campo de incidência, ressalvadas eventuais exceções, o ato ilícito civil ou penal. Seu elemento nuclear é o descumprimento de um dever jurídico por uma conduta voluntária do agente, ensejando para este, quando acarreta dano para outrem, o dever de responder pelas conseqüências jurídicas daí decorrentes. De onde se conclui que não basta, para ensejar o dever de indenizar, a prática de um ato prejudicial aos interesses de outrem; é indispensável a ilicitude – violação de dever jurídico preexistente. [...] A ilicitude reporta-se à conduta do agente, e não ao dano que dela provenha, que é o seu efeito. Sendo lícita a conduta, em princípio não haverá o que indenizar, ainda

que danosa a outrem. Há, é verdade, casos de responsabilidade por atos lícitos, mas são exceções excepcionalíssimas, que só confirmam a regra.⁴³

b) Dano

Para a configuração da responsabilidade civil é necessária a ocorrência de prejuízo, de lesão de bem jurídico, causado por conduta humana voluntária. Sem dano pode haver responsabilidade penal, responsabilidade moral, mas não haverá responsabilidade civil. “O dano, é pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva”.⁴⁴

O dano, como a subtração ou diminuição de um bem jurídico de natureza patrimonial ou moral, poderá ser proveniente de ato lícito, ilícito ou de inadimplemento contratual. Poderá, ainda, ser individual ou coletivo.

Do ponto de vista da ordem social, consideramos infundada qualquer distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano. O prejuízo imposto ao particular não afeta o equilíbrio social. É, a nosso ver, precisamente nesta preocupação, neste imperativo, que se deve situar o fundamento da responsabilidade civil. Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge em seu aspecto de violação de norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a este diz respeito. Não pode ser exata a distinção, se atentarmos em que o indivíduo é parte da sociedade; que é ele cada vez mais considerado em função da coletividade; que todas as leis estabelecem a igualdade perante a lei, fórmula de mostrar que o equilíbrio é interesse capital da sociedade.⁴⁵

Pablo Stolze sustenta que, para que o dano seja efetivamente reparável, é necessária a conjugação de alguns requisitos mínimos, quais sejam: violação de interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, efetividade, certeza e subsistência do dano. Danos hipotéticos, portanto, não serão reparados. A perda de uma oportunidade, entretanto, é considerada dano indenizável, uma vez que a perda da chance constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa.

Nesse sentido o entendimento jurisprudencial, como se verifica no julgamento do Recurso Especial n. 57.529-0, pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

⁴³ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 35.

⁴⁴ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 129.

⁴⁵ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 7.

TRANSPORTES AÉREO.

- É LIMITADA, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL, A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA, EM CASO DE EXTRAVIO DE BAGAGEM DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRANSPORTE.

- RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

MAIORIA.

(Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp 57.529/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, maioria, DJ 23.06.1997, p. 29135.)

Ao proferir o voto condutor do acórdão, o ilustre relator destacou com propriedade o seguinte:

A autora pretende a indenização pela perda da chance. O tema tem sido versado em outros países, especialmente na França, onde a doutrina, incentivada por decisões da Corte de Cassação, admite a necessidade de ser responsabilizado o autor da ação ou da omissão que causa a outrem a perda de uma oportunidade real de alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo, nas mais diversas situações jurídicas, seja no tratamento médico, na disputa judicial, na vida social, profissional ou comercial. A jurisprudência francesa registra inúmeros precedentes: perda da chance de ser laureado pela pintura não exposta a tempo por culpa do transportador; perda da chance de um proveito na bolsa por causa de execução tardia de ordem pelo agente de câmbio; perda de chance de melhoria na carreira; perda da chance de ganhar um processo por incompetência do advogado ou falta de recurso; perda da chance de obter um emprego pela liberação tardia do diploma; perda da chance de prosseguir nos trabalhos de laboratório, etc. (Starck, Roland, Bayer, *Obligations*, Litec, 1991, p. 64/65).

Mme. Viney examina e rebate as objeções opostas a esta hipótese de responsabilização: o caráter futuro do dano não se constitui em empecilho para que se admita a responsabilidade civil, sendo comum nos casos de danos contínuos, como na indenização por incapacidade física, ou por morte do obrigado a prestar alimentos, etc. A oportunidade, a chance de obter uma certa situação futura é uma realidade concreta, ainda que não o seja a real concretização dessa perspectiva; é um fato do mundo, um dado da realidade, tanto que o bilhete de loteria tem valor, o próprio seguro repousa sobre a idéia da chance. A dificuldade de sua avaliação não é maior do que avaliar o dano moral pela morte de um filho, ou o dote devido à mulher agravada em sua honra (art. 548 do CC). É preciso, porém, estabelecer linhas limitadoras: a chance deve ser real e séria; o lesado deve estar efetivamente em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro; a reparação deve necessariamente ser menor do que o valor da vantagem perdida (Viney, Geneviève, *La responsabilité, in Traité de Droit Civil*, Jacques Ghestin, LGDJ, 1982, p. 341 e seguintes).

No Brasil, já se admitiu a responsabilidade civil do advogado pela perda da chance de cliente em processo judicial:

[...]

No caso dos autos, estão reconhecidos os pressupostos de fato para o reconhecimento da responsabilidade da transportadora: houve o extravio da bagagem mencionada pela autora, que por isso deixou de participar da concorrência que se realizava naquele dia. Apenas que a eg. Câmara julgou inexistir o direito à reparação quando há somente a perda de uma chance, situação não prevista em lei.

Penso eu que tal decisão causa ofensa ao disposto no artigo 159 do C. Civil, cláusula geral que contempla inclusive a hipótese da perda de uma real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem. Não se indeniza a vantagem de quem venceria a concorrência, mas a perda real da oportunidade de concorrer, quo é um fato provado,

causador do prejuízo de não concorrer, e por isso incluído no âmbito do artigo 59 do CC, pois foi causado por culpa da transportadora.

A doutrina atual e a jurisprudência consolidaram-se na possibilidade de reparação do dano patrimonial e também do dano moral.

O dano patrimonial consiste naquele suscetível de avaliação pecuniária. Traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, mas também o futuro⁴⁶, dividindo-se, dessa forma, em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente importa em efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão da conduta omissiva ou comissiva. “A mensuração do dano emergente não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito”.⁴⁷

O lucro cessante traduz-se no que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Consiste na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode ocorrer da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima e da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

Para se aferir a configuração dos lucros cessantes, deve-se valer de um juízo de razoabilidade, indagando se aquilo que está sendo pleiteado seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se o lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não houvesse ocorrido a conduta humana voluntária causadora do dano.

Por outro lado, atingindo o dano bens da vítima de cunho personalíssimo, tais como o nome, a intimidade, a privacidade, a liberdade, a honra, haverá configuração do dano moral. O dano moral pode ser conceituado como ofensa aos direitos da personalidade, insuscetíveis de avaliação pecuniária.

Com base nesses fundamentos e à luz da Constituição Federal vigente Sérgio Cavalieri apresenta o seguinte conceito de dano moral:

Logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado de Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e

⁴⁶ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁴⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri, op. cit., p. 97.

maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começou a ser assimilado pelo Judiciário.⁴⁸

A reparabilidade do dano moral fundamenta-se no fato de que o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar-se em que sejam impunemente atingidos. Caio Mário afirma que quando se cuida de dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

No que se refere ao valor fixado a título de indenização por dano moral, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado entendimento no sentido de que não pode ser ínfimo ou abusivo, mas proporcional à dúplici função deste instituto indenizatório, anteriormente referida (reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir). Firmou-se também o entendimento de que a fixação do valor da indenização não consiste em reexame dos fatos e provas, sendo plenamente possível em sede de Recurso Especial.⁴⁹

O artigo 186 do novo Código Civil permite, expressamente, a indenização por dano, ainda que exclusivamente moral. E a Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça permite a cumulação de indenização por dano material e dano moral, oriundas de um mesmo fato.⁵⁰

Por fim, importante destacar que o dano também pode ser reflexo ou em ricochete, correspondendo ao fato de uma pessoa sofrer, por reflexo, um dano primariamente causado a outrem.

⁴⁸ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 101.

⁴⁹ REsp 183.508/RJ, REsp 341.704/RJ, REsp 196.424/RS, REsp 412.644/SP, REsp 743.591/CE.

⁵⁰ Súmula 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato.

c) Nexa de Causalidade

O nexa de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. Assim o dano, seja material ou moral, só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexa causal entre ele e o seu autor. Como diz Savatier, “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”.⁵¹

O Código Penal tem norma expressa sobre o nexa causal dispondo em seu artigo 13 que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

O simples fato de que as possibilidades de dano tenham sido acrescidas pelo fato alegado, afirma Aguiar Dias, não estabelece suficientemente a causalidade. É preciso sempre demonstrar, para intentar a ação de reparação que, sem o fato alegado, o dano não se teria produzido.

Decorrendo o dano de um fato simples, o nexa de causalidade é estabelecido de maneira direta entre a conduta e o dano. Entretanto, nas hipóteses de causalidade múltipla, com várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, há três principais teorias que buscam explicar o nexa de causalidade: teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade imediata.

A teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes ou *conditio sine qua non* estipula que existindo várias circunstâncias que poderiam ter causado o prejuízo, qualquer delas poderá ser considerada a causa eficiente, ou seja, se suprimida alguma delas, o resultado danoso não teria ocorrido. Essa teoria, se aplicada de forma isolada, leva a resultados absurdos, provocando infinitamente responsabilidades.

Para a teoria da causalidade adequada, elaborada por Von Kries, a causa deve ser apta a produzir o resultado danoso, excluindo-se, portanto, os danos decorrentes de circunstâncias extraordinárias, ou seja, o efeito deve se adequar à causa.

A teoria da causalidade imediata ou dos danos diretos e imediatos sustenta ser necessária a existência, entre a conduta e o dano, de uma relação de causa e efeito direta e imediata. Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo

⁵¹ SAVATIER, *Traité*, vol. 2, n. 456 in QUEIROGA, Antônio Elias. *Responsabilidade civil e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

de necessidade ao resultado danoso, determinasse esse último como uma consequência sua, direta e imediata.

Existe imprecisão doutrinária no que tange à determinação da teoria adotada pelo Código Civil. Parte da doutrina tende a acolher a teoria da causalidade adequada. Outros pensadores alinham-se no entendimento de que o Código Civil adotou a teoria da causalidade direta ou imediata.

Aponta Caio Mário, após informar sobre as várias doutrinas sobre o tema, que o importante “é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexos causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir”.⁵²

d) A questão da Culpa como elemento da Responsabilidade Civil

A culpa, para a teoria da responsabilidade civil, tem sentido amplo, *lato sensu*, abrangente de toda espécie de comportamento voluntário, seja intencional, como no caso do dolo, ou não, como na culpa *stricto sensu*. Como observa Caio Mário, na culpa encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência de violação. A ação é voluntária, no que diz respeito à materialidade do ato gerador das consequências danosas. Mas o agente, ao contrário do que ocorre no dolo, não procura o dano como objetivo de sua conduta, nem procede com a consciência da infração.

Aguiar Dias assim complementa:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.⁵³

Observo, entretanto, que a culpa não configura elemento da responsabilidade civil. Como anteriormente destacado, elementos são requisitos essenciais sem os quais não se configura a responsabilidade.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 82.

⁵³ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 35.

Ora, Sérgio Cavalieri, não obstante sustentar a culpa como elemento da responsabilidade, afirma em sua obra Programa de Responsabilidade Civil que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano e nexo causal.

Dessa forma, não há que se falar em culpa como pressuposto da responsabilidade civil, mas, apenas da responsabilidade civil subjetiva, a seguir delimitada.

Pablo Stolze defende esse mesmo entendimento ao afirmar que “a culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade”.⁵⁴

Como bem destacado por Laila Ferreira Chaib:

Uma corrente dita objetivista, procurou desvincular o dever ressarcitório de toda idéia de culpa. Saleilles, que se fez campeão desta equipe, insurgiu-se contra a culpa, e assentou a indenização no conceito material do fato danoso. Josserand (*De la responsabilize do Fait dès Causes Inonimées*) procurou conciliar a responsabilidade objetiva com o Código Napoleão, muito embora permanecesse este jungido à teoria subjetivista.

Esta corrente objetivista, liderada, de certa forma, por Saleilles e Josserand, possui grande importância em nosso estudo, na medida que, a não culpabilização é uma das principais características da responsabilidade civil dos fabricantes e fornecedores de produtos farmacêuticos.⁵⁵

3.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, como anteriormente destacado, tem por elemento nuclear uma conduta humana voluntária violadora de um dever jurídico. Assim, é possível classificá-la em diferentes espécies dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

Maria Helena Diniz divide a responsabilidade civil quanto ao seu fato gerador em: contratual (partindo de um contrato), ou extracontratual ou aquiliana (advinda da prática de um ato ilícito, seja por pessoa capaz ou incapaz); em relação ao seu fundamento: podendo ser objetiva (quando se funda no risco), ou subjetiva (possuindo seu fundamento na culpa ou no dolo, seja por ação ou omissão); relativamente ao agente: direta (ato proveniente da própria pessoa) e indireta ou complexa (advinda de ato de terceiro, podendo ser animal ou coisa sob sua responsabilidade).

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 29.

⁵⁵ CHAIB, Laila Ferreira. *A Responsabilidade Civil dos Fabricantes e Fornecedores de Produtos Farmacêuticos*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6207>>. Acesso em: 16 out. 2005. 10:45.

a) Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A infringência de um dever jurídico, de que resulta dano a outrem, obriga o autor da conduta à indenização. “Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei”.⁵⁶

A responsabilidade contratual surge da violação do dever previsto em um negócio jurídico (inadimplemento ou ilícito contratual), tanto unilateral quanto bilateral, cabendo ao devedor o ônus da prova. Não obstante, a responsabilidade aquiliana, como também é chamada a responsabilidade extracontratual, ocorre com o inadimplemento de um dever jurídico não previsto no contrato, mas sim em lei ou na ordem jurídica (ato normativo), através de um ato ilícito, o qual deve ser provado pela vítima.

De acordo com Sílvio Rodrigues:

[...] na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente da responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar, enquanto, se for aquiliana a responsabilidade, caberá à vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.⁵⁷

b) Responsabilidade Direta e Indireta

Relativamente ao autor da conduta violadora de um dever jurídico de outrem, a responsabilidade poderá ser direta ou indireta.

Respondendo o agente por ato que ele próprio cometeu ter-se-á configurada a responsabilidade direta, também chamada de responsabilidade por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação.

Já na responsabilidade indireta, também chamada complexa ou responsabilidade por fato de terceiro, o ato advém de um terceiro ligado ao agente por algum vínculo jurídico, contratual ou legal. Alguns autores preferem falar em responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, em lugar de responsabilidade pelo fato de outrem, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância seja de alguém que esteja sob sua guarda, seja animal ou coisa inanimada.

⁵⁶ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 38.

⁵⁷ RODRIGUES, Sílvio, op. cit., p. 72.

É o que se infere do texto do artigo 932 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual também são responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; e os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

c) Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade diz-se subjetiva quando inspirada na idéia de culpa do causador do dano. Para sua configuração, além da existência de conduta humana lesiva, de um dano e do nexo de causalidade entre ambos, deve ser aferida a culpa do agente pelo evento danoso.

Assim, se alguém mediante conduta culposa viola direito de outrem e causa-lhe dano terá o dever jurídico de indenizar, consoante disposição do art. 927 do Código Civil.

A culpa *lato sensu* compõe-se, segundo a doutrina tradicional, de três elementos: voluntariedade da conduta do agente, previsibilidade e descumprimento de um dever de cuidado.

No que se refere à voluntariedade tem-se que na culpa não há conduta intencional, mas há vontade, que não se dirige a um fim determinado como no dolo (culpa *stricto sensu*), mas se dirige à conduta. “Enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”.⁵⁸

Por outro lado, previsto ou previsível é o resultado que tem certo grau de probabilidade de ocorrer. Sergio Cavalieri sustenta que a previsibilidade necessária para a configuração da culpa não é a previsibilidade genérica, abstrata, sobre aquilo que pode um dia acontecer, mas sim a previsibilidade específica, presente, atual, relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta. Para que o resultado seja previsível é necessário que determinado acontecimento, concretamente considerado, possa ser previsto pelo agente, e consequentemente evitado, mas não o foi por falta de cuidado.

⁵⁸ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 59.

A falta de cuidado exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. A imprudência consiste na falta de cautela por conduta comissiva, afastando-se o agente do mínimo que a apropriada diligência exige. Negligência é a mesma falta de cuidado efetivada, entretanto, por conduta omissiva; é a indiferença do agente que podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica.

A culpa *stricto sensu*, ou dolo, consiste na vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado danoso, e compõe-se pela representação do resultado e a consciência de sua ilicitude. “Representação é, em outras palavras, previsão, antevisão mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação. E assim é porque somente se quer aquilo que se representa. O agente que age dolosamente sabe também ser ilícito o resultado que intenciona alcançar com sua conduta. Está consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente”.⁵⁹

Como ressaltado anteriormente, no item evolução histórica da Responsabilidade Civil, com o progresso científico e a explosão demográfica decorrentes da revolução industrial, a responsabilidade fundada na culpa revelou-se insuficiente para proteger o homem de eventos danosos.

Com efeito, se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do país, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se, por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito, diariamente. O crescimento da população, com milhões de pessoas migrando do Interior para os grandes centros em busca de trabalho, levou ao caos os sistemas de transportes urbanos.

Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social ocorrida em nosso século; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.

Não foi rápida e nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de

⁵⁹ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 56.

responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos.⁶⁰

Interessante destacar que Arnold Wald, em sua tese *Influências do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no Domínio da Responsabilidade Civil*, publicada em 1953, já previa a impossibilidade da teoria subjetiva resguardar os direitos do cidadão com as transformações da sociedade moderna.

A revolução industrial, a criação de imensos órgãos como os trustes e os sindicatos transformaram o mundo. As relações não são mais de indivíduo para indivíduo mas sim de indivíduo para grupo, como se mostrou muitas vezes. O direito evoluiu como o estado social e econômico. Duguit substituiu o direito subjetivo profundamente individualista pela noção de função social. Pelos seguros, que compreendem agora todo o domínio da responsabilidade civil, a sociedade indeniza o indivíduo dos danos que ele sofreu em contato com o grupo.

A idéia de culpa parece, todavia, continuar a dominar as relações interindividuais. Mas talvez o fenômeno ao qual assistimos seja justamente o da absorção das relações interindividuais pelas relações entre grupo e indivíduo. E nesse caso, sem dúvida, num futuro distante a teoria da culpa será absorvida pela teoria do risco.⁶¹

Ao contrário do que ocorre na responsabilidade subjetiva, para a configuração da responsabilidade objetiva, basta a existência do dano e do nexos de causalidade entre este a atividade desenvolvida pelo agente, não se arguindo da existência ou não da culpa.

A responsabilidade objetiva é fundamentada pela teoria do risco. Várias concepções em torno da idéia central do risco são identificadas, dentre as quais, podem ser destacadas as teorias do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral.

Para a teoria do risco-proveito a responsabilidade incorre sobre aquele que adquire algum proveito da atividade danosa. De acordo com essa teoria, a vítima do fato lesivo teria de provar a obtenção do proveito, ou seja, do lucro ou vantagem pelo autor do dano.

A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar sempre decorre de um fato prejudicial à atividade ou profissão do lesado, tal como ocorre nos danos causados por acidente de trabalho.

Já o risco excepcional é aquele que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça, a exemplo dos casos de acidentes de rede elétrica, exploração de energia nuclear, radioatividade etc.

⁶⁰ FILHO, Sergio Cavaliere, op. cit., p. 154.

⁶¹ WALD, Arnold. *Influências do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro no Domínio da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1953, p. 73.

Na teoria do risco criado, segundo o insigne Caio Mário, “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se houver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”.⁶²

Por fim, a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco, porquanto nela se dispensa até mesmo o nexo causal para justificar o dever de indenizar, que se faz presente somente em razão do dano, ainda que nos casos de culpa exclusiva da vítima.

Importante destacar que a responsabilidade subjetiva ainda representa a regra geral, sendo admitida a responsabilidade objetiva, sem culpa, apenas nas hipóteses previstas em lei.

Comentando acerca da adoção da responsabilidade civil objetiva, Miguel Reale, na qualidade de supervisor da Comissão revisora e elaboradora do Código Civil, teceu as seguintes ponderações:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que se fazer esta alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é o ponto fundamental. Pois bem, quando a estrutura ou a natureza de um negócio jurídico —conto o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos— implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-la, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores.⁶³

3.5 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil será elidida quando presentes determinadas situações aptas a excluir o nexo de causalidade entre a conduta voluntária do agente e o dano causado, seja porque o agente não deu causa ao evento (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior) ou porque agiu em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito.

Nessas hipóteses, o indivíduo não terá a obrigação de reparar o dano.

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 24.

⁶³ REALE, Miguel. *Diretrizes gerais sobre o Projeto do código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 176.

a) Caso Fortuito e Força Maior

Caso fortuito e força maior são fatos imprevisíveis, incontrolláveis pelo agente e, por isso, inevitáveis. Fortuito em latim quer dizer casual; é uma imprevisão, um acidente, que mostra incontrollável ao agente e superior às suas forças.

Suas principais características são a inevitabilidade e a imprevisibilidade.

Maria Helena Diniz sustenta que “na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc. Já no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina e provocando morte”.⁶⁴

O Código Civil dispõe acerca do caso fortuito e da força maior no artigo 393, considerando-os sinônimos.

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

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Entretanto, há distinções entre as duas figuras. O caso fortuito representa evento imprevisível, e, por isso, inevitável. Todavia, se o evento for inevitável, ainda, que previsível, por trata-se de fato da natureza, superior às forças do agente, restará configurada a força maior. “É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível”.⁶⁵

A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior.

Por fim, importante ressaltar que o caso fortuito e a força maior excluem o nexo de causalidade por constituírem causa estranha à conduta voluntária do agente.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 346.

⁶⁵ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 91.

Nas palavras de Aguiar Dias, “o que anima as causas de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexo causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar”.⁶⁶

b) Fato de Terceiro

O comportamento de um terceiro, ou seja, de todo aquele que não é considerado agente e nem vítima, mas que possui influência no dano causado, rompe o nexo de causalidade excluindo a responsabilidade civil.

O fato de terceiro, segundo opinião doutrinária dominante, equipara-se ao caso fortuito e à força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.

Sílvio Rodrigues sustenta que o fato de terceiro pode ser o causador exclusivo do dano ou ser apenas o causador concorrente do prejuízo. Ou seja, a terceira pessoa pode atuar de forma total ou parcial, mas somente no primeiro caso, quando o fato de terceiro é a fonte exclusiva do prejuízo, pode-se utilizar o fato de terceiro como fundamento de exclusão do nexo de causalidade.

Nesse sentido a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO ÔNIBUS EM PASSAGEM DE NÍVEL. PREVISIBILIDADE. FATO DE TERCEIRO NÃO RECONHECIDO.

I - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, o fato de terceiro que exclui a responsabilidade do transportador é aquele imprevisto e inevitável, que nenhuma relação guarda com a atividade inerente à transportadora.

II - Não afasta a responsabilidade objetiva da ré o fato de terceiro, equiparado a caso fortuito, que guarda conexão com a exploração do transporte. No caso, está dentro da margem de previsibilidade e risco o acidente provocado por abalroamento entre ônibus e vagão em passagem de nível. Recurso especial não conhecido.

(Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 427.582/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, unânime, DJ 17.12.2004, p. 515.)

c) Culpa Exclusiva da Vítima

A exclusiva culpa da vítima tem o condão de elidir o dever de indenizar, eximindo o agente de qualquer responsabilidade, em razão da quebra do nexo causal, ou seja, da relação de causa e efeito entre o prejuízo da vítima e o ato do agente.

⁶⁶ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 362.

O que importa é verificar se a atitude da vítima teve o efeito de suprimir a responsabilidade do fato pessoal do agente, afastando a sua responsabilidade.

Aguiar Dias observa que “admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”.⁶⁷

Importante destacar que o nexu causal somente se interrompe quando o procedimento da vítima é a causa única do evento (*Qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur*).

Na hipótese de culpa concorrente, ou seja, quando a vítima colabora com o agente para o resultado danoso, não desaparece o liame de causalidade; haverá tão-somente uma atenuação da responsabilidade, hipótese em que a indenização é, em regra, diminuída proporcionalmente.

Da idéia da culpa exclusiva da vítima, que quebra um dos elos que conduzem à responsabilidade do agente (o nexu causal), chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando a essa vítima, sem ter sido a única causadora do dano, concorreu para o resultado, afirmando-se que a culpa da vítima exclui ou atenua a responsabilidade, conforme seja exclusiva ou concorrente.⁶⁸

d) Estado de Necessidade

O estado de necessidade se justifica pela inexigibilidade de conduta adversa, de forma que em situações jurídicas extremadas, sem que o agente a tenha provocado, para se salvar de perigo atual e efetivo, se vê obrigado a causar um dano a outrem.

Nos dizeres de Pablo Stolze, “o estado de necessidade consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação”.⁶⁹

O Código Civil dispõe que estado de necessidade só será legítimo quando não exceder os limites de sua necessidade.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

⁶⁷ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 693.

⁶⁸ STOCO, Rui, op. cit., p. 177.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 112.

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Ou seja, o agente que atua em estado de necessidade não está isento do dever de atuar nos estritos limites de sua necessidade para a remoção da situação de perigo. Será, responsabilizado, pois, por qualquer excesso que venha a cometer.

Quando o direito de alguém está em conflito com o direito de outrem, a lei permite que o conflito seja resolvido pelo desaparecimento ou cessação transitória do direito menos valioso do ponto de vista ético e humano.⁷⁰

O agente que atua em estado de necessidade tem a ilicitude excluída de sua conduta. Não obstante a exclusão de ilicitude, o agente é obrigado a indenizar o dano causado em estado de necessidade, nos termos do disposto nos artigos 929 e 930 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Trata-se de indenização por ato lícito, assentada na idéia de equidade e solidariedade social. Nesse sentido:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATO DE TERCEIRO. COLISÃO. ESTADO DE NECESSIDADE. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. PERMANÊNCIA, TODAVIA, DA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR OS DANOS. DIREITO DE REGRESSO.

I. A empresa cujo preposto, buscando evitar atropelamento, procede a manobra evasiva que culmina no abaloamento de outro veículo, causando danos, responde civilmente pela sua reparação, ainda que não se configure, na espécie, a ilicitude do ato, praticado em estado de necessidade.

II. Direito de regresso assegurado contra o terceiro culpado pelo sinistro, nos termos do art. 1.520 c/c o art. 160, II, do Código Civil.

III. Recurso especial conhecido pela divergência, mas improvido.

(Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp 124.527/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, unânime, DJ 05.06.2000, p. 163.)

⁷⁰ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 42.

e) Legítima Defesa

A legítima defesa encontra-se regulamentada também no artigo 188 do Código Civil, em seu inciso I.

Na legítima defesa, o agente, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Para que seja considerada excludente de ilicitude, a legítima defesa pressupõe a reação proporcional a injusta agressão. A desnecessidade ou imoderação dos meios de repulsa poderá caracterizar o excesso, proibido pelo direito.

Importante destacar que legítima defesa não consiste em fazer justiça com as próprias mãos; ela está ligada a certas situações onde o indivíduo pode defender-se de uma agressão, ou ameaça de agressão, injusta contra ele, seja ela atual ou iminente. Porém, os meios de defesa devem ser moderados, não excedendo o indispensável à manutenção ou restituição dos direitos.

Se o ato danoso foi praticado contra o próprio agressor, não há dever de indenizar. Se, porém, no ato de legítima defesa, o agente atinge terceiro ou os bens deste (*aberratio ictus*), deve reparar o dano, dispondo de ação regressiva contra o ofensor, para reembolso da indenização paga.⁷¹

f) Exercício Regular do Direito

O agente que atua no exercício regular de direito não terá imposta responsabilidade civil de reparação de dano.

“O exercício regular de um direito é o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes. Quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age lícitamente”⁷² excluindo a ilicitude da conduta.

Entretanto, se o titular do direito exceder manifestamente os limites estabelecidos em lei, restará configurado o abuso de direito, ato ilícito conceituado no art. 187 do Código Civil.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 53.

⁷² FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 42.

g) Estrito Cumprimento do Dever Legal

O estrito cumprimento do dever legal consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei, nos exatos limites dessa obrigação. Trata-se de hipótese de exclusão de ilicitude tendo em vista que a lei não pode punir quem cumpre um dever que ela impõe.

O dever legal, como a própria expressão sugere, é uma obrigação imposta por lei, significando que o agente, ao atuar tipicamente, não faz nada mais do que cumprir uma obrigação. Mas para que esta conduta, embora típica, seja lícita, é necessário que esse dever derive direta ou indiretamente de lei.

Já o cumprimento estrito determina a atuação do agente dentro dos rígidos limites do que obriga a lei ou determina a ordem que procura executar o comando legal. Fora desses limites, desaparece a excludente, surgindo então o abuso ou excesso. Ou seja, a lei só obriga ou impõe dever até certo ponto, e o agente obrigado só deve proceder até esse exato limite imposto pela lei.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

4.1 CONCEITO

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a Responsabilidade Civil do Estado como a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.⁷³

Para Hely Lopes, Responsabilidade Civil da Administração é a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal.⁷⁴

Dessa forma, a Responsabilidade Civil do Estado traduz-se na obrigação atribuída ao Poder Público, de recompor os danos causados a terceiros por seus agentes, tanto no exercício das suas atribuições quanto agindo nessa qualidade.

A expressão agentes públicos engloba os agentes políticos (parlamentares), os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Estado.

São servidores públicos os funcionários públicos (titulares de um cargo sob regime estatutário), os empregados públicos (titulares de emprego sob regime celetista) e os contratados em caráter temporário, com fundamento no art. 37, IX, da Constituição Federal/88 (para atender necessidade temporária de excepcional interesse público).

Os particulares em colaboração com o Estado são aqueles que, conquanto não titularizem cargo ou emprego, prestam colaboração ao Estado, em caráter episódico, figurando como exemplos as pessoas convocadas para integrar Júri e os mesários em eleições.

4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A doutrina da Responsabilidade Civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o atual entendimento da responsabilidade objetiva, passando pela responsabilidade civilista ou da culpa civil, e desta para responsabilidade sem culpa, nas

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 835.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 624.

modalidades do risco administrativo e do risco integral, para por fim chegar às teorias publicistas.

a) Irresponsabilidade do Estado

Na origem do Direito Público vigia o princípio da irresponsabilidade civil do Estado. O Estado não respondia por qualquer prejuízo causado a terceiros uma vez que, efetivamente, o monarca não errava, pois não se encontrava em posição de igualdade de condições com seus súditos, e essa era exatamente a característica fundamental dos Estados Absolutistas.

O Estado jamais poderia ser acionado para compor os danos sofridos por terceiros. Prevalencia a máxima *The King can do not wrong* (o rei nunca erra).

Com efeito, é sobejamente conhecida a frase de Laferrière: “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”; bem como as fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: “Le roi ne peut mal faire”, como se afirmava na França, ou: “The King can do not wrong”, que é a equivalente versão inglesa.⁷⁵

Um dos argumentos que amoldavam a teoria da irresponsabilidade é o de que o Estado, como pessoa moral, personificação da nação, seria incapaz de praticar atos ou não poderia incidir em culpa.

Na primeira linha de evolução da responsabilidade civil estatal, apesar do Monarca não se responsabilizar por qualquer ato ilícito causador de dano a outrem, admitia-se a responsabilidade civil do próprio agente, “funcionário público”, que se conduzisse contrariamente à lei, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal seu.

Diversas seriam as tentativas de explicação dessa não-responsabilidade civil, todas com falsa base, como e.g. as que se assentavam na suposição de que “não existem atos próprios do Estado, mas de pessoas; ao Estado é impossível a imputação de culpa; o Estado não pode autorizar ato ilícito; o Estado é o verdadeiro tutor do Direito; o Estado não pode ser subordinado a mecanismos jurídicos por ele próprio criados”.

Em síntese, essa teoria assentava-se no suposto de que o Estado não pode violar a lei e, por isso, se essa infringência ocorre, não o é pelo Estado, mas pelo funcionário dele, que somente pode ser considerado tal enquanto se atém aos limites dessa lei. Neles não se mantendo, e com isso lesando a esfera jurídica alheia, dele, não do Estado, seria por conseguinte a responsabilidade civil.⁷⁶

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 843.

⁷⁶ ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado*. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1, p. 69.

Saulo José Casali Bahia, citando Ricardo Hoyos Duque, ressalta que para muitos doutrinadores a responsabilidade pessoal do funcionário é tida como o primeiro tipo de responsabilidade estatal que existiu.

A doutrina da irresponsabilidade do Estado restou totalmente superada, tendo a Inglaterra e os Estados Unidos, últimos países que a sustentavam, passado a admitir que demandas indenizatórias provocadas por atos de agentes públicos podem ser dirigidas diretamente contra a administração.

Não obstante, importante ressaltar que ainda há na doutrina e na jurisprudência a aceitação do uso da teoria da irresponsabilidade no que tange aos atos legislativos constitucionais, uma vez que se pressupõe que tais atos sejam revestidos de constitucionalidade.

Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional. O que o STF já admitiu foi a responsabilização da Administração por ato baseado em decreto posteriormente julgado inconstitucional. Mas decreto, embora com efeitos normativos, não é lei, como erroneamente está dito na ementa deste julgado.⁷⁷

Entretanto, tal entendimento não é unânime. Maria Sylvia Di Pietro sustenta a responsabilidade do Estado quanto aos atos legislativos constitucionais, afirmando que “mesmo exercendo parcela da soberania, o Legislativo tem que se submeter à Constituição Federal, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais”. Prossegue sustentando que “nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais”.⁷⁸

b) Responsabilidade Subjetiva

O reconhecimento da responsabilidade do Estado, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, deu-se pelo aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 633.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 520.

1873,⁷⁹ que proclamou que a responsabilidade do Estado não é nem geral nem absoluta, regulando-se por regras especiais.

Superada a fase da irresponsabilidade do Estado, evoluiu-se para a admissão de uma forma primária de Responsabilidade do Estado, adotando-se os princípios do Direito Civil, com a culpa sendo exigida para configuração da responsabilidade.

É a aplicação da Teoria Subjetiva da Responsabilidade, ou Teoria da Culpa Civil, em que o Estado passa a responder mediante a comprovação de culpa que poderia recair sobre o agente, quando possível a sua identificação, ou, caso contrário, sobre o serviço.

Segundo Celso Antônio, “responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto”.⁸⁰

Entendia-se que a culpa da administração derivava da circunstância de seus agentes ostentarem a qualidade de prepostos. O Estado passa a responder de modo indireto pelos atos de seus funcionários.

Numa primeira fase da denominada teoria da culpa civilista, distinguia-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Maria Sylvia Zanella di Pietro assim os distingue: “os primeiros seriam os praticados pela administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços”.⁸¹

Essa distinção visava afastar a responsabilidade do Estado nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguia-se a pessoa do Rei, insuscetível de errar, que praticaria atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos

⁷⁹ A menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufaturas do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 844.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 513.

aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.⁸²

Esse pensamento evoluiu para a teoria da culpa administrativa que explicitava que, mesmo o Estado praticando atos de gestão, não deveria receber o mesmo tratamento dispensado aos particulares. Ou seja, a Responsabilidade Civil do Estado deveria se submeter a regime de Direito Público, com os princípios dele decorrentes, e não do Direito Privado.

Com o desenvolvimento dessa teoria, a Responsabilidade do Estado passou a ser direta, atendidas as provas da existência do dano, da conduta culposa por parte de um funcionário determinado e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Só que em determinadas situações era impossível determinar, com precisão, qual o funcionário responsável pela conduta danosa. Sabia-se que o dano era oriundo do serviço, tendo sido produzido por ação ou omissão de um funcionário qualquer. Com o crescimento geométrico do aparelhamento estatal e o aumento de número de funcionários, ficava ainda mais difícil identificar e provar qual funcionário era responsável por tal ação ou omissão que resultou no dano.

Assim, pensou-se que para a responsabilização do Estado bastaria a certeza de que o dano adveio do serviço público, por conduta de algum funcionário. Essa teoria é denominada de teoria da culpa anônima, ou ainda, teoria do acidente administrativo.

Numa variante da teoria da culpa administrativa, admitiu-se, em certos casos, a inversão do ônus da prova, com a presunção de culpa, denominada teoria da culpa presumida, ou ainda como leciona Saulo José Casali Bahia “falsa teoria objetiva”.

Noutro momento da evolução da teoria da Responsabilidade Civil do Estado, passou-se a considerar a falta do serviço independentemente da conduta de qualquer funcionário. A culpa a ser apurada passou do funcionário para a administração. Essa fase é denominada por alguns como sendo de teoria da culpa administrativa, como é o caso de Hely Lopes Meirelles, e por outros, como Saulo José Casali Bahia como teoria da falta administrativa.

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 514.

uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.⁸³

A culpa pela falta da prestação do serviço era identificada pela expressão *faute du service*, traduzida como culpa ou falta do serviço. Configurava-se, quando o serviço funcionava mal, não funcionava ou funcionava tardiamente.

Verifica-se, dessa forma, que a evolução da Teoria da Responsabilidade do Estado foi lenta, passando pelo período da culpa provada, onde era indispensável a demonstração da culpabilidade do funcionário público para reduzir-se a responsabilidade da entidade pública e, posteriormente, pelo período da culpa presumida onde a doutrina constrói a tese de que o Estado é responsável pelos atos ilegais praticados pelos agentes administrativos que causem danos ao cidadão, salvo nos casos em que provada a sua não culpa.

c) Responsabilidade Objetiva

Seguindo a evolução das teses acerca da Responsabilidade Civil do Estado, chega-se à fase em que o Estado passa a responder pelos danos causados com base no conceito de nexo de causalidade – na relação de causa e efeito existente entre o fato ocorrido e as conseqüências dele resultantes.

Não se cogita mais a necessidade de comprovação de culpa ou dolo da Administração Pública por aquele que sofreu o prejuízo, bastando tão-somente a demonstração do nexo de causalidade. É a consagração da responsabilidade objetiva, por meio de duas variantes: o risco integral e o risco administrativo.

A teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, com base no risco administrativo, sustenta que o Estado só responde pelos prejuízos, causados a terceiros, que tenha efetivamente provocado, ainda que agindo licitamente, sendo-lhe permitido invocar em sua defesa as excludentes de responsabilidade.

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 626.

acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da Constituição Federal de 1946.⁸⁴

A Constituição Federal/88 acolhe esta teoria, como se depreende da redação do § 6º do artigo 37:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Verifica-se, pela leitura do dispositivo constitucional, que o Estado brasileiro é responsável independentemente de comprovação de culpa, pelos danos causados por seus agentes administrativos a particulares, aí incluídos os funcionários de qualquer entidade estatal e seus desmembramentos. Resta apenas observar que relativamente ao funcionário a responsabilidade é subjetiva, não prescindindo da comprovação de dolo e culpa para fins de ação de regresso.

Por outro lado, segundo a teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, com base no risco integral, o Estado é obrigado a indenizar qualquer prejuízo sofrido por terceiros, ainda que não tenha dado causa a ele. Pela teoria do risco integral, o Estado não pode invocar em sua defesa quaisquer excludentes de responsabilidade.

Hely Lopes considera a teoria do risco integral abusiva e brutal. Não obstante não concordar com o posicionamento do grande doutrinador, transcrevo seu pensamento exteriorizado na obra *Direito Administrativo Brasileiro*:

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque foi acimada de brutal, pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.⁸⁵

4.3 REPARAÇÃO DO DANO

A reparação de danos causados a terceiros pelo Estado, poderá ser efetivada administrativamente, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização, ou judicialmente, quando a vítima terá que propor ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 626.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 627.

A Constituição Federal/88, em seu art. 37, § 6º, determina que a pessoa jurídica causadora do dano deve responder perante o prejudicado, tendo o direito de regresso contra o agente se comprovado dolo ou culpa.

Por outro lado, o art. 70, III, do Código de Processo Civil, dispõe que a denunciação à lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, por força de lei ou de contrato, a indenizar em sede de ação regressiva.

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Hely Lopes Meirelles entende que, não obstante o disposto no Código de Processo Civil, a denunciação à lide somente seria aplicada nas relações particulares. Prossegue o autor afirmando que é distinto o fundamento jurídico da responsabilidade do Estado e do agente; para aquele demonstra-se apenas o nexo causal; para esse é preciso provar o dolo ou culpa.

Celso Antônio Bandeira de Mello também entende não ser possível a denunciação à lide, sustentando que a diversidade de fundamento da responsabilidade do Estado e do servidor retardaria injustificadamente a solução do conflito, introduzindo-se outra lide no bojo da lide entre a vítima e o Estado.

A jurisprudência tem manifestado entendimento no sentido de que a denunciação à lide nas hipóteses de ação de reparação de danos proposta pela vítima contra o Estado é possível, não sendo, entretanto, obrigatória:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SEUS PRESSUPOSTOS. PROCESSUAL CIVIL.

A ação de indenização, fundada na responsabilidade objetiva do Estado, por ato de funcionário (Constituição, Art. 107 e parágrafo único), não comporta obrigatoriamente denunciação a este, na forma do art. 70, III, do Código de Processo Civil, para apuração de culpa, desnecessária a satisfação do prejudicado.

(Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 93880/RJ, Relator Ministro DÉCIO MIRANDA, DJ 05.02.1982, p. 10443.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 70, III, DO CPC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DO AGENTE PÚBLICO PRETENSAMENTE CAUSADOR DO DANO. DESNECESSIDADE. TEORIA OBJETIVA ABARCADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Tendo a Constituição Federal abarcado a teoria objetiva da responsabilidade, todo dano ocasionado ao particular, por servidor público, há de ser ressarcido, independentemente da existência de dolo ou culpa deste. Assim, pela via oblíqua, forçoso é de se concluir que a denúncia à lide, *in casu*, embora recomendável, é desnecessária à satisfação do direito do prejudicado, e não afasta a possibilidade de o denunciante requerer o direito alegado, posteriormente, na via própria, haja vista não ter o art. 70, inc. III, do Estatuto Processual Civil, norma do direito instrumental, o poder de aniquilar o próprio direito material.

Precedentes. Agravo regimental improvido.

(Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 396230, Relator Ministro PAULO MEDINA, DJ 20.11.2001.)

4.4 DANO CAUSADO POR PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO

Importante ressaltar que, se o dano for causado por entidades de direito privado, prestadoras de serviços públicos, estas responderão em nome próprio, com o seu patrimônio e não o Estado por elas e nem com elas, uma vez que o objetivo da norma constitucional foi estender aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade objetiva idêntica à do Estado. Como bem destacado por Sérgio Cavalieri Filho, “quem tem os bônus, deve suportar os ônus”.

As pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. São seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações.

Não há que se falar em responsabilidade solidária do Estado tendo em vista que a solidariedade só pode advir de lei ou de contrato, não existindo norma legal atribuindo solidariedade do Estado com relação aos danos causados por prestadores de serviços públicos. Ao contrário, o artigo 25 da Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece a responsabilidade direta e pessoal da concessionária, por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros.

Nesse sentido a lição de Hely Lopes Meirelles:

Não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público e particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.⁸⁶

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 630.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS

5.1 MEIO AMBIENTE

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938/81, em seu art. 2º, inciso I, dispõe acerca do meio ambiente como um “patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”. Prossegue a lei apresentando a primeira definição legal de meio ambiente, no Brasil, conceituando-o no art. 3º, inciso I, como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A utilização da expressão “meio ambiente” tem sido criticada por diversos autores, que a consideram redundante uma vez que em ambiente já está incluído o sentido de meio. Mas, segundo José Afonso da Silva, a “necessidade de reforçar o sentido significante de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a idéia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar aos textos legislativos a maior precisão significativa possível; daí por que a legislação brasileira, incluindo normas constitucionais, também vem empregando a expressão ‘meio ambiente’, em vez de ‘ambiente’, apenas”.⁸⁷

Prossegue o autor definindo meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.⁸⁸

Infere-se das definições apresentadas que para se conceituar meio ambiente é preciso ter em conta três aspectos: natural, artificial e cultural. No meio ambiente natural ou físico há predominância dos elementos da natureza, tais como o solo, a água, o ar, os seres vivos. Por outro lado, o ambiente artificial é formado por elementos que foram criados ou modificados pelo homem; trata-se do espaço urbano construído. Já o ambiente cultural é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, paisagístico e turístico, ou seja, de elementos do ambiente artificial aos quais foi atribuído valor diferenciado.

O meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 19.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 20.

ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, com o meio ambiente artificial (humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a ‘ecossistemas sociais’ e ‘ecossistemas naturais’. Esta distinção está sendo, cada vez mais, pacificamente aceita, quer na teoria, quer na prática.⁸⁹

Verifica-se, assim, que a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais, sociais, artificiais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, o ar, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, a pessoa humana até o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e turístico.

O importante é que todos esses elementos se relacionem, de forma que a degradação de um deles importa em conseqüências aos demais. O uso racional dos recursos naturais e artificiais, bem como do patrimônio cultural, é de importância vital para a preservação do meio ambiente.⁹⁰

5.2 PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento. São regras abstratas, proposições básicas que orientam o legislador e delimitam as normas. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Os princípios de Direito Ambiental estão voltados para a finalidade básica de “proteger a vida, em qualquer forma que esta se apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações, bem como de conciliar os dois elementos anteriores com o desenvolvimento econômico ambientalmente sustentado”.⁹¹

Apresentam-se de forma explícita nos textos legais, principalmente na Constituição Federal, ou ainda de forma implícita, decorrendo do sistema constitucional.

Sem a pretensão de esgotar o tema, passo a destacar os principais princípios jurídicos ambientais.

⁸⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.

⁹⁰ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 36.

⁹¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 25.

a) Princípio do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Na Carta de Estocolmo, em 1972, pela primeira vez, restou consignado que o homem tem direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Declaração de Princípios foi formulada e entre estes ficou expresso o direito ao meio ambiente equilibrado, direito fundamental.

No Brasil, o princípio do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está expresso na Constituição Federal/88 que, em seu art. 225, dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental decorre do direito à vida, na acepção da qualidade de vida, e da dignidade da pessoa humana. O homem provém da natureza e necessita desta referência, de forma que o ambiente precisa ser equilibrado para que se possa ter uma boa qualidade de vida. Esse direito é necessário à vida e por isso é fundamental. O princípio é reconhecido internacionalmente como pode ser verificado nos Princípios 1 e 2 da Declaração de Estocolmo, proclamada em 1972, que estabelecem:

1- O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

2- Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados.

Há que se ressaltar que o direito ao meio ambiente saudável, garantidor de uma boa qualidade de vida ao ser humano, consiste em “direito-dever” tendo em vista que o indivíduo é, ao mesmo tempo, titular de um direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e titular de um dever de defender e preservar esse mesmo ambiente.

O Supremo Tribunal Federal manifestou esse entendimento no julgamento do Mandado de Segurança 22.164-0/SP, relator o Ministro Celso de Mello, ao conceituar o direito ao meio ambiente como “um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano, circunstância essa que justifica a

especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações”.

Fernanda de Medeiros afirma que “intrinsecamente vinculado ao direito de proteção ambiental existe um dever fundamental. Esse dever fundamental caracteriza-se pela obrigação incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos partícipes de nossa sociedade em manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado, seja por intermédio de cuidados básicos para com o meio, seja através de grandes participações populares na luta pela não-destruição do *habitat* natural”.⁹²

O direito ao meio ambiente é, dessa forma, um direito de expectativas a que correspondem obrigações. Ao mesmo tempo em que cada cidadão é titular do direito fundamental à vida em um meio ambiente saudável e equilibrado, será também titular do dever fundamental à proteção desse mesmo ambiente, para as presentes e futuras gerações.

b) Princípio do Acesso Equitativo

O princípio do acesso equitativo busca permitir o acesso aos recursos naturais dentro de uma equidade razoável de tal modo que não haja risco de serem exauridos, resguardando-os para as futuras gerações, e que as vantagens extraídas de sua utilização sejam partilhadas a toda a humanidade.

Paulo Affonso Leme Machado destaca que “o Direito Ambiental tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais. Não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos”.⁹³

A reserva dos bens ambientais, com a sua não utilização atual, será considerada equitativa se for demonstrado que ela está sendo feita para evitar o esgotamento dos recursos, com a guarda desses bens para as futuras gerações.

c) Princípio do Poluidor-Pagador

⁹² MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 124.

⁹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 49.

O princípio do poluidor-pagador – *Polution Prevention Pays* foi inicialmente definido pela Comunidade Econômica Européia, nos seguintes termos: “as pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo direito público ou privado, devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-las ao limite fixado pelos padrões ou medidas equivalentes que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo Poder competente”.

O princípio estabelece que devem ser imputados ao poluidor os custos necessários à implementação de medidas de prevenção e combate à poluição, custos esses determinados pelo Poder Público para manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A essência do princípio do poluidor-pagador assenta-se na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo devem ser internalizados e não repassados ao consumidor.

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas externalidades negativas. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão privatização de lucros e socialização de perdas, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização. Por isso, este princípio é também conhecido como o princípio da responsabilidade.⁹⁴

O princípio do poluidor-pagador foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo art. 4, inciso VII, sendo complementado pelo art. 14, § 1º, ambos da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31.08.1981).

Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art.14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Acrescente-se que o Princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, absorveu o princípio do poluidor-pagador ao dispor que:

⁹⁴ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 162.

PRINCÍPIO 16 - Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

Do princípio do poluidor-pagador decorre a exigência de que o poluidor arque com os custos diretos e indiretos de medidas preventivas e de controle de poluição. O custo sócio-ambiental que acompanha o processo produtivo será assumido pelo agente econômico que auferir os lucros da atuação.⁹⁵ Ou seja, a efetivação do princípio dá-se quando os custos não são suportados nem pelos Poderes Públicos, nem por terceiros, mas pelo poluidor.

Cristiane Derani destaca que o “custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano. O verdadeiro custo está numa atuação preventiva, consistente no preenchimento da norma de proteção ambiental. O causador pode ser obrigado pelo Estado a mudar o seu comportamento ou adotar medidas de diminuição da atividade danosa”.⁹⁶

Decorre, ainda, do princípio, a responsabilidade do poluidor de indenizar e reparar os danos causados ao meio ambiente. Há que se ressaltar que o pagamento efetuado pelo poluidor não lhe confere qualquer direito de poluir.

Pagar para poluir não é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro nem pela comunidade internacional. Decorre dele a obrigação do poluidor, independente de culpa ou dolo, de indenizar e reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. Segunda ela, o custo direto e indireto da despoluição vai repercutir nos custos de produção, tratando-se de marco importante do direito do meio ambiente e dos recursos naturais (direito ambiental). Força o surgimento de uma ‘consciência verde’ por meio da responsabilização, ou seja, o princípio do poluidor-pagador tem íntima correlação com o da responsabilização.⁹⁷

E como bem destacado por Antônio Herman Benjamin:

O princípio poluidor-pagador não pode ser enxergado como criando um ‘direito de poluir’, desde que o poluidor se disponha a pagar pelos recursos que utilizou ou danificou. Seu objetivo principal não é a reparação ou mesmo a repressão do dano ambiental. Estas, como se sabe, são fundamentalmente, retrospectivas.

Sua aplicação, muito ao contrário, deve ser uma alavanca efetiva de prevenção do dano ambiental, fazendo com que a atividade de preservação e conservação dos recursos ambientais seja mais barata que a de devastação. O dano ambiental não pode, em circunstância alguma, valer a pena para o poluidor.

⁹⁵ O poluidor deve custear as despesas com a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental por decorrência da aplicação do princípio do poluidor-pagador.

⁹⁶ DERANI, Cristiane, op. cit., p. 166.

⁹⁷ SEGUIN, Elida. *O Direito Ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 63.

O princípio não visa, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, procura evitar o dano ambiental.⁹⁸

O princípio do usuário pagador é consectário lógico do princípio do poluidor-pagador tendo em vista que não somente aquele que polui deve pagar, mas também o usuário de certos bens.

Com efeito, o meio ambiente não pode ser particularizado; é um macrobem. “Pertence a todos e também deverá ser preservado para as futuras gerações. Às vezes, somente sua utilização já implica na sua extinção, como nos recursos não renováveis. Nesses casos, o usuário também pagará pela utilização desses recursos, mesmo que seja ao proprietário ou quem detenha a posse do microbem”.⁹⁹

Paulo Affonso Leme Machado destaca que em matéria de proteção ao meio ambiente, o princípio usuário-pagador significa que o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização.

d) Princípios da Precaução e da Prevenção

Grande parte dos danos causados ao meio ambiente são de difícil ou de impossível reparação. Assim, faz-se necessária a atuação preventiva em matéria ambiental. Édis Milaré afirma com propriedade que os objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos.

Sua atenção está voltada para momento anterior à da consumação do dano – o do mero risco. Ou seja, diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única, solução. De fato, não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Com efeito, muitos danos ambientais são compensáveis, mas, sob a ótica da ciência e da técnica, irreparáveis.¹⁰⁰

Os princípios da precaução e da prevenção são aplicação dessa necessidade de atuação preventiva, pois determinam a aplicação de medidas hábeis a evitar conseqüências danosas ao meio ambiente, provocadas pela ação do homem, no lugar de ações meramente repressivas.

⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 236.

⁹⁹ ALBERGARIA, Bruno. *Direito Ambiental e a Responsabilidade Civil das Empresas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 121.

¹⁰⁰ MILARÉ, Edis, op. cit., p. 145.

Busca-se o desenvolvimento da atividade econômica rentável (livre iniciativa) tomando-se todas as medidas possíveis para minimizar o impacto ambiental.

Os referidos princípios prescrevem que as normas de direito ambiental devem sempre se orientar pelo fato de que é necessário que o meio ambiente seja preservado e protegido. A prevenção aplica-se a situações onde há certeza quanto aos riscos de danos ambientais; a precaução, por sua vez, aplica-se às situações onde existem dúvidas e incertezas, ou seja, nas hipóteses de riscos abstratos, não qualificados e não quantificados.

O princípio da prevenção aproxima-se do da precaução, mas com ele não se confunde. Aquele possui abrangência mais ampla: em linhas gerais, consiste no dever jurídico, genérico e abstrato, de evitar a afronta ao meio ambiente. Nesta perspectiva, em havendo conhecimento da superveniência de um dano ambiental, este deve ser evitado, por determinação do princípio da prevenção. Já se houver apenas uma possibilidade, um perigo incerto de um dano, tal atividade também precisa ser prevenida, agora por um imperativo do princípio da precaução. Afirmam Leite e Ayala: ‘o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato’.

O princípio da prevenção determina a eliminação dos perigos comprovados; o da precaução impõe que a ação, para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente, seja tomada antes de se ter estabelecido um nexo causal com uma evidência científica absoluta.¹⁰¹

O Estudo de Impacto Ambiental – EIA (artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal/88¹⁰²) é o principal instrumento utilizado para a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção. Mediante o estudo o empreendedor buscará provar que aquela atividade não causará danos ao meio ambiente. Entretanto, sendo diagnosticado o risco de dano, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo.

Paulo de Bessa Antunes afirma que “a existência legal e constitucional do Estudo de Impacto Ambiental, como medida prévia para a avaliação dos efeitos da eventual implantação de um projeto ambiental, é a materialização do princípio que pode ser extraído do preceito contido no inciso VI do art. 170 da Lei Fundamental”¹⁰³. Portanto, na sua opinião, existe um dever jurídico constitucional de levar em conta o meio ambiente quando se for implantar qualquer empreendimento econômico.

Há que se ressaltar que a incerteza científica não pode servir como escusa para a não aplicação da prevenção e da precaução ou para postergar medidas eficazes e economicamente

¹⁰¹ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente*: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 9, p. 115.

¹⁰² § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

¹⁰³ ANTUNES, Paulo de Bessa, op. cit., p. 28.

viáveis para prevenir a degradação ambiental, como determinado no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), *in verbis*:

PRINCÍPIO 15 - Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.

Assim, em caso de certeza do dano ambiental, este dever ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Entretanto, em havendo dúvida científica razoável sobre o potencial dano de determinada atividade a ser desenvolvida, aplica-se o princípio da precaução.

E como bem destacado por Paulo Affonso Leme Machado, “a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”.¹⁰⁴

Mesmo não sendo possível pontuar com precisão as futuras conseqüências das atividades humanas, medidas de proteção ao meio ambiente devem ser tomadas, em consonância com o disposto no princípio da precaução, segundo o qual a falta de certeza científica não pode ser motivo para o adiamento de soluções, onde houver ameaça de danos sérios e irreversíveis.

Precaução é cuidado (*in dubio pro securitate*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. O alcance deste princípio depende substancialmente da forma e da extensão da cautela econômica, correspondente a sua realização. Especificamente, naquilo concernente às disposições relativas ao grau de exigência para implementação de melhor tecnologia e ao tratamento corretivo da atividade inicialmente poluidora.¹⁰⁵

e) Princípio da Informação

O princípio da informação consiste em direito do cidadão à informação e determina ao Poder Público o dever legal de garantir o acesso do público, de um modo geral, aos bancos de

¹⁰⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 56.

¹⁰⁵ DERANI, Cristiane, op. cit., p. 171.

dados disponíveis, e de fornecer informações acerca da qualidade do meio ambiente e das medidas que estão sendo tomadas (projetos, licenças).

Trata-se de princípio diretamente relacionado com o princípio da publicidade que informa o Direito Administrativo. Encontra-se previsto no art. 4º, inciso V, da Lei 6.938/81, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente e no Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92):

PRINCÍPIO 10 - O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes.

O princípio da informação compreende os direitos do cidadão de informar, de se informar e de ser informado, e designa toda informação disponível sob forma escrita, visual, oral ou eletrônica, ou sob qualquer outra forma material acerca do meio ambiente.

Entende-se por informação em matéria de ambiente qualquer informação disponível sob forma escrita, visual, oral, eletrônica ou de qualquer outra forma sobre:

- a) O estado dos elementos do ambiente, tais como o ar e a atmosfera, a água, o solo, a terra, a paisagem e os sítios naturais, a diversidade biológica e os seus componentes, incluindo, genericamente, organismos modificados e a interação entre estes elementos;
- b) Fatores, tais como substâncias, energia, ruído e radiação, e atividades ou medidas, incluindo medidas administrativas, acordos, políticas, legislação, planos e programas em matéria de ambiente que afetem ou possam afetar os elementos do ambiente, no âmbito do acima mencionado subparágrafo a), e custo-benefício e outros pressupostos e análises econômicas utilizados no processo de tomada de decisão em matéria de ambiente;
- c) O estado da saúde e da segurança do homem, as condições de vida humana, os sítios culturais e estruturas construídas, tanto quanto sejam ou possam ser afetados pelo estado dos elementos do ambiente ou, através desses elementos, pelos fatores, atividades ou medidas acima mencionados no subparágrafo b);¹⁰⁶

As informações ambientais recebidas pelos órgãos públicos devem ser transmitidas à sociedade civil, excetuando-se as matérias que envolvam comprovadamente segredo industrial ou de Estado. Importante ressaltar que a informação ambiental deve ser transmitida sistematicamente, e não só quando da ocorrência dos chamados acidentes ambientais.

A Lei n. 6.938/81 estabelece que as pessoas legitimamente interessadas poderão requerer informações dos órgãos ambientais. A conjugação das normas

¹⁰⁶ Artigo 2º, item 3 da Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso à Justiça em Matéria de Meio Ambiente, realizada em Aarhus (Dinamarca) aos 25 de junho de 1998.

constitucionais com as legais demonstram que os cidadãos brasileiros têm direito à mais completa informação sobre matéria ambiental. A única restrição existente é dada pela própria Lei Fundamental, isto é, àquelas informações cujo sigilo seja essencial à defesa da sociedade e do Estado. Obviamente que as informações sujeitas ao regime de segredo industrial, igualmente, estão submetidas à cláusula de reserva e, em sendo assim, tal fato deverá ser comunicado ao requerente das informações.¹⁰⁷

A informação visa à educação, possibilitando à pessoa informada tomar posição ou pronunciar-se sobre a questão ambiental informada.

f) Princípio da Participação

O princípio da participação assegura aos cidadãos o direito de participar da elaboração das políticas públicas ambientais, das decisões e das atividades de proteção do meio ambiente. Decorre da necessidade de uma democracia participativa, bem como do fato de que cuidar do meio ambiente não é tarefa apenas do Estado, mas de toda a coletividade.

O art. 225, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, propõe ação conjunta, envolvendo Estado, organizações não governamentais, associações, sindicatos e cidadãos, na defesa do meio ambiente.

Na realidade, a Constituição Federal, em diversas passagens, confere legitimidade ao cidadão para, mediante a utilização de vários mecanismos, possibilitar-lhe o exercício da cidadania, o controle do poder público e a diminuição das barreiras existentes na relação Estado-sociedade. Com a participação popular na Administração Pública e, sobretudo, com a democracia no processo, implementa-se efetiva democratização administrativa.¹⁰⁸

Como bem afirma Alexandre Kiss, citado por Paulo Affonso Leme Machado, “o Direito Ambiental faz os cidadãos saírem de um estatuto passivo de beneficiários, fazendo-os partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da coletividade inteira”.¹⁰⁹

Assim, é fundamental um espaço de diálogo e cooperação entre os diversos atores sociais, seja para a formulação e execução de uma política e de ações ambientais, seja para a solução de problemas.

Segundo Paulo de Bessa Antunes, no sistema constitucional brasileiro, a participação se faz de várias maneiras diferentes, a saber: dever jurídico de proteger e preservar o meio ambiente; direito de opinar sobre as políticas públicas por meio da participação em audiências públicas; utilização de mecanismos judiciais e administrativos de controle dos diferentes atos praticados pelo Executivo, tais como ação popular e ação civil pública; iniciativas legislativas

¹⁰⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa, op. cit., p. 27.

¹⁰⁸ TESSLER, Luciane Gonçalves, op. cit., p. 124.

¹⁰⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 81.

que podem ser patrocinadas pelos cidadãos, tais como iniciativa popular, plebiscito e referendo.

g) Princípio da Cooperação

O artigo 225 da Constituição Federal/88, como anteriormente destacado, confere um poder-dever à coletividade e ao Poder Público de preservação e melhoria do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O princípio da cooperação, fundamentado nesse dever de proteção, refere-se à capacitação da sociedade civil para que esta possa, em conjunto com a Administração Pública, participar ativamente da defesa do meio ambiente.

Elida Séguin sustenta que todos devem cooperar, pois o meio ambiente é de responsabilidade coletiva. Prossegue a autora afirmando que a cooperação deve ocorrer entre as diversas esferas de governo e a sociedade, para formulação e execução da política ambiental.

Importante destacar que o princípio da cooperação abrange também a cooperação internacional, compreendendo, por exemplo, a transferência de tecnologia e de recursos financeiros entre Estados para o financiamento de projetos de preservação ambiental e implementação de ações e políticas públicas de proteção ao meio ambiente, a fim de promover um sistema econômico internacional favorável e aberto, capaz de conduzir ao desenvolvimento sustentável de todas as partes.

Com efeito, a cooperação internacional representa o melhor instrumento para a preservação do meio ambiente e para o alcance do desenvolvimento sustentável das nações, em razão da natureza de bem transfronteiriço e de interesse comum da humanidade do meio ambiente.

Acrescente-se que o Princípio 07 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, absorveu o princípio da cooperação ao dispor que:

PRINCÍPIO 07 - Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem.

h) Princípio da Igualdade Intergeracional

A Constituição Federal/88 impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O princípio da igualdade intergeracional fundamenta-se nesse dispositivo e busca a conservação de opções, de qualidade e de acesso às futuras gerações.

Ou seja, às gerações futuras devem ser garantidas as mesmas possibilidades de opções de utilização dos recursos naturais que às presentes. Impõe-se a conservação de qualidade, para que a natureza seja transferida nas mesmas condições em que foi recebida e, ainda, seja garantida a conservação de acesso, de modo que o exercício deste direito não se torne benefício de poucos.

Paulo Affonso Leme Machado sustenta que a reserva dos bens ambientais, com a sua não utilização atual, é considerada equitativa se demonstrado que ela estaria sendo feita para evitar o esgotamento dos recursos, com a guarda desses bens para as gerações futuras. Prossegue o autor afirmando:

Uma geração deve tentar ser solidária entre todos os que a compõem. A Constituição da Espanha (1978) afirma que os Poderes Públicos devem defender e restaurar o meio ambiente, ‘apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva’. A continuidade da vida do planeta pede que esta solidariedade não fique represada na mesma geração, mas ultrapasse a própria geração, levando em conta as gerações que virão após. O princípio cria um novo tipo de responsabilidade jurídica: a responsabilidade ambiental entre gerações.¹¹⁰

Não se trata de expectativa de direito, uma vez que a futura geração tem o mesmo direito da atual geração, sendo titular do direito difuso ao meio ambiente equilibrado.

É nesse sentido que Luciane Tessler se refere à idéia de responsabilidade intergeracional, sustentando tratar-se da “obrigação imputada a todos os seres humanos de não mais poderem simplesmente se apropriar de um bem natural, visto que não é mais livre. Muito pelo contrário, se pertence às presentes e às futuras gerações, compete às primeiras usufruí-lo de tal forma a garantir que as futuras gerações o façam do mesmo modo”.¹¹¹

O princípio da igualdade intergeracional traduz um desejo comum de justiça entre as gerações atuais e as gerações futuras. Tal justiça corresponderia, entre outros aspectos, à igualdade de oportunidade de desenvolvimento socioeconômico no futuro, graças à prática da responsabilidade no usufruto do meio ambiente e de seus elementos no presente. Para que a

¹¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 115.

¹¹¹ TESSLER, Luciane Gonçalves, op. cit., p. 73.

oportunidade de utilização equitativa da natureza pelas gerações possa durar, é condição indispensável que os recursos naturais estejam bem conservados.

O Princípio 03 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92) traduz os fundamentos contidos no princípio da igualdade intergeracional dispondo que:

PRINCÍPIO 03 - O direito ao desenvolvimento deve ser realizado de maneira a satisfazer equitativamente as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Edith Brown Weiss, autora da teoria da equidade intergeracional, afirma que “nesta qualidade de guardiães do planeta, temos certas obrigações morais para com as gerações futuras, que podemos transformar em normas jurídicas executórias. Nossos antepassados tinham as mesmas obrigações. Na qualidade de beneficiários dos legados transmitidos pelas gerações passadas, herdamos certos direitos de nos beneficiar dos frutos desse legado, bem como terão direito a essa herança as gerações futuras. Podemos considerar tais obrigações e direitos como planetários, a que qualificaremos como intergeracionais”.¹¹²

i) Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Em linhas gerais, o princípio do desenvolvimento sustentável colima compatibilizar a atuação da economia com a preservação do equilíbrio ecológico. Nessa perspectiva, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento definiu o desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”.

A Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), em seu art. 2º, dispõe que “a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. E no art. 4º, inciso I, informa que visará “à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

¹¹² WOLFF, Simone. *Meio Ambiente X Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/meio_ambiente.htm>. Acesso em 23 out. 2005. 17:53.

A Constituição Federal/88 em seus artigos 170 e 225 abraçou o conceito de desenvolvimento sustentável dado pela Lei n. 6.938/81. O primeiro artigo está inserido no Capítulo que trata da Ordem Econômica e Financeira e o segundo no Capítulo do Meio Ambiente. Ambos referem-se ao desenvolvimento econômico e social desde que observada a preservação e defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Entretanto, a formalização expressa do desenvolvimento sustentável como meta a ser buscada e respeitada por todos decorre do Princípio 04, insculpido na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que contém a seguinte dicção:

PRINCÍPIO 04 - Para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente em relação a ele.

O direito do desenvolvimento sustentável pode ser compreendido como um conjunto de instrumentos preventivos, ferramentas de que se deve lançar mão para conformar, constituir, estruturar políticas, que teriam como cerne práticas econômicas, científicas, educacionais, conservacionistas, voltadas à realização do bem estar generalizado de toda uma sociedade.

Exemplo pertinente de aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável pode ser encontrado no manejo florestal, nas atividades de reciclagem, na produção de energia limpa, como aquelas obtidas a partir da luz solar ou dos ventos, dentre outras. Não se trata, portanto, de cercear a atividade econômica que tem como meta a satisfação das necessidades e aspirações humanas, mas de compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento.

5.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

a) Evolução Histórica

Antes da Constituição Federal de 1988, que hoje rege nosso ordenamento jurídico, a proteção outorgada pelo legislador ao meio ambiente sempre foi de uma visão homocêntrica da questão, ou seja, amparava-se nosso patrimônio biológico-ambiental à medida em que a própria saúde do ser humano estivesse em risco. Daí não existir qualquer menção expressa de arrimo constitucional, em nosso ordenamento jurídico, no sentido de se tutelar a biota, antes de 1988.

Desta forma, para se alcançar a punição ou reparação de danos causados ao meio ambiente, necessário far-se-ia, antes, que se provasse a existência de degradação das condições de saúde humana, o que poderia jamais ocorrer de maneira direta, sendo, portanto, uma visão extremamente minimista dada a um problema de tamanha monta.

As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca.

A Constituição Federal de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da 'Ordem Social' (Capítulo VI do Título VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.¹¹³

É de se notar, contudo, que, sem querer impor uma determinação nesta divisão, mesmo antes de 1988 era possível se perceber o desenvolvimento de um Direito Ambiental em nosso ordenamento jurídico, tendo Antônio Herman V. Benjamin dividido a evolução histórica do período de surgimento da disciplina, em termos de legislação, até os dias atuais, em três fases, demonstrando a preocupação que a sociedade outorgou ao nosso patrimônio ambiental nos últimos anos.

A primeira fase, denominada de “exploração” ou “*laissez-faire* ambiental”, foi marcada pela quase inexistência de salvaguarda jurídica da biota, transcorrendo-se do período colonial e imperial ao republicano, caminhando-se até a década de 60, sendo as ações governamentais caracterizadas por iniciativas isoladas, mais com o sentido de se conservar determinadas culturas do que propriamente buscar a preservação. Basicamente, a conquista de novas fronteiras era tudo o que importava na relação do homem para com natureza. A omissão legislativa, portanto, era dominante neste período.¹¹⁴

A Constituição Imperial de 1824 adotou a fórmula *laissez-faire, laissez-passer*, segundo a qual o Estado não deveria se intrometer nas atividades econômicas, que se auto regulavam livremente. Nessas circunstâncias, foi muito natural a Constituição de 1824 não ter em seu texto qualquer referência a ordem constitucional econômica e, muito menos, a questão de proteção do meio ambiente. Ignorando, assim, tudo aquilo que José Bonifácio de Andrade e Silva redigira em “Uma representação à Assembléia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura”:

A natureza fez tudo a nosso favor, nós, porém, pouco ou nada temos feito a favor dela. [...] Nossas preciosas matas vão desaparecendo, vítimas do fogo, do machado destruidor, da ignorância e do egoísmo. Nossos montes e encostas se vão escalvando diariamente e, com o andar do tempo, certamente faltarão cair chuvas fecundantes, para favorecerem a vegetação e alimentarem fontes e rios, sem o que, o nosso belo

¹¹³ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 46.

¹¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V, op. cit.

Brasil, em menos de dois séculos, ficará reduzido aos páramos e desertos áridos da Líbia.¹¹⁵

Seguiu-se a segunda fase, denominada de “fragmentária”, marcada pela preocupação não ainda com o mundo natural em si, mas sim com as diversas categorias de recursos naturais existentes, impondo ao legislador controles às atividades exploradoras. Deu-se o surgimento dos Códigos, tais como: o Florestal (Lei n. 4.771/65); o de Caça (Lei n. 5.197/67); o de Pesca (Decreto-Lei n. 221/67) e o de Mineração (Decreto-Lei n. 227/67). Mais tarde, surgiram também algumas leis específicas: a Lei de Responsabilidade por Danos Nucleares (Lei n. 6.453/77); a Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição (Lei n. 6.803/80); e, por fim, a Lei de Agrotóxicos (Lei n. 7.802/89).

Ademais, veio a terceira fase, chamada de “holística”, sendo a ocasião, nas palavras do Prof. Benjamin, “na qual o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como sistema ecológico integrado (resguardando-se as partes a partir do todo) e com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico)”. Temos como ícone inaugural desta fase, que segue até hoje, a Lei da Política Nacional do Meio-Ambiente (Lei n. 6.938/81). Mais recentemente, foi promulgada a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), com responsabilização inclusive para pessoas jurídicas, concretizando-se, em lei ordinária, texto até então com previsão apenas constitucional (Constituição Federal/88, art. 225, § 3º).

Há que se ressaltar que não há compartimentação estanque destas fases no tempo, não podendo, portanto, haver cientificidade na observância das condutas daqueles que elaboraram as leis. A verdade é que o estudo destas fases apenas serve para impor uma certa didática ao conteúdo, pois tais legislações, infelizmente, apenas começaram a surgir com a necessidade imposta pela realidade factual que ia, na medida do tempo, se apresentando, e não como fruto da materialização de pesquisa científica atenta para os problemas relacionados ao meio ambiente natural e ao desenvolvimento sustentável humano.

b) A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal/88 elevou a questão ambiental ao âmbito constitucional, dedicando o Capítulo VI do Título VIII ao meio ambiente, sendo aí encontrado o núcleo da questão ambiental. Conforme averbou José Afonso da Silva, “tendo-a elevado (a defesa do meio ambiente) ao nível de princípio da ordem econômica, isso tem o efeito de condicionar a

¹¹⁵ SILVA, Américo Luiz Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 489.

atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia”.¹¹⁶

Entretanto, em outros dispositivos dispersos pelo texto constitucional há referência explícita, e ainda, implícita, à questão ambiental.

De fato, a questão ambiental permeia o texto constitucional mediante expressão explícita ao meio ambiente, que se mostra ao pesquisador com maior clareza. Há, porém, muitos outros dispositivos em que os valores ambientais se apresentam sob o véu de outros objetos da normatividade constitucional. Como nota Renato Magalhães Jr., são dispositivos com valores do meio ambiente em penumbra constitucional, passíveis de descoberta, que demanda pesquisa atenta na Constituição.¹¹⁷

A primeira referência expressa ao meio ambiente na Constituição Federal apresenta-se no art. 5º, inciso LXXIII, que confere a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O art. 20, ao descrever os bens da União, faz referência às terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental.

Ao dispor acerca da competência material ou executiva, o art. 23 reconhece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos, o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas, preservar as florestas, a fauna e a flora.¹¹⁸

O art. 24, por sua vez, confere competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico e responsabilidade por dano ao meio ambiente.¹¹⁹

A competência para legislar sobre a maior parte das questões ambientais é concorrente, cabendo à União a edição de normas gerais, principiológicas (fundamentos e diretrizes), e aos Estados Membros e Distrito Federal a edição de normas específicas. São exceções a essa regra as disposições constantes nos incisos IV, XII e XXVI do art. 22, que determinam competir privativamente à União legislar sobre água e energia, jazidas e minas e atividades nucleares.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 728.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 47.

¹¹⁸ Art. 23, incisos III, VI e VII, da Constituição Federal/88.

¹¹⁹ Art. 24, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal/88.

Importante destacar que a competência dos Estados Membros, no que diz respeito às matérias cuja competência legislativa é concorrente, caracteriza-se como suplementar, entendida como o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais editadas pela União, ou que supram a ausência ou omissão destas, restringindo-se a possibilidade de legislar plenamente aos casos em que não exista lei federal (art. 24, § 3º, da Constituição Federal/88).

A Constituição Federal não atribuiu aos Municípios competência para legislar sobre as matérias elencadas no art. 24. Assim sendo, os Municípios, em uma primeira análise, não poderiam editar leis sobre questões ambientais. Ocorre que os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal/88 determinam que os entes municipais são competentes para legislar sobre assuntos de interesse local, bem como para suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.

Assim, os Municípios têm competência legislativa suplementar quando estiver envolvido interesse local, mas essa competência suplementar requer a observância das normas gerais federais e das normas específicas estaduais.

Por outro lado, tratando-se de normas de preservação ambiental, não se pode ignorar que o aspecto suplementar diz respeito exclusivamente ao caráter mais restritivo da norma municipal, não sendo admitida pelo sistema aquela que contrarie ou deturpe a finalidade e conteúdo das normas federais e estaduais, visto que a exacerbação da competência municipal significaria, muitas vezes, o sacrifício da proteção e defesa do meio ambiente, constitucionalmente previstos.

Isso porque o critério básico para a solução de conflitos normativos ambientais entre os diferentes entes federativos é aquele que garante a prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por se tratar de preceito constitucional que se impõe à ordem jurídica central ou regional: *in dubio pro natura*.¹²⁰

O art. 91 dispõe que compete ao Conselho de Defesa Nacional propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo (§ 1º, inciso III).

Ao dispor acerca das funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, inciso III, o legitima a promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

No Título VII da Constituição Federal/88, da Ordem Econômica e Financeira, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental

¹²⁰ LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Meio Ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002, p. 131.

dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, é apresentada como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso VI).

Relevante é o art. 170, VI, que reputa a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica, o que envolve a consideração de que toda atividade econômica só pode desenvolver-se legitimamente enquanto atende a tal princípio, entre os demais relacionados no mesmo art. 170, convocando, no caso de inatendimento, a aplicação da responsabilidade da empresa e de seus dirigentes, na forma prevista no art. 173, § 5º. O art. 174, § 3º, determina que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente, além da promoção econômico-social dos garimpeiros. Quer dizer, se o meio ambiente não estiver sendo devidamente protegido, o Estado estará proibido de favorecer a organização da atividade garimpeira.¹²¹

A utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem, nos termos do art. 186, inciso II, um requisito da função social da propriedade rural, cuja inobservância pode propiciar desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184).

No Título VIII da Ordem Social, o art. 200, inciso VIII, atribui ao sistema único de saúde a função de colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. O art. 216, inciso V, considera patrimônio cultural brasileiro os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Já o art. 220, ao dispor acerca da comunicação social, confere competência à lei federal no § 3º, inciso II, para estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Em seqüência a Constituição Federal/88 apresenta o Capítulo VI, do Meio Ambiente, que ora transcrevo:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

¹²¹ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 48.

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 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.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Importante destacar que, como ensina José Afonso da Silva, o art. 225 compreende três conjuntos de normas. O primeiro encontra-se no *caput*, onde se inscreve a norma princípio, norma matriz, substancialmente reveladora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O segundo encontra-se no § 1º e seus incisos que estatuem sobre os instrumentos de garantia da efetividade do direito enunciado no *caput* do artigo. O terceiro caracteriza um conjunto de determinações particulares, em relação a objetos e setores, referidos nos §§ 2º a 6º, nos quais a incidência do princípio contido no *caput* se revela de primordial exigência e urgência, dado que são elementos sensíveis que requerem imediata proteção e direta regulamentação constitucional.

Por fim, verifica-se que a Constituição Federal/88 reservou um grande número de dispositivos tendentes à preservação do meio ambiente. Entretanto, para que as disposições constitucionais concretizem, para que seja assegurada sua efetividade, são necessárias prestações positivas e negativas do Estado e da coletividade.

Pelo grande número de dispositivos existentes na Constituição Federal de 1988 conclui-se que o Brasil, atualmente, possui uma boa estrutura constitucional de proteção ao meio ambiente. Todavia, de nada vale se ter apenas boas normas, é necessário que elas sejam efetivamente aplicadas aos casos concretos. De qualquer forma, sem entrar na questão da correta e efetiva aplicação das normas ambientais, a

nossa estrutura constitucional de proteção ao meio ambiente representa uma profunda preocupação em limitar a busca a qualquer custo da acumulação de capitais e riquezas e modificar a política tradicional adotada até o advento da Constituição Federal de 1988. Ela consagra a conscientização da necessidade de se alterar, não apenas as bases da organização social e econômica do mundo, mas também a atitude diante das questões ambientais que são uma ameaça à qualidade da vida humana e sobrevivência das demais espécies de seres vivos.¹²²

5.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

a) Evolução Histórica

Segundo Márcia Leuzinger, a relação entre o homem e a natureza passou por fases distintas, iniciando com o homem pré-histórico e antigo que atribuía à natureza caráter de divindade, considerando-a sagrada. Com o monoteísmo e o cristianismo há a dessacralização da natureza, que passa a ser considerada fonte de recursos naturais inesgotáveis para servir o homem.

A concepção de natureza apenas como fonte de recursos é produto de um processo de dessacralização, oriundo do desenvolvimento do monoteísmo, introduzido pela tradição judaico-cristã, que impôs a transferência de valores místicos dos bens naturais para um Deus único, que paira acima de tudo e de todos e que criou o homem a sua imagem e semelhança, atribuindo-lhe, assim, um valor logicamente maior do que aos demais seres vivos.

O processo de dessacralização, aliado à produção em série, que demandava a cada dia, um volume maior de matérias primas, e, ainda, a certeza de constituir-se o homem no ser mais importante do universo, com a conseqüente visão de que a natureza existe exclusivamente para servi-lo, eis que fora criado a imagem e semelhança de Deus, conduziu à pilhagem do sistema natural, à destruição sistemática e despreocupada da natureza, atingindo níveis tão alarmantes que o próprio homem foi obrigado a repensar sua posição diante dela.¹²³

Com a revolução industrial, no século XIX, o aumento populacional e a crescente industrialização, há aceleração da degradação ambiental. Os recursos ambientais deixam de ser vistos como fonte de subsistência e passam a ser concebidos como fonte de matéria prima para a produção de riquezas.

Com a revolução industrial, os termos da relação utilização e capacidade de regeneração da natureza foram invertidos: nossa espécie começou a violentar o movimento global da natureza, alterando o quadro, com a ruptura da escala e do ritmo sob o duplo efeito do crescimento demográfico e do desenvolvimento tecnológico sem precedentes históricos.¹²⁴

Apenas a partir de meados do século XX começaram a ser sentidos os efeitos da exploração ilimitada da natureza. Com o comprometimento do equilíbrio ecológico e a

¹²² SILVA, Américo Luiz Martins da, op. cit., p. 508.

¹²³ LEUZINGER, Márcia Dieguez, op. cit., p. 38.

¹²⁴ YU, Chang Man. *Seqüestro florestal de carbono no Brasil*. São Paulo: Annablume, IEB, 2004, p. 37.

escassez dos recursos naturais altera-se o paradigma de natureza inesgotável para a concepção de necessidade de preservação.

Assim, e em razão da mudança do paradigma, erigiu-se a responsabilidade civil na área ambiental visando a evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente, com a imposição de medidas repressivas para inibir a prática deliberada de agressões ambientais ou para reparar o meio ambiente, da maneira mais completa possível, quando o dano é inevitável ou já ocorreu.

Para a reparação ou compensação pelos danos causados ao meio ambiente, o ordenamento jurídico positivo brasileiro adotou a teoria da responsabilidade objetiva, como se verifica pelo disposto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 14. [...] § 1º: Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Tal orientação foi mantida integralmente pelo legislador constituinte, conforme se verifica da leitura do § 3º do art. 225 da Constituição Federal/88, que dispõe sobre a responsabilidade do agente pelas condutas lesivas ao meio ambiente, sujeitando-o à reparação do dano causado, sem prejuízo das demais responsabilidades nas esferas penal e administrativa.

Conforme averbou o Desembargador Federal do TRF da 4ª Região, Paulo Afonso Brum Vaz:

A falta de menção expressa do texto constitucional à expressão independentemente de culpa tem levado alguns doutrinadores a conjeturar sobre a real intenção do constituinte. Não nos parece, porém, possa haver dúvida a respeito da adoção, pela Constituição Federal, da teoria da responsabilidade objetiva em matéria de dano ambiental. O legislador constituinte, em verdade, ampliou as garantias de defesa ambiental, promovendo a consolidação das normas especiais e gerais vigentes anteriormente à promulgação da Carta Magna. Prova disso é que a defesa do meio ambiente figura como um dos princípios norteadores da ordem econômica, a dizer que o exercício das atividades produtivas deve estar condicionado à observância dos cuidados indispensáveis que deve ter o empreendedor para evitar a degradação ambiental.¹²⁵

Importante destacar que, a Constituição Federal, a par de recepcionar a legislação sobre meio ambiente vigente antes de sua promulgação, dispensou ao problema tratamento especial em termos de garantias oferecidas à sociedade, tanto no que diz respeito ao ressarcimento dos prejuízos causados como nos casos de intervenção preventiva do Poder Estatal.

¹²⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Reparação do Dano Ambiental – caso concreto: Mineração em Santa Catarina e o meio ambiente*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 22, jul./set. 2003, p. 41-48.

Por outro lado, há que se ressaltar que nem todos os países adotam o sistema da responsabilidade objetiva em matéria ambiental. Como bem destacado por Paulo de Bessa Antunes “neste particular, a legislação brasileira está muito mais adiantada do que de diversos países europeus. Em verdade, a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, em muitos países europeus, por exemplo, está fundada na culpa, sendo, portanto, subjetiva. Sabemos, entretanto, que a apuração da culpa, em cada caso concreto, é uma tarefa que, processualmente, é bastante árdua. Ademais, quando se trata de culpa por omissão, as dificuldades se ampliam sobremaneira”.¹²⁶

b) Direito Comparado

Nos países europeus não há uniformidade no que se refere à adoção de teoria de responsabilidade civil por dano ambiental. Em fevereiro de 2000 a Comunidade Econômica Européia apresentou o Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental objetivando configurar um regime comunitário de responsabilidade ambiental, visando a melhor aplicação dos princípios ambientais consagrados no Tratado CE e a implementação do direito ambiental comunitário.

Embora a maioria dos Estados-Membros tenha introduzido leis nacionais para lidar com a responsabilidade estrita dos danos causados por atividades que são de algum modo perigosas para o ambiente, estas leis possuem âmbitos muito diferentes e muitas vezes não abrangem de forma coerente todos os danos causados pelas atividades contêm reconhecidamente um risco para o ambiente. Além disso, estes regimes de responsabilidade apenas são operacionais quando se trata de danos à saúde humana ou ao patrimônio, ou de zonas contaminadas. Em geral, não são aplicados aos danos aos recursos naturais. É, pois, importante, que um regime comunitário de responsabilidade ambiental também abranja os danos infligidos aos recursos naturais, pelo menos aqueles que já se encontram protegidos pelo direito comunitário, nomeadamente ao abrigo das diretivas «Aves» e «Habitats», nas áreas designadas da rede Natura 2000. Os Estados-Membros deverão assegurar a reparação dos danos causados nestes recursos naturais protegidos, aconteça o que acontecer, mesmo nos casos em que um regime de responsabilidade não possa ser aplicado (por exemplo, se o poluidor não puder ser identificado), uma vez que se trata de uma obrigação imposta pela Diretiva «Habitats». Os efeitos preventivos da responsabilidade civil deverão, por sua vez, ter um efeito de «estímulo» numa União alargada, facilitando assim a aplicação das regras ambientais pelos novos Estados-Membros.¹²⁷

Na Itália a responsabilidade ambiental é regida pela Lei n. 349, de 08 de julho de 1986, alterada pela Lei n. 59, de 03 de março de 1987, que dispõe, em seu art. 18 que “qualquer fato doloso ou culposos, em violação às disposições legais ou provimentos

¹²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 148.

¹²⁷ Livro Branco. Disponível em < http://europa.eu.int/comm/environment/liability/el_full_pt.pdf>. Acesso em 23 out. 2005. 23:57.

administrativos, que comprometa o meio ambiente, causando-lhe dano, alterando-lhe, deteriorando-lhe, bem como destruindo-lhe, no todo ou em parte, obriga o autor do fato ao ressarcimento perante o Estado”.

Verifica-se, dessa forma, que a Itália adotou expressamente a responsabilidade civil por danos ambientais subjetiva, fundada na culpa, respondendo cada agente, no caso de concurso de pessoas, nos limites da própria responsabilidade individual.¹²⁸

Há que se ressaltar que a Constituição Federal Italiana data de 1947, contendo forte teor pós-guerra, revelando-se inexpressiva em relação ao meio ambiente, que não mereceu o destaque que hoje se exige.

Na Alemanha a questão de responsabilidade ambiental encontra-se disciplinada pela Lei Federal de Responsabilidade Civil Ambiental, de 10 de dezembro de 1990.

Pela citada lei alemã, a responsabilidade também é objetiva, principalmente para determinadas fontes poluidoras, como as instalações industriais. A prova do vínculo entre o dano e o nexa causal é presumida, ou seja, há uma presunção de causalidade entre uma determinada atividade e a poluição.

Contudo, pode-se alegar a excludente de responsabilidade presumida se a atividade estiver sendo exercida conforme as normas administrativas pré-estabelecidas pelo Poder Público. Mas esse excludente de presunção não é absoluto. No caso de comprovação do dano ambiental, há o dever de indenizar.¹²⁹

Entretanto, no ordenamento alemão, ampara-se o patrimônio ambiental à medida que a própria saúde e a integridade física do ser humano estão em risco; a tutela ao meio ambiente surge indiretamente, reflexamente.

Para o sistema germânico os bens ambientais e o patrimônio privado estão integrados, interligados. Assim, ocorrendo um fato lesivo referente ao direito de propriedade que também venha a afetar, por exemplo, a paisagem natural, permite-se ao lesado o ressarcimento de ambos os danos, sem a exigência da demonstração da culpa para viabilizar o dever de indenizar.

A Suécia no Ato de Proteção Ambiental de 1969 introduziu a responsabilidade objetiva quando o “incômodo é substancial e não seja razoável tolerar” em vista de circunstâncias locais.

¹²⁸ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 316.

¹²⁹ ALBERGARIA, Bruno, op. cit, p. 175-176.

Na França não há legislação específica regulando a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Recorre-se, pois, à regra geral prevista nos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil Francês, que contempla a responsabilidade subjetiva.

Da mesma forma, na Espanha, as questões ambientais recebem tratamento genérico, conforme dispõe seu Código Civil, especialmente os artigos 1.902 a 1.910, que afirmam a adoção da responsabilidade subjetiva. Não obstante, a jurisprudência espanhola evoluiu para a aplicação de um Direito mais sensível aos dias atuais, com a adoção da inversão do ônus da prova e da presunção da culpa do causador do dano ambiental.

Na Espanha, Ramón Martín Mateo ensina que la jurisprudência, en todos los países, incentivada por la doctrina, ha venido ampliando los supuestos de responsabilidad objetiva como consecuencia de la introducción de riesgos en el contexto de la civilización industrial, lo que tiene perfecto encaje en el ámbito del Derecho Ambiental, haciendo desaparecer la culpa o al menos invirtiendo la carga de la prueba como ante la trascendencia colectiva y no solo individual de los perjuicios. La propia Constitución española sostiene esta evolución al establecer rotundamente la obligación de reparar los daños causados.¹³⁰

O Japão previu a responsabilidade objetiva da poluição da água (art. 19 da Lei n. 138/70), da poluição atmosférica (Lei n. 97/68) e de incidentes provenientes de instalações nucleares (Lei n. 147/61).

A Argentina apresenta legislação ampla e avançada sobre a questão ambiental, contemplando leis referentes à água, à energia, à mineração, às florestas e ao solo. No que tange à responsabilidade civil, a Lei n. 24.051, de 8 de janeiro de 1992, que dispõe sobre os resíduos perigosos, regula, de forma pormenorizada, tanto a responsabilidade civil como a responsabilidade penal em relação aos danos ambientais. Em sua vertente civil filia-se à teoria objetiva.

Importante destacar que “a legislação argentina tem evoluído, dando grande importância à questão da prevenção do dano, ressaltando-se, inclusive, o Projeto de Código Civil, que traz regra expressa. São pontos louváveis do direito argentino, a possibilidade de utilização das medidas cautelares para defesa do meio ambiente, a modernização da legitimação ativa e passiva para as ações, o reconhecimento da responsabilidade coletiva, quando não é possível individualizar o causador do dano”.¹³¹

A Constituição Federal argentina dispõe no Capítulo II, artigos 41 a 43, que o ambiente saudável é um direito fundamental do homem, reconhecendo o caráter difuso do

¹³⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 328.

¹³¹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, op. cit., p. 74.

interesse respectivo e, ainda, definindo como obrigação compartilhada aquela de velar pela preservação e melhoria do meio ambiente.

O Chile apresenta legislação específica para a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, tendo sido a questão disciplinada pela Lei n. 19.300, de 9 de março de 1994, conhecida por Lei de Bases Gerais do Meio Ambiente.

Sem embargo dessa Lei, a matéria ainda recebe tratamento genérico fornecido pelo Código Civil, assim como em outros textos legais, sobretudo Convenções Internacionais sobre o assunto, devidamente internalizadas no Direito chileno.

De acordo com o artigo 51 da denominada “Lei de Bases”, *“Todo aquele que culposa ou dolosamente cause dano ambiental, responderá pelo mesmo em conformidade com a presente lei”*. Verifica-se que o Chile trilhou o caminho da responsabilidade subjetiva. Todavia, há outras leis que contemplam, formalmente, responsabilidade objetiva para danos ambientais. É o caso da lei que regula a aplicação de agrotóxicos ou ainda da lei que dispõe sobre danos nucleares. Estas, diante de caráter específico, prevalecem sobre a Lei de Bases, o que é expressamente ressalvado por seu próprio artigo 51.¹³²

No âmbito do MERCOSUL, verifica-se que o Tratado de Assunção, firmado aos 26 de março de 1991, pelos países membros Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, não apresenta a proteção ambiental como um de seus objetivos, mas no seu preâmbulo a prevê como um instrumento de integração econômica. “Tal inserção nos considerandos do Tratado permitiu que se lograsse direcionar as tentativas de cooperação/integração, também com enfoque ambiental, permitindo que hoje já se possa pensar em estabelecer uma política ambiental comum na região”.¹³³

A Reunião Especializada em Meio Ambiente – REMA, realizada no encontro de Las Leñas e transformada no 6º Sub-Grupo de Trabalho do Mercosul, dedicou-se a analisar a legislação ambiental dos países membros e as propostas de diretrizes e harmonização das políticas ambientais, bem como a implementar a Série ISSO 14.000 de gestão ambiental, como fator favorável de competitividade para os produtos oriundos do Mercosul, no mercado internacional e à criação de um documento único de otimização dos níveis de proteção ambiental.

É importante dizer que, segundo registra a Revista de Direito Ambiental n. 12, em 19.07.98, tornou-se pública a minuta do documento único supramencionado [Resolução GMC n. 10/94], denominado Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre o Meio Ambiente, com a reafirmação da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (1972) e da Declaração do Rio 92, além do traçado de uma política ambiental do Bloco.

¹³² Dados extraídos da tese de mestrado apresentada por José Ricardo Alvarez Vianna: Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente no Direito Brasileiro.

¹³³ ALBERGARIA, Bruno, op. cit., p. 178.

O Mercosul firmou alguns Tratados Ambientais, dentre os quais se podem citar: Acordo sobre Cooperação em Matéria Ambiental (1992, internalizado em 1997), que confere prioridade às questões ambientais em áreas fronteiriças; Acordo Bilateral Brasil-Argentina sobre Cooperação em Matéria Ambiental (Buenos Aires, 1996), que dispõe sobre a proteção a ecossistemas de regiões limítrofes em face do incremento populacional de mercadorias e de serviços, quando os projetos envolvam integração física entre os dois países.¹³⁴

Verifica-se, dessa forma, que a reparação dos danos causados ao meio ambiente mereceu especial atenção dos legisladores no campo da responsabilidade civil em todo o mundo, em razão da importância indiscutível que a proteção ambiental e os demais interesses difusos e coletivos adquirem na sociedade moderna. Adotou nosso ordenamento, como anteriormente exposto, a teoria da responsabilidade objetiva, como forma de tornar eficaz o ressarcimento dos prejuízos, sem o inconveniente de ter o lesado (no caso, a sociedade) o ônus de provar que o agente agressor agiu culposamente.

c) Responsabilidade Civil Objetiva por Danos Ambientais

A responsabilidade objetiva ambiental obriga o causador do dano – agente – ao ressarcimento do prejuízo causado pelas condutas lesivas ao meio ambiente, independentemente da existência de culpa. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. Ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta.

O nexo de imputação, pois, para a responsabilização do agente degradador é tão-somente a idéia de risco natural decorrente do exercício de atividade potencialmente lesiva ao ambiente, direito consagrado constitucionalmente.

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e do dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.¹³⁵

A jurisprudência dos Tribunais Pátrios confirma o entendimento de que é objetiva a responsabilidade civil por dano causado ao meio ambiente. Confira-se:

¹³⁴ ALBERGARIA, Bruno, op. cit., p. 179.

¹³⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 326-327.

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINERAÇÃO. DANOS CAUSADOS. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO POLUIDOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA UNIÃO.

I - Inocorrência de cerceamento pelo indeferimento de prova, porquanto a responsabilidade do poluidor é objetiva, prescindindo da prova de culpa, constituindo-se o dano e o nexo causal fatos notórios conforme elementos comprobatórios encartados nos autos do inquérito civil público.

II - Incidência do artigo 1518 do Código Civil que consagra a responsabilidade solidária dos causadores do dano. Possibilidade de regresso com fulcro no artigo 1524 do Código Civil.

III - A responsabilidade civil da União na espécie segue a doutrina da responsabilidade subjetiva, traduzida na omissão - "faute du service". Hipótese em que provada a ineficiência do serviço fiscalizatório. Responsabilidade solidária do ente estatal com o poluidor.

(...)

(Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, AC n. 2001.04.01.016215-3/SC, Relatora Juíza MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRERE, DJU de 20.11.2002, p. 407.)

.....
DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho.

II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n. 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.

(Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp n. 28222/SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ de 15.10.2001, p. 253.)

Como conseqüências da adoção da responsabilidade objetiva, cita-se:

a) Irrelevância da intenção danosa: a responsabilidade objetiva visa a garantir, antes, o ressarcimento do prejuízo, ao invés de investigar sobre eventual intenção por parte do agente;

b) Irrelevância da licitude da atividade: a responsabilização do agente causador do dano funda-se no risco da atividade por ele desempenhada, de modo que, embora lícita sua atuação, não poderá ser eximido de ressarcir à sociedade os prejuízos causados. Assim, mesmo devidamente licenciada, se a atividade vier a causar dano ao meio ambiente ou à saúde pública, deverá responder o agente empreendedor;

É importante ainda dizer que nem mesmo a existência de uma licença pode funcionar como salvo-conduto para as atividades desenvolvidas por determinada empresa, já que o próprio agente pode verificar se sua atividade é ou não prejudicial ao meio ambiente. Assim, a demonstração da legalidade do ato não é suficiente para eximir o causador do dano de indenizá-lo. [...]

Mas, como referido, a atividade lícita, autorizada, pode gerar dano ao meio ambiente, o que confirma a idéia de que a superação do limite de tolerabilidade, para fins de reparação de danos, deve sempre ser apreciada pelo magistrado, na análise do caso concreto na ação de responsabilidade civil, sempre considerando as características do meio atingido. Até mesmo a atividade realizada de acordo com as normas que estabeleceram um certo limite de tolerabilidade não vincula o julgador; uma vez provado que o meio ambiente não conseguiu absorver e reciclar as agressões que ele sofreu, haverá dano e, por via de consequência, reparação. Por isso, até a obediência pelo degradador dos padrões de qualidade do meio receptor, pré-determinados administrativamente, não o exime de indenizar.¹³⁶

c) Irrelevância da prova da ausência de culpa: a teoria da responsabilidade objetiva despreza, para efeitos de exclusão de responsabilidade do agente, a noção de culpa. Os casos de responsabilidade objetiva são de presunção *juris et jure*, não sendo possível fazer prova da inexistência da culpa;

d) Redimensionamento do nexos causal e de sua importância: o nexos causal não é considerado em relação à ação ou omissão, mas sim à atividade desenvolvida pelo agente, que tem o ônus da prova de que sua atividade não é potencialmente poluidora, resolvendo-se a dúvida científica em favor da sociedade, consoante recomenda o princípio da precaução, vigente no Direito Ambiental.

Indiscutível, por outro lado, a caracterização da responsabilidade objetiva para as agressões ambientais iniciadas anteriormente e que prosseguiram, sem solução de continuidade, depois de editada a Lei n. 6.938/81. Nessa situação configura-se o caso em que a lei posterior, embora prejudicial ao infrator, deve ser aplicada, a exemplo do que ocorre nos delitos continuados, em que tanto a jurisprudência quanto a doutrina acolhem a tese da aplicação da lei mais severa, mesmo retroativamente.

Há que se ressaltar a questão da irrelevância da mensuração da atividade individual no concurso de agentes causadores do dano. Ninguém pode medir o dano ambiental causado por

¹³⁶ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, op. cit., p. 96-97.

cada agente, uma vez que o dano ambiental não comporta mensuração. Por isso atribui-se aos causadores do dano a responsabilidade solidária, que independe do alcance causado.

Assim, a ação para ressarcimento pode ser proposta contra um, alguns ou todos os causadores, independentemente da maior ou menor participação. Se alguma empresa polui menos que outra, e tiver de responder por mais do que devia, tal circunstância não pode ser invocada em ação civil pública, devendo resolver-se na via regressiva (nesse caso, com base na culpa).

A ausência de questionamento quanto à divisão precisa da responsabilidade por parte de cada causador do dano ambiental dá-se em razão da magnitude e relevância do bem ambiental. A técnica concebida pelo legislador ambiental nacional consiste em estabelecer a solidariedade de plano entre todos os sujeitos envolvidos na prática degradadora. Posteriormente, estes, se se considerarem lesados poderão compor civilmente entre si. Se assim não fosse, correr-se-ia o risco de se mergulhar em discussões intermináveis e, por vezes, sem soluções satisfatórias, enquanto o bem ambiental sucumbiria.

Esta orientação, todavia, não é seguida unanimemente pelas legislações estrangeiras. Na Itália, por exemplo, a Lei n. 394, de 08 de julho de 1986, estabelece em seu art. 18, n. 7, que “nos casos de concurso no mesmo evento danoso, cada um responde nos limites da própria responsabilidade individual”. Dessa forma não há que se falar, na Itália, na solidariedade aqui tratada.

Na mesma trilha, a Convenção de Lugano (1963) que dispõe sobre danos resultantes de atividades perigosas ao meio ambiente. Em seu art. 10, a referida Convenção estabelece a regra da solidariedade entre os causadores do dano ambiental. Na seqüência, porém, em seu art. 11, assevera que a responsabilidade será proporcional à participação de cada agente, desde que o interessado demonstre que contribuiu em menor medida para a produção do dano.

Em que pese os dispositivos retro, tem-se que a melhor solução ainda se encontra na regra da solidariedade. A própria temática que norteia a produção e manifestação dos danos ambientais é extremamente complexa para se delimitar o próprio responsável, quanto mais para se dosar, em ação ambiental, a participação de cada agente, para só então impor a indenização.

Uma das dificuldades para a reparação do dano ao meio ambiente reside na identificação do responsável, donde a importância da regra da solidariedade e da possibilidade de atenuação nos critérios de averiguação do nexos causal. É o que explica, com muita propriedade, José Afonso da Silva, esclarecendo que ‘nem sempre é fácil determinar ou identificar o responsável. Sem apenas um foco emissor,

a identificação é simples. Se houver multiplicidade de focos, já é mais difícil, mas é precisamente por isso que se justifica a regra da atenuação do relevo do nexo causal, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade. Disso decorre outro princípio, qual seja o de que à responsabilidade por dano ambiental se aplicam as regras da solidariedade entre os responsáveis, podendo a reparação ser exigida de todos e de qualquer um dos responsáveis'.¹³⁷

Não há que se falar, também, em causas concorrentes para fins de responsabilização por dano ambiental. Nelson Nery Júnior ensina que não existe, para o nosso direito positivo, relevância quanto à separação entre causa “principal” e causa “secundária” do evento danoso para diminuir ou excluir o dever de indenizar. Se da atividade do agente resultar dano ressarcível, há este dever. É oportuno que o causador do dano responda pelo prejuízo experimentado pelo meio ambiente. Não raras vezes, torna-se difícil a identificação perfeita daquele que deu causa ao dano ambiental. Resolve-se este problema com o instituto da solidariedade, instituto que informa a responsabilidade pelo dano ecológico.

Não importa para a sociedade em que proporção a indústria X poluiu o ambiente de determinada região, se mais ou menos que a indústria Y. Basta alguma delas haver dado causa, por intermédio de sua atividade, à poluição ambiental, circunstância ensejadora de prejuízo ao meio ambiente, para que exista a obrigação de indenizar, havendo legitimidade passiva *ad causam* para a ação a ser proposta.

No que tange à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, há que se atentar ao que dispõe o art. 225, § 3º, da Constituição Federal/88, que sujeita tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas às sanções decorrentes de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Desde os remotos tempos da criação das pessoas jurídicas, com personalidade distinta dos seus membros, criou-se um verdadeiro tabu para romper com essa proteção jurídica, porém a realidade forçou o direito: inúmeros foram os casos em que se utiliza a empresa para atingir fins não éticos. Para evitar essa proteção, primeiro a doutrina e, posteriormente, o legislador adotaram a *disregard doctrine* que consiste no desconhecimento dos efeitos naturais da pessoa jurídica, em casos concretos, penetrando em sua estrutura formal para verificar-lhe o substrato, a fim de que não seja utilizada para simulações e fraudes.

Portanto, o indivíduo que se utiliza de uma pessoa jurídica, ao degradar o meio ambiente, poderá, sob a ótica da desconsideração da personalidade jurídica, responder diretamente pelos danos causados.¹³⁸

Dentre as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica encontra-se a quebra do princípio da autonomia, por abuso de direito, ocorrente quando, no exercício de algum direito da pessoa jurídica, são ultrapassados os seus limites, alcançando a conduta um objetivo

¹³⁷ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, op. cit., p. 92-93.

¹³⁸ ALBERGARIA, Bruno, op. cit., p. 145.

ilícito – no caso a degradação ambiental –, ainda que não tenha havido o propósito de causar o prejuízo, mas simplesmente um desvio do direito da sua finalidade.

Os sócios majoritários das empresas, ao permitir as atividades degradadoras do meio ambiente, cometem abuso dos seus estatutos ou contratos sociais, violando também a lei. Essa situação, à similitude do que ocorre por disposição expressa do Código Tributário Nacional – CTN (art. 135) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 28 da Lei n. 8.078/90), autoriza que o juiz desconsidere a personalidade jurídica da sociedade.

O novo Código Civil prevê a desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 50, *in verbis*:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Por outro lado, verifica-se a responsabilidade solidária do Poder Público por dano ao meio ambiente.

A Constituição Federal/88, em seu art. 225, dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A responsabilidade civil do Poder Público por dano ao meio ambiente encontra fundamento no dispositivo constitucional antes citado e no § 6º do art. 37 da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Segundo Patrícia Faga, “o Estado, como detentor do poder de conceder ou não uma licença ou de fiscalizar, deve responder solidariamente com o particular. A dificuldade prática está em obter-se a reparação sem que a mesma reste sempre para ser efetivada pelo Estado, o que acaba implicando na responsabilização da coletividade”.¹³⁹

Nesse sentido a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do excerto do seguinte julgado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE

¹³⁹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, op. cit., p. 96-97.

OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

(...)

2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei n. 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp n. 604.725/PR, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 22.08.2005, p. 202.)

d) Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais

Como anteriormente verificado, o Estado responde objetivamente por danos causados ao meio ambiente por seus agentes, nos termos da regra estabelecida no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal/88. Com efeito, sendo a ação lesiva ao meio ambiente, exclusivamente de atividade do Estado, este responde objetiva e integralmente pelo dano ambiental.

Quando, contudo, a atividade for prestada por terceiros, o Estado será responsável solidariamente se demonstrado o nexo de causalidade entre o ato praticado e sua omissão.

José Rubens Morato Leite destaca que, em tese, o Estado responde solidariamente pelo dano ambiental provocado por terceiros, uma vez que todas as atividades de risco ao meio ambiente estão sob o controle do Estado. Alguns exemplos característicos desta responsabilidade são destacados por Canotilho:

1. incumprimento ou falta de execução de preceitos relativos à proteção do ambiente por parte dos agentes da administração;
2. emanção de normas regulamentares em clara violação das normas legais protetoras dos bens constitutivos do ambiente; e
3. não cumprimento, por parte do legislador, das imposições constitucionais referentes à proteção ambiental.¹⁴⁰

Entretanto, não se deve adotar irrestritamente a regra da solidariedade do Estado pelo dano ambiental, pois responsabilizando irrestritamente o Estado, quem estará arcando com o ônus, na prática, será a própria sociedade. Morato Leite alerta que a maioria das atividades causadoras de dano ambiental exerce-se mediante autorização administrativa, e se as negligências não são raras, a maior parte das vezes é impossível prová-las. Assim, enfatiza o autor que, permanecendo o sistema de responsabilidade desta forma, inviabilizaria qualquer ação eficaz.

Dessa forma, na hipótese de dano ambiental causado por empresa prestadora de serviço público, seja por permissão ou concessão, deverá a própria empresa responder pessoalmente pelos danos, sem qualquer vinculação ou responsabilização solidária do Estado (artigo 25 da Lei 8.987/95).

Para evitar que a imputação do dano recaia invariavelmente no Estado, que se busque partilhar esta responsabilidade, em primeiro plano, com os demais agentes, para evitar que a própria sociedade venha arcar com este ônus, isto, procurando primeiramente buscar junto ao degradador não público a demonstração da prova do nexo de causalidade, evidenciando a predominante responsabilidade do Estado, Fiorillo, Rodrigues e Nery afirmam que o Estado pode ser legitimado passivo, se tiver alguma parcela na atividade causadora do dano. A simples autorização do Poder Público para o funcionamento de alguma empresa que venha causar dano ao meio ambiente não é causa suficiente, por si só, para determinar a responsabilidade da Administração. É necessário que se demonstre o nexo de causalidade entre a autorização estatal e o dano.¹⁴¹

e) Teorias que fundamentam a Responsabilidade Ambiental Objetiva

Como anteriormente destacado, no final do século XIX, a denominada teoria do risco foi desenvolvida para fundamentar a responsabilidade civil objetiva. No que se refere à responsabilidade civil, por dano ambiental, várias concepções em torno da idéia central do risco foram concebidas, dentre as quais, podem ser destacadas as teorias do risco assumido, do risco criado e do risco integral.

Pela teoria do risco integral, o dano ambiental, uma vez verificado, obriga o agente à sua reparação, independentemente da análise da vontade, ou da existência de qualquer das

¹⁴⁰ LEITE, José Rubens Morato, op. cit., p. 197.

¹⁴¹ Ibidem, p. 199.

excludentes de responsabilidade. O agente causador do dano assume todo o risco que sua atividade acarreta e o simples fato de existir a referida atividade, somado à existência do nexo de causalidade entre essa atividade e o dano, produz o dever de reparar.

Basta que reste comprovado o dano, mesmo que o indivíduo tenha contribuído mediante atitude dolosa ou culposa para o evento danoso. Ou seja, o caso fortuito, a força maior, a culpa concorrente ou mesmo exclusiva da vítima não são suficientes para afastar o dever de indenizar.

O dever de reparar, segundo a Teoria do Risco Integral, independe da análise da subjetividade do agente e é fundamentado pelo só fato de existir a atividade de onde adveio o prejuízo.

Aplicando-se a Teoria do Risco Integral às hipóteses de dano ao meio ambiente, verifica-se o agente poluidor assumindo integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, não importando se o acidente ecológico foi provocado por falha humana ou técnica ou se foi obra do acaso ou de força da natureza.

Na concepção do risco assumido, o empreendedor que obtém lucros através de atividades causadoras de riscos à vida, à saúde ou ao meio ambiente, assume a responsabilidade pelos danos ou encargos que lhe são vinculados, em um nexo causal direto com tais riscos, independentemente de culpa, em caso de efetiva ocorrência de eventos danosos.

Todavia, não assume os riscos que não lhe sejam inerentes, havendo exclusão de sua responsabilidade nas hipóteses em que não houver dado causa ao evento danoso (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior) ou quando agir em legítima defesa, em estado de necessidade ou no exercício regular de um direito, por serem circunstâncias gerais desvinculadas do nexo causal direto em relação às atividades exercidas.

A teoria do risco assumido fundamenta-se no princípio de que o empreendedor assume os riscos de sua atividade e responde por eles, porém, não responde por fatos imprevisíveis ou necessários, cujos efeitos não possam ser evitados ou impedidos, e cuja ocorrência não tem como causa determinante a sua atividade, mas seja motivada por circunstâncias outras, como por exemplo, os danos ambientais causados por um sinistro em seu empreendimento, em razão de um temporal ou qualquer outro fenômeno da natureza.

Por outro lado, pela teoria do risco criado, “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver

adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”.¹⁴² Assim, o empreendedor responde por todos os danos havidos em razão das atividades de seu empreendimento, independente de culpa, estabelecendo-se um nexo de causalidade entre a atividade e o evento causador do dano.

A apuração do nexo causal, deste modo, assenta-se na premissa do *conditio sine qua non*, onde o empreendedor responde por todo o evento danoso que não teria sido produzido sem a existência de seu empreendimento ou das atividades deste.

Na tentativa de melhor entender tal situação, pode se fazer o seguinte raciocínio, procura-se eliminar a existência do empreendimento ou de suas atividades, se o resultado danoso deixar de ocorrer, é porque existe o nexo causal entre tal empreendimento (o risco criado por este) e o dano produzido, impondo-se a sua responsabilidade objetiva.

Se, ao contrário, eliminando-se tal existência, mesmo assim o resultado danoso subsistir, é porque não existe tal nexo de causalidade, não subsistindo também, por consequência, a responsabilidade objetiva.

A distinção entre a teoria do risco criado e a teoria do risco integral reside nas consequências da adoção pelo empreendedor de medidas idôneas a evitar os danos causados. Pela teoria do risco integral, ainda que o empreendedor tenha tomado todas as medidas necessárias para evitar o dano, responderá integralmente pelo dano se vier a ocorrer.

f) Teoria adotada pela Legislação Ambiental Brasileira

Para a reparação ou compensação pelos danos causados ao meio ambiente, o ordenamento jurídico positivo brasileiro adotou a responsabilidade objetiva, como se verifica pelo disposto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada pela Constituição Federal/88.

Entretanto, os dispositivos legais referentes à responsabilidade civil por dano ambiental não evidenciam qual a modalidade da teoria do risco adotada como fundamento da responsabilização.

Alguns autores argumentam que o legislador, ao dispor no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 que o poluidor deve responder pelos danos que *causar* ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, excluiu qualquer fato que não possa ser atribuído ao poluidor, como a ação de terceiros, da vítima, o caso fortuito e a força maior. São os

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p.24.

defensores da teoria do risco assumido, que comparam a responsabilidade objetiva ambiental à responsabilidade objetiva do Estado, que adota a teoria do risco administrativo admitindo excludentes.

Em sentido contrário, entendendo que o poluidor deve assumir de forma integral os riscos inerentes à sua atividade, no que concerne à seara ambiental, estão os defensores da aplicação da teoria do risco integral e da teoria do risco, sustentando que o dever de arcar com os custos da reparação do dano surge pelo simples fato de existir a atividade de risco.

Paulo Affonso Leme Machado defende a aplicação da teoria do risco criado, ao sustentar que a responsabilidade do causador do dano ambiental será elidida em razão das excludentes, tão-somente se comprovado que era impossível evitar ou impedir os efeitos do fato necessário.

O local onde está instalada uma usina nuclear é atingido por um terremoto. Esse seria o fato necessário, como afirma o art. 393 do Código Civil Brasileiro. Como efeito do terremoto constata-se vazamento radioativo e conseqüente irradiação, lesando e matando pessoas.

Não é de se aplicar a isenção de responsabilidade de forma automática. Deverá ser analisada a forma de escolha do local, constatando se houve estudo sísmico da área. Se a área está sujeita, com maior probabilidade que outras áreas, a abalos sísmicos, ao se instalar nessa área o empreendedor não poderá beneficiar-se da excludente de responsabilidade. Também deverão ser avaliadas as medidas tomadas para serem evitados danos em decorrência de um possível terremoto. Se as medidas necessárias para evitar o vazamento radioativo não foram previamente tomadas, não houve o uso dos meios para evitar ou impedir os efeitos nocivos ocorridos. Nesses casos não pode ser reconhecida a liberação da responsabilidade civil ambiental.¹⁴³

Édis Milaré entende que a Lei n. 6.938/81 adotou a teoria do risco integral, sustentando que o dever de reparar independe da análise da subjetividade do agente, sendo fundamentada pelo só fato de existir a atividade da qual adveio o prejuízo.

A terceira conseqüência da adoção do sistema de responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral diz com a inaplicabilidade do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro como exonerativas, e com a impossibilidade de invocação de cláusula de não indenizar.

[...]

Ora, verificado o acidente ecológico, quer por falha humana ou técnica, quer por obra do acaso ou por força da natureza, deve o empreendedor responder pelos danos, podendo, quando possível, voltar-se contra o verdadeiro causador, pelo direito de regresso.¹⁴⁴

No mesmo sentido a doutrina de Sergio Cavalieri Filho que aduz que “se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da

¹⁴³ MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 345.

¹⁴⁴ MILARÉ, Edis, op. cit., p. 763.

responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental”.¹⁴⁵

Sérgio Ferraz sustenta que a responsabilidade por danos ambientais deve ser objetiva estando vinculada à teoria do risco integral. Expressa, assim, uma grande preocupação em estabelecer um sistema o mais rigoroso possível face ao alarmante quadro de degradação ambiental existente no Brasil.

Não tenho dúvida em dizer que o próprio esquema da responsabilidade objetiva tem que ser, por seu turno, encarado com uma certa ousadia. É verdade que o art. 107 fala em responsabilidade objetiva. É verdade também, por outro lado, que há várias correntes doutrinárias de responsabilidade objetiva: do fato da coisa, do risco de serviço, do risco criado, do risco integral [...]. A doutrina e a jurisprudência têm afirmado uma certa repulsa ao princípio do risco integral, considerando que não é possível que o simples fato da Administração impute responsabilidade ao Poder Público. Creio que, em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha senão a malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido a omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade.¹⁴⁶

Para Rui Stoco, a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente fundamenta-se na teoria do risco assumido, sendo aplicáveis as excludentes de responsabilidade na apuração do dano. O autor afirma não poder concordar com os defensores da teoria do risco integral, qualificando-a como exacerbada e radical.

Se é certo que o legislador optou pela responsabilidade sem culpa – e, em assim sendo, *legis habemus*, impondo-se obedecê-la –, não nos parece correta a afirmação de que o legislador acolheu a teoria do Risco Integral. Adotou, é certo, a teoria da responsabilidade objetiva, que na previsão constitucional e na própria lei de proteção ambiental empenha responsabilidade pela teoria mitigada do risco, de modo que – para a lei – bastaria o nexos de causalidade entre a atividade exercida e o dano verificado.

Tal contudo não significa que se possa afastar a incidência das causas excludentes da responsabilidade, sob pena de negar a própria teoria, pois essas causas, de que são exemplos o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima, têm o poder e a força de romper aquele nexos causal.

[...]

Se bem compreendemos o pensamento dos juristas citados, há uma inocultável contradição em suas respeitáveis lições. O motivo de força maior, para sua caracterização – convém insistir – requer a concorrência de três fatores: imprevisibilidade, irresistibilidade e exterioridade (causa externa). Se o dano foi causado por um fato da natureza, como uma tempestade, um abalo sísmico etc., a força maior, assim manifestada, exclui, a toda evidência, o nexos causal entre o prejuízo e a ação ou omissão da pessoa a quem se atribuiu a responsabilidade pelo

¹⁴⁵ FILHO, Sergio Cavalieri, op. cit., p. 164.

¹⁴⁶ FERRAZ, Sérgio. *Responsabilidade civil por dano ecológico*. Revista de Direito Público. São Paulo, v. 49-50, 1977, p. 38.

prejuízo. O dano – vale reiterar, em linguagem tautológica – foi produzido, só e só, pela tempestade, pelo abalo sísmico, etc.¹⁴⁷

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais n. 578.797/RS, 218.120/PR e 20.401/SP, confirma a adoção da teoria do risco assumido pela jurisprudência pátria, com aplicação das excludentes de responsabilidade (Anexo 1).

Entendo que o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, ao dispor “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” adotou a teoria do risco assumido, segundo a qual são aplicáveis as excludentes na apuração da responsabilidade pelo dano. Com efeito, as regras de hermenêutica informam que as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente. O Código Civil, lei geral, adota expressamente a responsabilidade civil subjetiva, com análise da culpa, para a reparação de danos, e excepciona a aplicação da responsabilidade civil objetiva às hipóteses previstas em lei.

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

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

A Lei n. 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, é regra especial, devendo, portanto, ser interpretada restritivamente. E a norma não faz qualquer referência no que tange à não aplicação das excludentes. Ora, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Assim, entender não ser cabível a aplicação das excludentes para a responsabilização por danos ambientais representa restrição de direitos inadmissível.

Não obstante concluir pela adoção da teoria do risco assumido pela legislação ambiental brasileira, entendo que não pode haver generalidade na aplicação da responsabilidade causada por danos ambientais.

Há determinadas atividades causadoras de substancial degradação ambiental e representativas de extrema potencialidade de risco de dano que não podem ter tratamento jurídico semelhante às demais atividades.

Não há dúvida de que a proteção ambiental é medida de interesse coletivo. A preservação ambiental é fator essencial para, em última instância, assegurar a existência da vida saudável, em toda a sua extensão. O direito ao meio ambiente sadio situa-se entre os

¹⁴⁷ STOCO, Rui, op. cit., p. 842-844.

interesses difusos da sociedade. Sendo eminentemente público, prevalece sobre o interesse de natureza privada.

Assim, parece-me que não se justifica a aplicação de uma teoria mais benéfica a atividades extremamente degradadoras do meio ambiente. Ao assim proceder, a legislação sujeita a um mesmo tratamento empresas de pequeno e grande porte, atividades representativas de pequeno potencial ofensivo ao meio ambiente e atividades assaz deterioradoras, em desacordo com as disposições do princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal/88 que determina que os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais desigualmente.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.¹⁴⁸

A possibilidade de aplicação da teoria do risco integral para responsabilizar atividades individualizadas, causadoras de maior dano ao meio ambiente, fundamenta-se, ainda, no princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, afirmado na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e norteador do Protocolo de Kyoto:

Princípio 07 - Os Estados devem cooperar, em espírito de solidariedade, para conservar, proteger e restaurar a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista as diferentes contribuições para a degradação do meio ambiente, as Nações têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos têm conhecimento de suas responsabilidades em relação à tentativa internacional de se atingir um desenvolvimento sustentável, haja vista as pressões que estas sociedades exercem no meio ambiente global, e as tecnologias e recursos financeiros que estão sob seus comandos.

A responsabilidade civil por dano ambiental é comum, uma vez que qualquer agente poluidor deve responder pelo dano causado ao meio ambiente, ainda que de pequena monta. Entretanto, a responsabilidade deve ser diferenciada porque algumas atividades são mais representativas de lesões ao meio ambiente do que outras.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

Dessa forma, entendo que deve ser aplicada a teoria do risco integral para responsabilização civil por danos ambientais advindos de atividades de extrema potencialidade de risco.

Apesar de a responsabilidade civil objetiva ser considerada um enorme avanço para a reparação do dano, em determinados casos, e principalmente quando se trata de proteção à vida – pois não se pode falar em vida sem um meio ambiente saudável – há a necessidade de certos avanços, que são, entre outros, a aplicação pontual da teoria do risco integral.

A vinculação da responsabilidade objetiva à teoria do risco integral expressa a grande preocupação dos doutrinadores brasileiros em estabelecer um sistema de responsabilidade por dano ao meio ambiente o mais rigoroso possível, o que se justifica em face do alarmante quadro de degradação existente no Brasil.

A idéia de risco integral procura sugerir a inexistência de excludentes de responsabilidade, expressando a forma mais rigorosa de imputação de responsabilidade por dano ao meio ambiente. A obrigação de reparação decorreria somente do fato dano, excluindo-se qualquer outra determinante externa a ele.¹⁴⁹

Revela-se, portanto, imperativa a evolução dos tratamentos legislativo, jurisprudencial e doutrinário dispensados à responsabilidade civil e à proteção ambiental, no direito brasileiro.

Há que se ressaltar que não defendo a aplicação da teoria do risco integral a toda e qualquer atividade lesiva ao meio ambiente, mas, tão-somente, àquelas atividades de extrema potencialidade de risco.

A rigor, toda atividade humana provoca algum tipo de alteração no meio ambiente. A questão é identificar qual ou quais as atividades podem ser consideradas como potencialmente lesivas.

Passo a analisar as atividades às quais entendo aplicável a teoria do risco integral.

¹⁴⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira, op. cit., p. 322.

6 APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

6.1 DANO AMBIENTAL

A Convenção sobre a Responsabilidade Civil por Danos Resultantes do Exercício de Atividades Perigosas para o Meio Ambiente, realizada pelo Conselho da Europa, estipulou que dano ambiental é todo prejuízo ou dano resultante da alteração do meio ambiente, sendo o meio ambiente composto de todos os seus recursos naturais abióticos e bióticos, tais como o ar, a água, o solo, a fauna e a flora, bem como a interação entre os mesmos fatores, os bens que compõem a herança cultural e os aspectos característicos da paisagem.

A legislação brasileira, contudo, não conceituou expressamente o dano ambiental. A Lei n. 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, define em seu art. 3º, incisos II e III, tão-somente, degradação da qualidade ambiental e poluição.

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera.

A partir das definições constantes dos dispositivos acima transcritos, os doutrinadores formularam diversos conceitos de dano ambiental.

Para Édis Milaré “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”.¹⁵⁰ Para o ilustre jurista, os recursos ambientais encontram-se relacionados no art. 3º, inciso V, da Lei n. 6.938/81, consistentes nos seguintes aspectos: “a atmosfera, as águas

¹⁵⁰ MILARÉ, Édis, op. cit., p. 665.

interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

Paulo de Bessa Antunes faz uma distinção entre poluição em sentido estrito e dano ambiental. Para ele, a poluição em sentido estrito é uma “alteração das condições ambientais que deve ser compreendida negativamente, isto é, ela não é capaz de alterar a ordem ambiental. As suas repercussões sobre a normalidade do ambiente são desprezíveis e, por isto, não são capazes de transformá-la. A poluição em sentido estrito é, portanto, um acontecimento irrelevante”.

Todavia, observa que “o fato de que uma fonte de poluição seja quantitativamente desprezível não é suficiente para que o seu titular não esteja incidindo na prática de dano ambiental, pois é a capacidade de suporte do ambiente que deve ser levada em consideração, e não a emissão em si”. Por seu turno, o dano ambiental “é a poluição que, ultrapassando os limites do desprezível, causa alterações adversas no ambiente”.¹⁵¹

Helita Barreira Custódio conceitua dano ambiental como aquele “decorrente da poluição ambiental pelo uso nocivo da propriedade ou por condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, compreendendo todas as lesões ou ameaças de lesões prejudiciais à propriedade (privada ou pública) e ao patrimônio ambiental, com todos os recursos naturais ou culturais integrantes, degradados, descaracterizados ou destruídos individualmente ou em conjunto”.¹⁵²

Para José Rubens Morato Leite “dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”.¹⁵³

Da leitura dos conceitos citados, verifica-se uma tendência a atribuir uma dupla face ao dano ambiental, uma vez que os efeitos advindos de qualquer dano ecológico não alcançam apenas o homem, mas também todo o ambiente que o cerca.

¹⁵¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 178.

¹⁵² CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Questão constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competência legislativa concorrente*, in *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 130.

¹⁵³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 99.

A Lei n. 6.938/81 ao determinar que o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (art. 14, § 1º), admite expressamente essa dualidade.

Destarte, há que se distinguir o dano ambiental coletivo ou dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo e o dano ambiental individual, que atinge pessoas, individualmente consideradas, através de sua integridade moral e ou de seu patrimônio material particular.

Aquele, quando cobrado – sempre por ação civil pública – tem eventual indenização destinada a um fundo, cujos recursos serão alocados à reconstituição dos bens lesados. Este, diversamente, dá ensejo à indenização dirigida à recomposição do prejuízo individual sofrido pelas vítimas.

O dano ambiental propriamente dito tem características próprias que o distinguem do dano tradicional. A princípio caracteriza-se pela ampla dispersão ou pulverização de vítimas, ou seja, é impessoal, não atingindo o patrimônio ou a integridade física de sujeitos determinados. Ao contrário, trata-se de dano imposto aos bens ambientais e ao equilíbrio ecológico de um dado ecossistema. Atinge o meio ambiente na sua mais ampla acepção, afetando a biodiversidade.

Com bem destacado por Herman V. Benjamin:

O dano ambiental como descrito em outros domínios, pode ser resultado de várias causas concorrentes, simultâneas ou sucessivas, dificilmente tendo uma única e linear fonte. É desafiador relacionar causa e efeito na maioria dos problemas ambientais (efeitos sinérgicos, transporte de poluição a longas distâncias, efeitos demorados, levando à pulverização da própria idéia de nexo de causalidade). Há unanimidade na doutrina ao reconhecer que os ‘fatos da poluição são freqüentemente de natureza complexa com efeitos difusos ocasionando danos distanciados da sua fonte e prolongados no tempo em concurso porventura com outras fontes poluentes’.

É o império da dispersão do nexo causal com o dano podendo ser atribuído a uma multiplicidade de causas, fontes e comportamentos, procurando normalmente o degradador lucrar com o fato de terceiro ou mesmo da própria vítima, com isso exonerando-se. Há certas atividades que, tomadas solitariamente, são até bem inocentes, incapazes de causar, per si, prejuízo ambiental. Mas em contato com outros fatores ou substâncias, esses agentes transformam-se, de imediato, em vilões, por um processo de reação em cadeia.

Trata-se de um fenômeno também denominado de ‘causalidade complexa’. Complexidade que advém da interação entre o mal funcionamento técnico ou tecnológico, erro humano e procedimentos de segurança inadequados, o que cria

enormes dificuldades em termos de causalidade, pois raramente há um único responsável.¹⁵⁴

Caracteriza-se, ainda, pela dificuldade inerente à ação reparatória. A reparação de um dano ambiental “deve ser a mais abrangente possível de acordo com o grau de desenvolvimento da ciência e da técnica, levando-se em conta os fatores da singularidade dos bens ambientais atingidos, da impossibilidade de se quantificar o preço da vida, e, sobretudo, que a responsabilidade ambiental deve ter um sentido pedagógico tanto para o poluidor como para a própria sociedade, de forma que todos possam aprender a respeitar o meio ambiente”.¹⁵⁵

A dificuldade da valoração é outra característica do dano ambiental. O meio ambiente possui em si valores intangíveis e imponderáveis que escapam às valorações correntes e os danos ambientais são, não raro, de proporções substanciais, o que torna extremamente difícil a tarefa de verificá-lo em toda a sua extensão bem como de, posteriormente, avaliá-lo.

A doutrina aponta também como características do dano ambiental: a sua *anormalidade*, que existe onde houver modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais de tal grandeza que estes percam, parcial ou totalmente, sua propriedade ao uso; a sua *periodicidade*, não bastando a eventual emissão poluidora e a sua *gravidade*, devendo ocorrer transposição daquele limite máximo de absorção de agressões que possuem os seres humanos e os elementos naturais.¹⁵⁶

Frente a tais considerações, verifica-se que o dano ambiental restará configurado quando identificada ruptura do equilíbrio ecológico. Sua existência não é extraída da mera prática de atos negativos em relação ao meio ambiente. É necessário que tais atos importem em quebra do equilíbrio ambiental, em seus mais variados aspectos: natural, cultural, do trabalho ou artificial.

Assim, a preservação do equilíbrio ecológico não reside apenas na tutela do meio ambiental natural. Quando a Constituição Federal/88 tutela em diversos dispositivos o meio ambiente está, na verdade, tutelando o patrimônio ambiental, dentre os quais se insere o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, bens indispensáveis à consagração de uma sociedade livre, justa e solidária, estruturada em conformidade com a dignidade da pessoa humana e necessária à conservação e desenvolvimento da sadia qualidade de vida.

¹⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V, op. cit., p. 44.

¹⁵⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 235.

¹⁵⁶ LUCARELLI, Fábio Dutra. *Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 700, fev. 1994, p. 10.

Diante dessas ponderações, pode-se dizer que o dano ambiental consiste em manifestação lesiva, degradadora, poluidora, decorrente de ações antrópicas perante o patrimônio ambiental, este compreendido como o meio ambiente natural (fauna, flora, água, ar, solo, recursos minerais), artificial ou construído (espaço urbano edificado e habitável), cultural (patrimônio histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico), e do trabalho (normas de saúde e segurança do trabalhador), capazes de romper com o equilíbrio ecológico.

6.2 REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

A prevenção do dano ambiental e a sua recomposição são os principais instrumentos visados pelo Direito Ambiental. A prevenção do dano ocorre em um momento anterior, quando ainda existe a possibilidade de não ocorrência do fato. A recomposição, por outro lado, ocorre quando já houve o dano e tem como objetivo a reparação, levando o meio ambiente ao *status quo ante*, ou seja, à situação anterior ao dano.

A reparação do dano ambiental encontra fundamento no disposto no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 e no art. 225, § 3º, da Constituição Federal/88.

Já o fundamento para que a reparação do dano ambiental seja integral, buscando-se a completa recomposição do ecossistema degradado, decorre do princípio do poluidor-pagador, segundo o qual o responsável pela degradação ambiental deve internalizar todos os custos com prevenção e reparação dos danos ambientais.

O princípio do poluidor-pagador, como anteriormente analisado, “visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental. Tal traria como consequência um maior cuidado em relação ao potencial poluidor da produção, na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente. Pela aplicação deste princípio, impõe-se ao sujeito econômico (produtor, consumidor, transportador), que nesta relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano.

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas externalidades negativas. São chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão privatização de lucros e socialização de perdas, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador,

procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização. Por isto, este princípio também é conhecido como o princípio da responsabilidade”.¹⁵⁷

Cumpra assinalar que a preservação do meio ambiente visa substancialmente à tutela de todas as formas de vida, buscando a preservação do equilíbrio ecológico. Por essa razão, identificado o dano ambiental, o primeiro objetivo a ser buscado é a reparação *in natura*, a restituição do meio ambiente degradado exatamente ao *status quo ante*, ao estado anterior à prática lesiva.

Compartilhando este entendimento, José Rubens Morato Leite afirma que “buscar-se-á, sempre, em primeiro lugar, a recomposição do bem ao estado em que este se encontrava antes de ter sofrido a lesão. Apenas na impossibilidade de se fazê-lo, é que deverá ser imputada a condenação pecuniária, com vistas a ressarcir o que foi lesado”.¹⁵⁸ Branca Martins da Cruz, por sua vez, ensina:

A natureza do bem ambiente impõe a preferência pela reconstituição do meio atingido, sempre que esta seja possível, falando-se de reposição do estado de equilíbrio ecológico anterior ao dano. Esta solução encontra-se mesmo consagrada em algumas legislações ambientais. [...]

Se todavia, a restauração natural não for de todo em todo possível, encontrando-nos face a um dano irreversível, nem por isso a avaliação técnico-científica poderá deixar de ser feita, quer na sua vertente de aferição da amplitude e extensão do dano, quer na procura de soluções reparatórias. Esta última reduzir-se-á, contudo, à constatação da irreversibilidade do prejuízo, concluindo por uma inevitável indenização pecuniária ou por qualquer outro tipo de reparação alternativa, que não a reconstituição natural, já excluída.¹⁵⁹

Ocorre, porém, que nem sempre a reconstituição do bem ambiental lesado é possível, havendo situações de danos manifestamente irreversíveis.

Nessas hipóteses, deve ser aplicada como segunda alternativa a compensação ecológica, “consistente em uma forma de restauração natural do dano ambiental que se volta para uma área distinta da área degradada, tendo por objetivo assegurar a conservação das funções ecológicas equivalentes. O seu objetivo não é a restauração ou reabilitação dos bens naturais afetados, mas sim a sua substituição por bens equivalentes, de modo que o patrimônio natural no seu todo permaneça quantitativa e qualitativamente inalterado. Assim, a

¹⁵⁷ DERANI, Cristiane, op. cit., p. 162.

¹⁵⁸ LEITE, José Rubens Morato e DANTAS, Marcelo. *Algumas considerações acerca do fundo para reconstituição dos bens lesados*. Revista dos Tribunais n. 726/71.

¹⁵⁹ CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade Civil pelo dano ecológico: alguns problemas*. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, Ano 2, v. 5, jan./mar. 1997, p. 5-41.

ser sistematicamente possível, tal via significaria a possibilidade de compensar a Natureza com Natureza e não com vantagens pecuniárias”.¹⁶⁰

Não sendo possível a reparação *in natura* do dano ambiental, tampouco a atividade compensatória equivalente, passa-se à última hipótese de reparação ambiental: a indenização pecuniária.

Tal indenização deverá ser calculada em função da depreciação econômica do bem agredido, do custo real da reparação deste dano, da gravidade da conduta individual e do benefício obtido pelo responsável em virtude do seu comportamento lesivo ao meio ambiente.

O numerário referente à indenização é depositado no Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDDD, criado em decorrência do disposto no art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, o qual preconiza:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à recuperação de bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

A regulamentação do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos somente veio a ocorrer com a Lei n. 9.008, de 21 de março de 1995. De acordo com o § 1º do art. 1º desse diploma, o “fundo” tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Não se trata, portanto, de um fundo exclusivo para a reparação de danos ao meio ambiente, mas sim de composição às ofensas aos direitos difusos e coletivos, dispersos pela sociedade.

Há que se ressaltar que a aplicação dos recursos constantes do Fundo de Direitos Difusos deve ser direcionada para a promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração, ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas violadas.

De qualquer forma, a indenização deverá ser a última alternativa, pois jamais proporcionará a recuperação integral do dano ambiental. “Não há como a economia quantificar adequadamente a degradação ambiental, pois os bens ambientais estão, em geral,

¹⁶⁰ STEIGLEDER, Annelise Monteiro, op. cit., p. 249.

fora do comércio, fora do mercado, o qual, aliás, não é capaz de traduzir o valor estético do ambiente, mas tão-somente o seu valor utilitário”.¹⁶¹

6.3 ATIVIDADE MINERADORA

a) Regime Legal da Atividade Mineradora

Até 1937 vigeu no Brasil o regime de acessão das riquezas minerais. Sob a prevalência do princípio de que o acessório segue o principal, o proprietário da superfície era também o dono reconhecido do subsolo. Assim dispunha o art. 72, § 17º, da Constituição Federal de 1891, que encerrava a noção absoluta de propriedade e não distinguia o domínio do solo do domínio do subsolo.

A partir de 1934, a Constituição Federal então promulgada separou a propriedade mineral do solo, erigindo-se à condição de unidade jurídica autônoma, sujeitando o aproveitamento industrial das minas e jazidas à autorização federal. Adotou-se, a partir daí, o regime do *res nullius*, ou seja, os bens minerais eram considerados coisa de domínio público em sentido amplo, impossíveis de apropriação individual mas aproveitados em favor de toda a Nação.¹⁶²

O Código de Minas de 1934 (Decreto n. 24.642, de 10.07.1934) manteve em mãos do particular apenas as minas até então conhecidas e devidamente manifestadas, enquanto as minas desconhecidas, à medida que iam sendo descobertas, foram incorporadas ao patrimônio da União, o mesmo ocorrendo com todas aquelas jazidas não manifestadas no prazo de lei.

Em 22.01.1940 foi editado o Decreto-lei n. 1985, instituindo um novo Código de Minas, que incorporou e manteve as diretrizes técnicas, políticas e administrativas do código anterior, inclusive no tocante à dominialidade dos bens minerais. Tal Código, que vigorou por 27 anos, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1946, sendo substituído somente em 1967 com a edição do Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro.

O princípio constitucional que separou o subsolo dos direitos dominiais sobre a superfície foi sendo recepcionado pelas Constituições promulgadas posteriormente, incluído de forma mais explícita na Constituição Federal/88, que em dois artigos consagrou a separação das duas propriedades, solo e subsolo, introduzindo de forma definitiva o domínio federal sobre as jazidas.

¹⁶¹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro, op. cit., p. 256.

¹⁶² CORREA, Jacson. *Proteção Ambiental e Atividade Minerária*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 100.

Assim, a teor do que dispõe o art. 20, IX, da Constituição Federal/88, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, e a pesquisa e a lavra destes recursos só poderão ser feitas por sua autorização ou concessão (art. 176, § 1º).

Art. 20. São bens da União:

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Dessa forma, o aproveitamento das jazidas minerais no Brasil se dá sob regime de concessão, transferindo-se para o concessionário apenas o direito à exploração (pesquisa) e posterior exploração (lavra) das jazidas, tudo com a concordância expressa do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, mantendo-se íntegra e em favor da União a propriedade das minas, que se constitui, portanto, em bem inalienável e imprescritível.

Uma vez consolidado o controle federal sobre as minas e jazidas minerais, o constituinte de 1988 determinou ser competência privativa da União Federal legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, XII, Constituição Federal/88). É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais em seus territórios (art. 23, XI, Constituição Federal/88).

Essa centralização deve-se à importância estratégica dos minerais e da metalurgia tendo em vista o significado desses recursos para a economia nacional, seguindo o Brasil a moderna tendência internacional que considera a necessidade de se fixar mecanismos legais para a proteção dos recursos naturais não renováveis.

Quanto às normas de proteção ambiental aplicáveis ao setor de mineração, anota-se que o Código de Mineração, Decreto-Lei n. 227, de 28.02.1967, ao tratar da matéria assim dispôs em seu art. 47:

Art. 47. Ficarà obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, as seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V;

I - Iniciar os trabalhos previstos no plano de lavra, dentro do prazo de (seis) meses, contados da data da Publicação do Decreto de Concessão no *Diário Oficial* da União, salvo motivo de força maior, a juízo do DNPM.

II - Lavrar a jazida de acordo com o plano de lavra aprovado pelo D.N.P.M., e cuja segunda via, devidamente autenticada, deverá ser mantida no local da mina.

III - Extrair somente as substâncias minerais indicadas no Decreto de Concessão.

IV - Comunicar imediatamente ao D.N.P.M. o descobrimento de qualquer outra substância mineral não incluída no Decreto de Concessão.

V - Executar os trabalhos de mineração com observância das normas regulamentares.

VI - Confiar, obrigatoriamente, a direção dos trabalhos de lavra a técnico legalmente habilitado ao exercício da profissão.

VII - Não dificultar ou impossibilitar, por lavra ambiciosa, o aproveitamento ulterior da jazida.

VIII - Responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra.

IX - Promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local.

X - Evitar o extravio das águas e drenar as que possam ocasionar danos e prejuízos aos vizinhos.

XI - Evitar poluição do ar, ou da água, que possa resultar, dos trabalhos de mineração.

XII - Proteger e conservar as Fontes, bem como utilizar as águas segundo os preceitos técnicos, quando se tratar de lavra de jazida da Classe VIII.

XIII - Tomar as providências indicadas pela fiscalização dos órgãos federais.

XIV - Não suspender os trabalhos de lavra, sem prévia comunicação ao D.N.P.M.

XV - Manter a mina em bom estado no caso de suspensão temporária dos trabalhos de lavra, de modo a permitir a retomada das operações.

XVI - Apresentar ao D.N.P.M., nos primeiros 6 (seis) meses de cada ano, Relatório das atividades do ano anterior.

Parágrafo único. Para o aproveitamento, pelo concessionário de lavra, de substâncias referidas no item IV, deste artigo, será necessário aditamento ao seu título de lavra.

Na Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, encontram-se as seguintes disposições concernentes à mineração:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A legislação ordinária vigente em matéria de recursos minerais é antiga, já sofreu uma série de modificações, mas ainda não abrange maiores preocupações com a preservação ambiental.

Daí porque a Constituição Federal/88, ao abordar e disciplinar a atividade mineral, revelou-se ainda mais direta ao prever mecanismos que objetivem garantir que a exploração mineral se dê com um mínimo de risco ao meio ambiente.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

De acordo com Paulo Afonso Leme Machado, “o texto constitucional refere claramente que a atividade minerária acarreta degradação ao meio ambiente e que o minerador deverá recuperar o ambiente. A Constituição não estabelece medida alternativa de indenização. Determina expressamente que o ambiente deverá ser recomposto. Aliás, essa obrigação é fundamental para manter o equilíbrio ecológico ou restabelecê-lo”.¹⁶³

A Lei n. 7.805, de 18.07.1989, que dispõe sobre a lavra garimpeira, contempla importantes disposições relativas à responsabilidade por dano ao meio ambiente:

Art. 18. Os trabalhos de pesquisa ou lavra que causarem danos ao meio ambiente são passíveis de suspensão temporária ou definitiva, de acordo com parecer do órgão ambiental competente.

Art. 19. O titular de autorização de pesquisa, de permissão de lavra garimpeira, de concessão de lavra, de licenciamento ou de manifesto de mina responde pelos danos causados ao meio ambiente.

No que se refere ao Poder de Polícia Ambiental, ou seja, da “atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização, permissão ou licença do poder público de cujas ações possam decorrer poluição ou agressão da natureza”,¹⁶⁴ tem-se que é atribuição comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o exercício do poder de polícia sobre as atividades poluidoras do meio ambiente, conforme se depreende da interpretação sistemática das normas constitucionais.

¹⁶³ MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 40.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 227/228.

O poder de polícia é decorrência da competência legislativa. Portanto, incumbindo à União legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais (art. 22, XII, da Constituição Federal/88), dispõe ela de poder ou atribuição de polícia sobre as atividades mineradoras, atividades estas que lhe compete autorizar, conceder, disciplinar e fiscalizar, tendo criado para tal o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, autarquia federal.

O DNPM foi criado pelo Decreto-lei n. 23.979, de 08.03.1934, com competência para fiscalizar as atividades concernentes à mineração, à indústria e ao comércio de matérias primas minerais. A Lei n. 8.876, de 02.06.1994, autorizou o Poder Executivo a instituir como autarquia o DNPM, concedendo-lhe competência para, dentre outras atividades, baixar normas, em caráter complementar, e exercer fiscalização sobre o controle ambiental, a higiene e a segurança das atividades de mineração, atuando em articulação com os demais órgãos responsáveis pelo meio ambiente e pela higiene, segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores (art. 3º, VII).

Os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI). Ademais, o art. 23, inciso XI, dispõe ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. O acompanhamento e fiscalização compreendem o aspecto do impacto ambiental, seara para a qual dispõem o Distrito Federal e os Municípios de competência supletiva para legislar (art. 30, I e II e 32, § 1º).

Destarte, indubitável a atribuição destes entes para também exercerem o poder de polícia sobre atividade mineradora quanto às implicações de ordem ambiental.

Por oportuno, vale observar que todo empreendimento minerário sujeito à expedição da Portaria de Lavra (ou concessão de lavra) condiciona-se à expedição de Licença de Instalação, que somente é deferida após análise e aprovação do EIA/RIMA, ocasião em que são julgados os impactos positivos e identificados os impactos negativos, apreciando-se as medidas mitigadoras propostas no Plano de Controle Ambiental.

Por fim, Paulo Sérgio Gomes Alonso destaca que “a atividade de lavra, que, pela definição do art. 36 do Código, constitui as operações que têm por objetivo o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração do minério até o seu beneficiamento, faz com que o

titular de sua concessão responda pelos danos, diretos e indiretos, causados a terceiros em decorrência do seu exercício”.¹⁶⁵

b) Dano Ambiental decorrente da Atividade Mineradora

A atividade mineradora de qualquer espécie é ofensiva ao meio ambiente. “Ninguém desconhece os efeitos deletérios da exploração do ouro na Amazônia e no Nordeste, da exploração da cassiterita nos Estados do Amazonas, de Rondônia e do Pará, da mineração de xelita e gipsita no Rio Grande do Norte e Pernambuco, causadoras, dentre outros problemas, de devastação florestal e poluição dos rios, com forte impacto, portanto, sobre a flora, a fauna, as águas, o ar, e principalmente, sobre o homem”.¹⁶⁶

A degradação produzida pela mineração resulta de todas as atividades que envolvem a extração do minério – método de lavra, beneficiamento, transporte, depósito de rejeitos, uso e transformação – agindo de modo negativo na qualidade ambiental sob diversos modos.

A deposição ao longo dos anos, sem qualquer planejamento ou controle, dos rejeitos do beneficiamento do minério, produz inúmeras fontes de poluição do solo, água e ar. Tais danos decorrem, em grande parte, da omissão das empresas mineradoras no sentido de se adequar tecnicamente para ao menos minorar os graves impactos. Segundo Terezinha Gasho Volpato:

A mineração de lavra manual com métodos precários como foi praticada até a década de 50, oferecia poucos danos à natureza. Nas minas de poço e de encosta, a seleção de carvão era feita no fundo das minas. Todo o entulho de pedra, pirita e barro ficava nas galerias das minas e só carvão era retirado. Nas bocas de mina havia uma segunda escolha; porém os rejeitos significavam quantidades reduzidas frente ao volume dos rejeitos atuais. À medida em que os métodos e técnicas de lavra foram se mecanizando, o processo de poluição ambiental tornou-se incontrolável, e, pode-se dizer, irreversível.¹⁶⁷

Na deposição de rejeitos sólidos, a degradação verifica-se pela percolação das águas e precipitação sobre a pilha em descoberto. A não compactação e recobertura causam a combustão espontânea, produzindo gases sulfurosos.

No caso da mineração a céu aberto, quando da não cobertura concomitante à lavra, os efeitos são o aumento da acidez por percolação de águas de precipitação sobre a camada

¹⁶⁵ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

¹⁶⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Meio Ambiente e Mineração*. In: *Direito Ambiental em Evolução*, Org. Vladimir Passos de Freitas. Curitiba: Editora Juruá, 2002, p. 251.

¹⁶⁷ VOLPATO, Terezinha Gasho. *Os trabalhadores do carvão*. São Paulo: USP, 1989, p. 64-65.

descoberta, ocasionando lagoas ácidas. Além disso, quando não ocorre a revegetação das áreas lavradas e recompostas, ocorrerá também a erosão e esterilização da área.

Na mineração subterrânea, o agravamento da poluição dá-se pelas drenagens das minas e pela subsidência verificada na superfície decorrente do recuo de pilares. Algumas minas de subsolo constituem em sumidouros de águas subterrâneas, as quais introduzem-se pelos furos de sondagem e poços de ventilação, ocasionando, em muitos casos, o desaparecimento do lençol freático na área de sua influência.

As águas de drenagem das minas e as decorrentes da lixiviação causada pelas chuvas, inclusive sobre os depósitos de rejeitos, transformam-se em fonte altamente poluidoras devido à acidez desencadeada pela oxidação do material piritoso.

É comum em todos os lugares onde existe a exploração do carvão mineral a ocorrência de sérios problemas hídricos, detectados pela presença, nos cursos d'água adjacentes, de grande quantidades de finos de carvão e minerais associados, aumento da acidez mineral e altos teores de ferro, metais pesados e íons dissolvidos.

Na operação de beneficiamento ou lavagem do carvão bruto, em que este minério é separado de outros materiais que a ele encontram-se agregados, os efluentes são lançados em um corpo receptor e daí diretamente para os cursos d'água, arrastando consigo sólidos finos com alta concentração de chumbo, cromo, manganês, sulfato, ferro e alumínio, e em número menor zinco e cobre, em tudo contribuindo para a acidificação do solo e dos rios, prejudicando igualmente as margens inundadas, tornando-as permanentemente impróprias para a agricultura.

A poluição causada pela atividade mineradora provoca além da degradação ambiental seríssimos danos à saúde da população.

Os operários das minas, antes atraídos pela esperança de uma vida mais digna, também foram lenta e gradativamente sendo contaminados pelas doenças adquiridas em razão das condições hostis de trabalho. Era comum, dentre as doenças profissionais, a ocorrência nos trabalhadores mineiros de um tipo de pneuconiose denominada antracose – doença que se instala nos pulmões pela inalação de poeira de carvão.¹⁶⁸

Verifica-se, assim, a existência de inúmeros efeitos ambientais decorrentes de áreas de mineração (mudança da topografia original do solo, assoreamento e poluição dos rios, emissão de poeira e outros descartes na atmosfera, desmatamento, eliminação da fauna e flora locais, chuva ácida, doenças respiratórias), provocando, em alguns casos, conseqüências

¹⁶⁸ CORREA, Jacson, op. cit., p. 119.

ecológicas irreversíveis, tal como a contaminação de bacias hidrográficas e modificação da fertilidade de áreas agriculturáveis, criando um passivo impagável, na medida em que se torna impossível ou inviável a recuperação da área degradada.

6.4 AGROTÓXICOS

a) Tratamento Jurídico dado aos Agrotóxicos

Em decorrência do grande impacto sobre a saúde humana e a biodiversidade causado pelo uso dos agrotóxicos, desenvolveu-se, no Brasil, um tratamento jurídico dos agrotóxicos em todas as suas fases (pesquisa, produção, embalagem, rotulagem, transporte, armazenamento, comercialização, utilização, importação e exportação, destino final dos resíduos e embalagens), com observância dos princípios gerais do Direito Ambiental, especialmente os princípios da prevenção e da precaução.

A Constituição Federal/88, em seu art. 225, § 1º, V, prevê a obrigatoriedade do Poder Público de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

Verifica-se que a Constituição Federal não mencionou expressamente o termo agrotóxico, tendo sido mais abrangente. Entretanto, a Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989, alterada pela Lei n. 9.974, de 06 de junho de 2000, dispõe acerca do pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, tendo considerado como agrotóxicos e afins:

a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;

b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, desseccantes, estimuladores e inibidores de crescimento; (art. 2º, I, da Lei n. 7.802/89)

O Decreto n. 4.074, de 04 de janeiro de 2002, que regulamentou a Lei n. 7.802/89, em seu art. 1º, inciso IV, apresenta a mesma definição de agrotóxicos acima transcrita.

A responsabilidade pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, em decorrência do uso de agrotóxicos, dá-se nos termos do disposto no art. 14 da Lei n. 7.802/89, alterado pela Lei n. 9.974/00, *in verbis*:

Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem:

- a) ao profissional, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida;
- b) ao usuário ou a prestador de serviços, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;
- c) ao comerciante, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitários-ambientais;
- d) ao registrante que, por dolo ou por culpa, omitir informações ou fornecer informações incorretas;
- e) ao produtor, quando produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente;
- f) ao empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos.

Há que se ressaltar que esse artigo deve ser interpretado com atenção às finalidades protetoras dos valores da produção agrícola e florestal, da saúde humana e do meio ambiente, de forma que não é isento de responsabilidade o usuário que seguir a receita na utilização de agrotóxicos. Como bem destacado por Paulo Affonso Leme Machado, “ninguém na coletividade brasileira pode sustentar que não é co-responsável pelo meio ambiente diante da redação do art. 225, caput, da Constituição Federal, máxime o usuário de agrotóxicos”.¹⁶⁹

Prossegue o autor afirmando que “há uma responsabilidade civil geral e uma responsabilidade civil específica que se interpenetram. Foi meritório que a responsabilidade específica tivesse sido detalhada na lei, mas isso não quer dizer que cada partícipe do tema agrotóxicos tenha sua responsabilidade dimensionada somente na alínea em que é referido no artigo 14, esquecendo-se o caput desse mesmo artigo”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 595.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 601.

E como bem destacado por Luís Paulo Sirvinkas:

No nosso entender, o dano causado ao meio ambiente ou à saúde humana por agrotóxicos não impede a responsabilidade objetiva do produtor prevista no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, independentemente da demonstração de culpa, podendo este acionar regressivamente, se culpa houver, o responsável direto pelo dano causado ao meio ambiente.¹⁷¹

Tem-se, ainda, que os produtos agrícolas e restos de cultura, provenientes das áreas tratadas com agrotóxicos e afins em pesquisa e experimentação, não poderão ser utilizados para alimentação humana ou animal (art. 24, § 1º, do Decreto n. 4.074/02). Não podem ser utilizados a qualquer título os alimentos tratados e o resto de cultura, sendo interditadas a venda e a doação desses produtos. Caso haja tentativa de utilização proibida, cabe à Administração Pública especializada apreender cautelarmente os produtos agrícolas e restos de cultura e, finalmente, destruí-los (art. 17, IX, da Lei n. 7.802/89).

No que se refere às embalagens vazias de agrotóxicos, a Lei n. 9.974, de 6 de junho de 2000, determina que “os usuários de agrotóxicos, seus componentes e afins deverão efetuar a devolução das embalagens vazias dos produtos aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridos, de acordo com as instruções previstas nas respectivas bulas, no prazo de até um ano, contado da data de compra, ou prazo superior, se autorizado pelo órgão registrante, podendo a devolução ser intermediada por postos ou centros de recolhimento, desde que autorizados e fiscalizados pelo órgão competente”.

Ressalte-se que a Lei n. 9.605/98 criminalizou o abandono de produtos ou substâncias tóxicas ou perigosas ou nocivas à saúde humana ou ao meio ambiente. O abandono pode abranger os produtos e substâncias embaladas ou fora da embalagem, a céu aberto ou em local fechado. Ainda que possam ser utilizados, os produtos e substâncias deixados longe da fiscalização dos usuários ou dos proprietários merecem ser considerados abandonados.

Um exemplo claro do dano causado por abandono de produtos ou substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana e ao meio ambiente, foi o caso da contaminação dos moradores da Cidade dos Meninos, um conjunto de habitações, no município de Duque de Caxias/RJ, construídas sobre uma área onde, 50 anos antes, haviam sido enterradas 400 toneladas de Hexaclorobenzeno – BHC, o agrotóxico conhecido como “pó de broca”.

Daniela Buosi, em sua Dissertação de Mestrado em Ciências Florestais afirma que “com o fechamento definitivo das atividades fabris em Cidade dos Meninos, parte dos arquivos da fábrica foi transferida para a unidade de Manguinhos/RJ, sendo os estoques de

¹⁷¹ SIRVINKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117.

pesticidas, matérias-primas, móveis e maquinários abandonados no local, sem qualquer adoção de normas de controle e segurança destinadas à proteção do meio ambiente e da população local”.¹⁷² Estima-se que mais de mil pessoas tenham sido contaminadas pelo Hexaclorobenzeno.

Os acidentes ambientais, como este citado, são, na verdade, a explicitação do risco permanente a que é submetida a população. Como bem destacado por Henri Acselrad, em seu artigo *Cidadania e Meio Ambiente*:

Os conflitos ambientais podem ser explícitos ou implícitos. Os conflitos implícitos são aqueles em que as comunidades são atingidas por um processo de degradação ambiental do qual não têm consciência. Em certos casos, mesmo havendo consciência, as comunidades podem não associar a degradação ambiental às práticas de agentes sociais determinados. A inconsciência em relação à ocorrência de processos de degradação ambiental pode resultar tanto de caráter não-aparente de certas transformações ecológicas como de sua atribuição e fenômeno naturais espontâneos.

Na grande São Paulo, por exemplo, sabe-se que das 187 mil toneladas de resíduos perigosos produzidos por ano, 83,1 mil toneladas são dispostas irregularmente no solo ou em corpos d'água. A desinformação faz com que a população sofra as conseqüências da poluição sem o saber, ou, quando os sintomas de contaminação se manifestam, sem identificar suas causas reais. A percepção da existência de um agente poluidor depende, neste caso, da eficiência da ação das agências fiscalizadoras do Estado ou da vigilância do próprio movimento social. Foi por estas vias que se pôde descobrir que, por 45 anos, uma empresa do ramo químico do Rio de Janeiro usou regulamente mercúrio para executar a eletrólise na produção de cloro-soda, depositando inadequadamente os resíduos no subsolo do seu próprio parque industrial.

Mas o conflito pode, por vezes, não eclodir explicitamente, quando o processo de degradação é de tal forma disseminado em suas causas que as comunidades atingidas vêm-se desorientadas quanto ao sentido que deve ter sua reação. A derrubada de matas ciliares e a implantação de grandes projetos de irrigação estão esgotando os mananciais e causando grave assoreamento dos rios do norte de Minas Gerais. A morte dos rios está acarretando o êxodo rural das populações ribeirinhas que deles sempre dependeram para sobreviver. Enfraquecidas em sua capacidade de controlar os recursos naturais na região e de garantir a preservação de seus direitos ambientais, as famílias camponesas, despossuídas, emigram. (...)

Quando a contaminação do meio ambiente não se opera de forma visível e brusca como no caso dos "acidentes ambientais", a consciência de que a população foi atingida em seus direitos por uma agressão ambiental pode não surgir enquanto seus sintomas não se manifestarem na saúde dos indivíduos e enquanto não se estabelecer a conexão lógica entre estes sintomas e as fontes geradoras da poluição. Em certos casos, esta conexão pode se dar somente alguns anos após o aparecimento dos sintomas. Este foi o caso da contaminação dos moradores da Cidade dos Meninos, um conjunto de habitações, no município de Duque de Caxias (RJ), construídas sobre uma área onde 50 anos antes haviam sido enterradas 400 toneladas de BHC, o agrotóxico conhecido como "pó de broca". Quando uma pesquisa laboratorial

¹⁷² BUOSI, Daniela. *Função do plantio florestal na recuperação de áreas contaminadas por pesticidas organoclorados na Cidade dos Meninos, no Município de Duque de Caxias, RJ*. Dissertação (Mestrado em Ciências Florestais), Universidade de Brasília – UNB, 2002, p. 68.

confirmou que todos os moradores haviam mantido contato com aquele produto tóxico, 14 pessoas já haviam falecido de câncer.¹⁷³

No que tange à propaganda de agrotóxicos, a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, estabeleceu restrições e condições para a mesma, e determinou a aplicação de sanções aos infratores.

Art. 8º A propaganda de defensivos agrícolas que contenham produtos de efeito tóxico, mediato ou imediato, para o ser humano, deverá restringir-se a programas e publicações dirigidas aos agricultores e pecuaristas, contendo completa explicação sobre a sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, sem prejuízo das normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde ou outro órgão do Sistema Único de Saúde.

b) Dano Ambiental decorrente do uso de Agrotóxicos

Dentro do modelo agrícola atualmente existente, os agrotóxicos são considerados indispensáveis, porém, são também classificados como um dos principais poluentes químicos que se difundem pelo planeta. Sua ampla utilização, não mais restrita aos campos da agricultura, representa grande danosidade ao meio ambiente, e evento de difícil reparação.

Com bem destacado por José Afonso da Silva:

A ação desses produtos no combate a diversas pragas a um custo reduzido e de modo eficiente permitiu a elevação dos níveis de produtividade agrícola, induzindo rápido aumento da produção e utilização cada vez mais intensa, inicialmente, dos organoclorados (DDT), seguidos logo dos organofosforados e dos carbamatos. Mas, apesar de todo o arsenal químico, verificou-se posteriormente que várias espécies deixaram de apresentar sensibilidade aos venenos, além da ocorrência de surto populacional de pragas secundárias, alertando para os primeiros efeitos danosos à ecologia. Têm sido freqüentemente observados e relatados casos agudos de intoxicação por agrotóxicos, principalmente por trabalhadores agrícolas; os resíduos liberados no ambiente ou remanescentes nas culturas estão sendo progressivamente transferidos para os alimentos e para o Homem e o impacto sobre o meio ambiente causa a degradação lenta dos recursos naturais, dentre eles a morte de animais silvestres, insetos e fungos úteis, contaminação do ar, água e solo e modificações na vegetação, com implicação direta na saúde e qualidade de vida humanas.¹⁷⁴

Com efeito, “os agrotóxicos contaminam a atmosfera, a água, a terra, são persistentes no meio ambiente, entram nas cadeias ecológicas e nos ciclos biogeoquímicos, atravessam continentes e provocam efeitos tóxicos adversos que atingem desde uma bactéria até o homem”.¹⁷⁵

¹⁷³ ACSELRAD, Henri. *Cidadania e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: IBASE, 1992.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 204-205.

¹⁷⁵ GRISOLIA, César Koppe. *Agrotóxicos: mutações, reprodução e câncer*. Brasília: Universidade de Brasília, 2005, p. 26.

Mesmo em regiões mais distantes do planeta, sem nenhum tipo de agricultura, como as polares, pode-se detectar resíduos de agrotóxicos (dicloro-difenil-tricloroetano – DDT e dicloro-difenil-etilcloro – DDE) em tecido adiposo de leões marinhos e outros mamíferos aquáticos.

Os impactos de origem ocupacional e ambiental relacionados ao uso de agrotóxicos têm como alvo imediato a saúde coletiva. Os problemas gerados pela adoção desta tecnologia decorrem de falsas premissas construídas por intermédio do Estado, em especial no período desenvolvimentista brasileiro entre as décadas de 1950/1970. As premissas destacadas, segundo Antônio Elísio Garcia Sobreira e Paulo José Adissi, e suas desconstruções são as seguintes:

1) Sem o uso de agrotóxicos não haverá produção de alimentos, ou esta será não economicamente viável.

Esta premissa sugere que a produção agrícola em qualquer escala é dependente dos agrotóxicos e que qualquer tentativa de abandono deste insumo pode resultar em sérios prejuízos econômicos. Guivant (1994) denomina fatalismo químico este comportamento. Trata-se de um pensamento que exclui outras alternativas e procedimentos que eliminem totalmente ou em parte o uso da química, tornando inviáveis os estudos contrários a esta lógica. Todavia, alguns órgãos oficiais de pesquisa, ONGs e iniciativas individuais têm obtido bons resultados com agricultura ecológica em suas diversas modalidades, tanto em pequena (horticultura familiar abastecedora de feiras orgânicas), quanto em larga escala (exportação de café, soja e açúcar orgânicos).

2) O uso adequado de agrotóxicos não produz risco ambiental e coletivo.

Esta premissa sugere que o uso de agrotóxicos, na forma prescrita por técnicos e fabricantes, não produz danos. Garcia (2001) aponta que este enfoque é “simplista e maniqueísta” ao indicar que a responsabilidade pelas intoxicações é do usuário malpreparado e que a sua educação para o uso adequado é a verdadeira solução para reduzir riscos. Discute-se, então, se os produtos técnicos, cujo princípio é a toxicidade de sua formulação, são isentos de risco se usados adequadamente. Se sua função principal é justamente intoxicar alvos biológicos, nada impede que seus efeitos se estendam até a sociedade através do trabalho e da ingestão de água e alimentos contaminados. O conceito de uso adequado indica a necessidade de uma análise mais ampla do que a apresentada pelos fabricantes, pois não considera a vulnerabilidade da população usuária e os diversos ambientes técnicos de sua inserção.

3) A falta de informação dos agricultores é a maior responsável pelas contaminações ocupacionais e ambientais.

Esta premissa é uma espécie de corolário da anterior. Diante das ocorrências das intoxicações ocupacionais e contaminações ambientais, aponta o trabalhador como o responsável pelos riscos e impactos ocorridos devido à sua falta de formação técnica adequada. De fato, existe uma desinformação bastante acentuada, principalmente em função da omissão dos fabricantes, que, em seus esforços de venda, dão ênfase apenas aos resultados agrônômicos e não acentuam as demais conseqüências do uso destas substâncias como relata Lutzemberger (2002). Quando se confrontam as indicações técnicas contidas nos rótulos dos produtos com a realidade do trabalho agrícola a que se destinam, observam-se grandes incompatibilidades que vão desde uma linguagem que pressupõe uma formação técnica inexistente entre os agricultores até prescrições operacionais impossíveis de serem realizadas. Deste modo, reputar aos agricultores os impactos negativos do uso de agrotóxicos é apenas

um subterfúgio para deslocar o debate sobre os objetivos comerciais dos fabricantes.¹⁷⁶

Um dos grandes problemas advindos do uso intenso de agrotóxicos consiste na resistência genética desenvolvida pelos organismos, com a diminuição da população de organismos sensíveis e o aumento da população resistente, por pressão de seleção. Nesses casos, geralmente o usuário de agrotóxico responde aplicando maiores doses do produto, ou ainda, modificando-o, o que provoca maior contaminação do meio ambiente e, ainda, processos de resistência cruzada.

Já são conhecidas mais de quinhentas espécies de insetos resistentes aos inseticidas; destas, cento e cinquenta são patógenos de plantas agrícolas. Um exemplo desse sério problema é o da resistência genética do *Anopheles*, transmissor da malária. O *Anopheles* tornou-se resistente primeiramente ao DDT e posteriormente aos outros inseticidas. Em decorrência, atualmente são utilizadas grandes quantidades de inseticida no controle da malária, e, em alguns lugares, apesar do uso do inseticida, a incidência de malária encontra-se mais alta do que antes da introdução do controle químico.

Outra questão a ser ressaltada é o risco de intoxicação e mutagenicidade aos consumidores expostos a agrotóxicos ou a seus resíduos. O uso de agrotóxicos na agricultura tradicional tem provocado milhares de intoxicações não fatais, das quais muitas progridem para efeitos adversos sobre a reprodução e sobre o câncer.

Os riscos desses efeitos adversos dependem da quantidade e da variedade das formulações utilizadas, isto é, o nível de risco é em função da dose e da intensidade da exposição. Os grupos de maior risco são aqueles que lidam diretamente com os agrotóxicos, como aplicadores, colhedores, transportadores, operários das fábricas, empacotadores e familiares dos agricultores usuários. As populações humanas, de modo geral, são expostas aos agrotóxicos em diferentes níveis, principalmente pela ingestão de alimentos com excesso de resíduos.

O uso de agrotóxicos considerados carcinogênicos é proibido, nos termos do disposto no art. 3º, § 6º, c, da Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989, Lei dos Agrotóxicos, *in verbis*:

Art. 3º Os agrotóxicos, seus componentes e afins, de acordo com definição do art. 2º desta Lei, só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura.

¹⁷⁶ SOBREIRA, Antônio Elísio Garcia Sobreira e ADISSI, Paulo José. *Agrotóxicos: falsas premissas e debates*. Rio de Janeiro: Revista Ciência & Saúde Coletiva, vol. 8, n. 4, 2003, p. 986-987.

(...)

§ 6º Fica proibido o registro de agrotóxicos, seus componentes e afins:

- a) para os quais o Brasil não disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os seus resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública;
- b) para os quais não haja antídoto ou tratamento eficaz no Brasil;
- c) que revelem características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, de acordo com os resultados atualizados de experiências da comunidade científica;
- d) que provoquem distúrbios hormonais, danos ao aparelho reprodutor, de acordo com procedimentos e experiências atualizadas na comunidade científica;
- e) que se revelem mais perigosos para o homem do que os testes de laboratório, com animais, tenham podido demonstrar, segundo critérios técnicos e científicos atualizados;
- f) cujas características causem danos ao meio ambiente.

É também prevista em portaria do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (Portaria Normativa IBAMA n. 84, de 15 de outubro de 1996) a exigência de testes de mutagenicidade para formulações de agrotóxicos, pois tem-se constatado que, além dos ingredientes ativos, outros componentes das formulações, os chamados inertes, podem apresentar atividades mutagênicas.

Os componentes inertes das formulações dos agrotóxicos são “substâncias ou produtos não ativos em relação à eficácia dos agrotóxicos e afins, usados apenas como veículo, diluente ou para conferir características próprias às formulações”.¹⁷⁷

São compostos utilizados com o objetivo de aumentar o poder de penetração, a capacidade de dispersão, e emulsibilidade, a solubilidade e a estabilidade dos ingredientes ativos. Entretanto, muitos desses compostos inertes têm atividade química e toxicológica bastante alta.

Por outro lado, faz-se necessário tecer considerações acerca da toxicidade e persistência dos agrotóxicos.

A toxicidade consiste na medida de incompatibilidade da substância com o organismo. Francisco Frederico Sparenberg Oliveira, em sua Dissertação de Mestrado em Ecologia, ressalta que, “com relação à toxicidade, verifica-se a necessidade maior de pesquisas, que não só mostrem o poder tóxico dos elementos ou compostos, mas que relacione tal característica às doses empregadas e seu efeito acumulativo ou não”.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Decreto n. 4.074, de 04 de janeiro de 2002, artigo 1º, inciso XVIII.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Francisco Frederico Sparenberg. *Diretrizes para avaliação de impacto ambiental de projetos agropecuários*. Brasília: UNB, 1991, p. 99-100.

Já a persistência consiste no período necessário para um produto perder sua atividade, sob condições ambientais e quantidades normais aplicadas. Tem-se que a persistência depende das propriedades físico-químicas dos compostos, das condições do meio ambiente (cobertura vegetal, tipo de solo, umidade, temperatura, microorganismos presentes), intensidade do uso e modo de sua formulação.

Produtos de longa persistência controlam organismos específicos por maiores períodos de tempo e reduzem a necessidade de reaplicações; não obstante, afetam o meio ambiente não específico por lapsos de tempo prolongados.

Os Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs) são compostos orgânicos persistentes e bioacumulativos, podendo ser encontrados após décadas de sua liberação em diferentes regiões do planeta, em razão de sua grande capacidade de dispersão global. “Em razão de sua baixa solubilidade em água e alta solubilidade em gorduras, os POPs tendem a acumular-se nos tecidos gordurosos dos organismos, sendo encontrados em muitos alimentos, leite, peixes e outros derivados de origem animal. As principais lesões causadas nos seres vivos já estão bem documentadas, e incluem câncer e tumores em órgãos múltiplos, desordens reprodutivas, distúrbios neurológicos, disfunções no sistema imune, interferência no desenvolvimento de órgãos e sistemas, malformações congênitas, alterações endócrinas pela desregulação hormonal”¹⁷⁹, dentre outras.

Tais substâncias persistentes são consideradas as que exercem maiores danos ao meio ambiente. Importantes contaminações ambientais por estes compostos têm sido notificadas nas últimas décadas, onde se constatou a presença de resíduos organoclorados no solo, na água e na maior parte da biota, capazes de modificar o meio ambiente e até mesmo eliminar espécies.

Daniela Buosi assim afirma acerca dos problemas de contaminação por organoclorados:

Os problemas de contaminação ambiental por pesticidas organoclorados persistentes, invocam maior preocupação com a presença de seus resíduos no meio ambiente e tecidos humanos, pois são considerados biocidas e não são facilmente eliminados.

[...]

Resultados obtidos com análises de solos superficiais, em áreas de plantio de eucalipto, indicaram que a contaminação por HCH era alta, apesar de não haver manipulação do produto a mais de 40 anos.¹⁸⁰

¹⁷⁹ GRISOLIA, César Koppe, op. cit., p. 275.

¹⁸⁰ BUOSI, Daniela, op. cit., p. 17/68.

A partir de disposições acerca dos Poluentes Orgânicos Persistentes na Agenda 21 e na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, foi estabelecida a Convenção de Estocolmo, assinada pelo Brasil aos 23.05.2001, que, “reconhecendo que os poluentes orgânicos persistentes têm propriedades tóxicas, são resistentes à degradação, se bioacumulam, são transportados pelo ar, pela água e pelas espécies migratórias através das fronteiras internacionais e depositados distantes do local de sua liberação, onde se acumulam em ecossistemas terrestres e aquáticos”, propôs medidas para reduzir ou eliminar, progressivamente, as liberações decorrentes de produção e uso intencionais dos POPs.

A Convenção de Estocolmo apresenta uma lista de produtos cuja utilização é proibida, sendo que os critérios para a incorporação de novos produtos nessa lista estão relacionados às suas características de persistência, bioacumulação, transporte a longas distâncias, efeitos tóxicos ao homem e ao meio ambiente, baseando-se no Princípio da Precaução.

O Princípio de Precaução pretende ser uma regra geral em situações onde existam ameaças sérias e irreversíveis à saúde e ao meio ambiente e requeiram uma ação para evitar tais ameaças, mesmo que ainda não exista prova definitiva de dano. Este princípio, como anteriormente destacado, não permite que a ausência de certeza científica seja usada para atrasar uma ação preventiva.

6.5 ATIVIDADE NUCLEAR

a) Regime Legal da Atividade Nuclear

A Constituição Federal de 1946 foi a primeira constituição brasileira a mencionar a energia nuclear.

Em 1962, a Lei n. 4.118/62 criou o Conselho Nacional de Energia Nuclear – CNEN, autarquia federal, e também estabeleceu a Política Nacional de Energia Nuclear. Com a criação do PND II – Plano Nacional de Desenvolvimento, que incrementou o programa de uso energia nuclear no Brasil, em especial, com relação às usinas nucleares, revelou-se necessária a melhor regulamentação da matéria.

Foi editada, assim, a Lei 6.453, de 17.10.1977, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, apresentando no art. 1º os conceitos de produtos ou rejeitos radioativos “materiais

radioativos obtidos durante o processo de produção ou de utilização de combustíveis nucleares, ou cuja radioatividade se tenha originado da exposição às irradiações inerentes a tal processo, salvo os radioisótopos que tenham alcançado o estágio final de elaboração e já se possam utilizar para fins científicos, médicos, agrícolas, comerciais ou industriais” e de dano nuclear, “o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados”.

A referida lei adota expressamente a responsabilidade objetiva ao dispor no art. 4º que “será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear”, sendo, nesse aspecto, recepcionada pela Constituição Federal/88, que determina competir à União a exploração dos serviços e instalações nucleares, bem como o exercício do monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, XXIII, c), observando-se o princípio da responsabilidade civil por danos nucleares independentemente de culpa.

Art. 21. Compete à União:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;
- c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

A Lei 10.308/2001, seguindo as diretrizes da Constituição Federal, adotou a responsabilidade civil independente de culpa ou dolo, por danos radiológicos causados por rejeitos nucleares radioativos.

Art. 19. Nos depósitos iniciais, a responsabilidade civil por danos radiológicos pessoais, patrimoniais e ambientais causados por rejeitos radioativos neles depositados, independente de culpa ou dolo, é do titular da autorização para operação daquela instalação.

Art. 20. Nos depósitos intermediários e finais, a responsabilidade civil por danos radiológicos pessoais, patrimoniais e ambientais causados por rejeitos radioativos neles depositados, independente de culpa ou dolo, é da CNEN.

Art. 21. No transporte de rejeitos dos depósitos iniciais para os depósitos intermediários ou de depósitos iniciais para os depósitos finais, a responsabilidade

civil por danos radiológicos pessoais, patrimoniais e ambientais causados por rejeitos radioativos é do titular da autorização para operação da instalação que contém o depósito inicial.

Art. 22. No transporte de rejeitos dos depósitos intermediários para os depósitos finais, a responsabilidade civil por danos radiológicos pessoais, patrimoniais e ambientais causados por rejeitos radioativos é da CNEN.

Parágrafo único. Poderá haver delegação do serviço previsto no *caput* a terceiros, mantida a responsabilidade integral da CNEN.

A Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 911, de 03 de setembro de 1993, estabelece a responsabilidade objetiva do operador por danos nucleares, com exoneração nas hipóteses de caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima.

ARTIGO IV

1. A responsabilidade do operador por danos nucleares, de conformidade com a presente Convenção, será objetiva.

2. Se o operador provar que a pessoa que sofreu os danos nucleares os produziu ou para eles contribuiu por negligência grave ou por ação ou omissão dolosa, o tribunal competente poderá, se assim o dispuser sua própria legislação, exonerar total ou parcialmente o operador da obrigação de indenizar tal pessoa pelos danos sofridos.

3. a) De conformidade com a presente Convenção, não acarretarão qualquer responsabilidade para o operador os danos nucleares causados por acidente nuclear devido diretamente a conflito armado, a hostilidades, a guerra civil ou a insurreição.

b) Exceto na medida em que o Estado da Instalação dispuser em contrário, o operador será responsável pelos danos nucleares causados por acidente nuclear devido diretamente a uma catástrofe natural de caráter excepcional.

4. Quando os danos nucleares e outros que não sejam naturais tiverem sido causados por acidente nuclear ou, conjuntamente, por acidente nuclear e outra ou outras causas diversas, será considerado, para os fins da presente Convenção, que os danos não-nucleares, quando estes não puderem ser distingüidos dos danos nucleares, são danos nucleares causados pelo acidente nuclear. Contudo, quando os danos nucleares forem causados, conjuntamente, por acidente nuclear coberto pela presente Convenção e por emissão de radiações ionizantes não coberta por ela, nenhuma cláusula desta Convenção limitará ou modificará a responsabilidade que, seja com respeito a qualquer pessoa que tenha sofrido os danos nucleares, sejam como consequência da interposição de uma ação regressiva, recair sobre pessoas responsáveis por essa emissão de radiação ionizante.

5. O operador não será responsável, de acordo com a presente Convenção, pelos danos nucleares sofridos:

a) pela instalação nuclear propriamente dita ou pelos bens que se encontrem no recinto da instalação e que estejam sendo ou que deveriam ser utilizados pelas mesmas;

b) pelo meio de transporte no qual, ao produzir-se uma acidente nuclear, estava o material nuclear que o ocasionou.

6. Qualquer Estado da Instalação poderá dispor, por via legislativa, que não seja aplicado o subparágrafo (b) do parágrafo 5 deste artigo, desde que a responsabilidade do operador pelos danos nucleares, excluídos aqueles sofridos pelo meio de transporte, em caso nenhum se reduza a uma importância inferior a 5 milhões de dólares por acidente nuclear.

Sergio Cavalieri Filho afirma que a responsabilidade civil por dano nuclear, estabelecida no art. 21, XXIII, c, da Constituição Federal/88, é fundada no risco integral, dada a enormidade dos riscos decorrentes da exploração da atividade nuclear. Sustenta que se essa responsabilidade fosse fundada no risco administrativo ela já estaria incluída no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não se fazendo necessária uma norma especial.

Prossegue o autor alegando que “o art. 8º da Lei n. 6.453/77 exclui a responsabilidade do operador pelo dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza. A base jurídica da responsabilidade do explorador da atividade nuclear, entretanto, passou a ser a Constituição a partir de 1988, e esta, em seu art. 21, inciso XXIII, c, não abre nenhuma exceção, pelo que entendemos não mais estarem em vigor as causas exonerativas previstas na lei infraconstitucional. Diga-se o mesmo em relação aos limites indenizatórios estabelecidos no art. 9º da citada Lei n. 6.453/77. Sendo ilimitada a responsabilidade do Estado, consoante o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não pode a lei ordinária estabelecer limites indenizatórios para os danos decorrentes de acidente nuclear, de responsabilidade desse mesmo Estado ou de entes privados prestadores de serviços públicos”.

Importante destacar que a Lei 6.453/77, em seu art. 9º, limita a responsabilidade do operador pela reparação do dano nuclear, em cada acidente, ao valor correspondente a um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Entretanto, “para o meio ambiente, há uma responsabilidade civil especial, que é a responsabilidade estabelecida na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), que é uma responsabilidade sem limite e atribuível não às vítimas pessoais ou às suas famílias, mas aos Fundos de Direitos Difusos (Lei n. 7.347/85, art. 13) com o fim de recompor o meio ambiente lesado.

Mesmo que a Lei n. 10.308/2001 tenha procurado inserir a expressão danos radiológicos ambientais, ao lado de danos pessoais e patrimoniais, a aplicação da responsabilidade sem culpa é diferente com relação ao meio ambiente, pois continua sendo uma responsabilidade sem a limitação do art. 9º mencionado. Pensar o contrário, seria cometer uma total injustiça, pois estaríamos traindo o fim de proteção ambiental da legislação: o meio ambiente no local dos rejeitos radioativos estaria menos protegido do que em qualquer outro lugar e, além disso, estaria o intérprete favorecendo indevidamente os

geradores e gestores do lixo radioativo, que pagariam menos pelo dano do que os outros poluidores”.¹⁸¹

Tem-se ainda, a obrigatoriedade de realização de Estudo de Impacto Ambiental para instalação nuclear nos termos do disposto nas Resoluções do CONAMA n. 28 e 29, de 3 de dezembro de 1986, que apresentam normas de licenciamento dos estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares.

A Convenção da Basiléia regula o movimento transfronteiriço de rejeitos radioativos e a Agenda 21, em seu capítulo 22, trata da gestão sustentável e segura dos rejeitos radioativos, tendo sido acordado pela comunidade internacional que os rejeitos radioativos mereceriam a adoção de medidas de proteção radiológica muito restritas, havendo transferência de tecnologia para países em desenvolvimento e cooperação dos estados com organismos internacionais visando a promoção de políticas e práticas para minimizar a produção, o processamento, acondicionamento, transporte e deposição.

A nível nacional, a Comissão Nacional de Energia Nuclear adota política de gerenciamento dos rejeitos radioativos de forma a assegurar um nível aceitável de proteção ao meio ambiente, levando-se em conta os efeitos à saúde humana e no ambiente, além das fronteiras nacionais; de forma que os impactos previstos nas gerações futuras não sejam maiores que os aceitáveis hoje em dia, não impondo prejuízos indevidos às futuras gerações.

b) Dano Ambiental decorrente da Atividade Nuclear

A energia nuclear tem um grande potencial de lesividade, sendo de conhecimento geral os danos causados pelas bombas nucleares utilizadas contra o Japão, pelo acidente na usina nuclear de Chernobyl, na antiga URSS, em 1986, e do Césio 137, em Goiânia no Brasil, em 1987, dentre outros.

A radiação atinge os seres humanos, e todo o meio ambiente, de forma drástica e sutil, começando por afetar os átomos, desestruturando as moléculas, que danificam aminoácidos, interferem em células e causam a sua mutação ou até desintegração. E, em consequência, pode afetar uma área ou até mesmo um órgão. Sendo estes danos causados a nível sub-microscópicos, quando vêm a apresentar seus efeitos, estes já se encontram em níveis altamente comprometidos.

¹⁸¹ ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. Seminário Internacional: o Direito Ambiental e os Rejeitos Radioativos. Anais. Brasília, 2002, p. 57.

Pesquisas em seres humanos atingidos por radiação, assim como em animais, plantas e vírus, permitiu verificar que as radiações ionizantes e a radiação ultravioleta (UV) produzem mutações gênicas e cromossômicas, ampliando assim a taxa natural de mutabilidade dos seres vivos, podendo ser somáticas (quando ocorrem em tecido somático, não se transmitindo, portanto, à descendência dos indivíduos irradiados) e germinais (quando se dão em células da linhagem germinal, podendo então, passar para as gerações futuras).

Verificou-se, ainda, que a quase totalidade das mutações induzidas é de natureza deletéria, produzindo malformações, reduzindo a fertilidade, provocando esterilidade, conduzindo à morte prematura, etc. Os efeitos genéticos acarretados são permanentes, isto é, transmitem-se às gerações seguintes, com grande estabilidade, não havendo, portanto, recobros semelhantes aos verificados relativamente aos efeitos fisiomorfológicos.

O efeito final da radiação independe do período de tempo durante o qual se processou a irradiação, não sendo afetado por fracionamento e nem por intermitências. Depende exclusivamente da dose total. As radiações possuem o poder de provocar certos tipos de câncer, fraturas e alterações cromossômicas e cromatídicas, havendo, ainda, a possibilidade de surgimento de efeitos biológicos tardios, principalmente a cancerização, com desenvolvimento de neurofibrossarcomas, uma forma rara de câncer. As radiações também têm efeito teratogênico; se ocorridas na fase da pré-implantação acarretam em geral a morte do organismo em formação; no período embrionário, há grandes probabilidades de produzirem malformações, dependendo da dose e do momento da exposição.

a) - A ação mutagênica da radiação nem sempre se faz sentir imediatamente, em concomitância com a passagem das partículas emitidas. Verificou-se, por exemplo, várias vezes, em *E. Coli*, que o efeito total só se observava algumas gerações após a irradiação, por um efeito retardado (*delayed effect*). O fenômeno poderia ser explicado admitindo-se que a irradiação provoca uma instabilidade gênica, de caráter persistente através de uma série de gerações, ou que ocorra apenas um simples atraso fenotípico (*phenotypic lag*), isto é, que o aparecimento da característica se retarde por efeito de alguma substância produzida pelo gene antes da mutação e que persiste na célula mesmo após o ato transmutador. (A primeira hipótese concorda com o que hoje se sabe sobre o fenômeno da recuperação.)

b) - O tempo de exposição influi, muitas vezes, poderosamente, sobre a frequência dos rearranjos cromossômicos induzidos, uma vez que, em um tempo longo (isto é, radiação com intensidade fraca), poderá haver reconstituição de uma quebra simples em um dado cromossomo antes que ocorra, no mesmo núcleo, uma outra quebra, sem a qual seria impossível a troca. A recomposição dos Cromossomos fraturados não é, porém, imediata. Em espermatozóides, no entanto, as quebras são absolutamente irreconstituíveis, permanecendo como tais até a época da fecundação, quando então ocorrem os rearranjos.

c) - Os núcleos de todas as células do corpo contém um número de cromossomos nos quais, há grande número de gens que determinam a natureza hereditária de cada indivíduo. Esses gens e cromossomos em cada célula do corpo são idênticos, metade herdada de cada pai, a partir do espermatozóide e óvulo que contém somente a

metade dos gens e cromossomos de cada célula do corpo. Assim é que um gem em particular é passado à metade de alguns filhos, a um quarto de netos e a um oitavo de alguns bisnetos, até que após um grande número de gerações estará amplamente disperso em uma população.

d) - Os gens ocasionalmente sofrem uma ligeira alteração para uma forma diferente, conhecida como mutação. Se isto ocorre no espermatozóide ou na célula ovo, o gen será passado para as próximas gerações em sua forma modificada. Mutações normalmente ocorrem com baixa ocorrência entre outras coisas, pela irradiação vinda dos raios cósmicos e pequenas quantidades de radioatividade em nosso corpo ou nas vizinhanças. Muitas mutações produzem efeitos danosos na população, freqüentemente severos incluindo deficiências mentais, doenças mentais, cegueiras, mortes neonatais, morte fetal e mal formações congênitas. Seus níveis de existências são dados pelo índice de mutação natural ao qual o gênero humano está sempre sujeito. Entretanto, a qualquer radiação adicional aos órgãos reprodutores desde o momento de nossa própria concepção até a concepção de uma criança, aumenta o índice de mutação e por esta razão, há ocorrência desses efeitos genéticos deletérios nas gerações futuras.¹⁸²

Historicamente, tem-se uma primeira noção da poderio de destruição da energia nuclear aos 6 e 9 de agosto de 1945, quando as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, respectivamente, foram destruídas por bombas atômicas lançadas por aviões do Exército dos EUA. Mais de 200 mil pessoas foram mortas nos ataques. Quase seis décadas depois do bombardeio, milhares de pessoas ainda apresentam seqüelas em razão da exposição à radioatividade.

Posteriormente, vários acidentes nucleares foram registrados no mundo. Em março de 1979, o gás responsável pela refrigeração de um dos reatores nucleares da usina americana de Three Mile Island, na Pensilvânia, escapou, provocando o derretimento do núcleo, causando conseqüências danosas à saúde e à integridade física de centenas de pessoas afetadas pela radioatividade.

Em abril de 1986 ocorreu o mais grave acidente nuclear da história. A explosão de um dos quatro reatores da usina nuclear soviética de Chernobyl, na Ucrânia - antiga URSS, lançou na atmosfera uma nuvem radioativa de 100 milhões de curies, nível de radiação 6 milhões de vezes mais alto do que o que escapara da usina de Three Mile Island. Todo o centro-sul da Europa foi atingido. Estima-se que entre 15 mil e 30 mil pessoas morreram, e aproximadamente 16 milhões sofrem até hoje alguma seqüela em decorrência do desastre.

Nas primeiras horas do dia 26 de abril de 1986, uma explosão dilacerou o reator 4 da planta nuclear de Chernobyl. Falhas no desenho industrial, problemas na comunicação e falta de procedimentos de segurança levaram ao pior acidente nuclear da história.

O acidente aconteceu durante um teste de segurança onde verificavam se as turbinas do reator poderiam produzir suficiente energia para manter as bombas de

¹⁸² FREIRE-MAIA, Newton. *Radiogenética Humana*. São Paulo: Edgard Blücher, Editora da USP, 1972, p 39-48.

refrigeração funcionando, em caso de uma perda de poder. Mas quando a paralisação de emergência falhou, o reator ficou descontrolado como uma chaleira gigante em ebulição. A violenta explosão pôde ser vista há quilômetros de distância.

A tampa hermética de 1.000 toneladas foi lançada pelos ares e as temperaturas de mais de 2.000°C derreteram as hastes de combustível do reator. A capa de grafite do reator se incendiou e, no inferno que decorreu, as partículas liberadas no ponto máximo da fissão radioativa foram sugadas pela atmosfera. Uma nuvem de material radioativo espalhou-se pela Europa chegando até a Escócia.

31 trabalhadores e bombeiros morreram na explosão ou logo depois. Estima-se que mais de 2.500 pessoas morreram nas proximidades desde 1986 e milhares tiveram problemas de saúde, devido aos altos níveis de radiação produzidos pelo acidente. Três milhões e meio de pessoas foram evacuadas da Ucrânia e mais de cinco milhões ainda vivem em áreas contaminadas.

Após a evacuação inicial, milhares de pessoas foram levadas de volta a Chernobyl. Elas lutaram, corajosamente, para limitar a contaminação nos meses após a explosão, muitas sem proteção adequada. O reator foi vedado em um enorme sarcófago de concreto, mas a limpeza do local ainda demorará anos e custará milhões de dólares.¹⁸³

Um ano depois do acidente na Ucrânia, em setembro de 1987, a violação de uma cápsula de Césio 137 em Goiânia resultou em quatro mortes e no maior acidente registrado no Brasil. A fonte de Césio que deu origem ao acidente foi manipulada pela curiosidade de dois sucateiros que encontraram um aparelho de radioterapia, nas antigas dependências do Instituto Goiano de Radioterapia – IGR, um prédio abandonado da Santa Casa de Misericórdia.

Uma nota técnica da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, datada de 19 de dezembro de 2001, informava que, até aquele momento, 621 pessoas tinham sido “caracterizadas como expostas ao Césio 137. Destas, 104 foram vítimas diretas do acidente e outras 517 sofreram exposição posterior”, e destacava: “Estima-se que, a partir do próximo ano (2002), quando completam 15 anos de acidente, haja um crescimento da taxa de incidência de câncer nessa população”. É o que parece estar acontecendo.

Os trabalhos de descontaminação dos locais afetados produziram 13,4 toneladas de lixo contaminado com Césio 137: roupas, utensílios, plantas, restos de solo e materiais de construção. O lixo radioativo resultante do acidente está armazenado em cerca de 1.200 caixas, 2.900 tambores e 14 contêineres de concreto em um depósito construído na cidade de Abadia de Goiás, próxima a Goiânia, onde deverá ficar por pelo menos 180 anos.

Físicos da Universidade Federal Fluminense – UFF constataram que atualmente os níveis de Césio, em Goiânia, permanecem abaixo do limite máximo a que um ser humano pode se expor à radiação. Entretanto, em 2001, eles localizaram duas goiabeiras contaminadas, com índices acima do considerado normal para plantas e pediram à Comissão

¹⁸³ Chernobyl. Disponível em <<http://discoverybrasil.com/columbine/chernobyl/index.shtml>>. Acesso em 10 nov. 2005. 14:35.

Nacional de Energia Nuclear a retirada das árvores. Isso significa que o Césio contaminou a árvore quando do acidente e, ao percorrê-la pela seiva, foi se depositando até chegar às folhas.

Ana Bandeira de Carvalho, no Seminário Internacional de Direito Ambiental e de Rejeitos Radioativos, assim expôs acerca dos efeitos causados pela irradiação e contaminação por material nuclear:

Vou falar um pouco sobre as vítimas, de Goiânia, que foram irradiadas e contaminadas e que foram hospitalizadas, para se ter uma idéia dos efeitos psicológicos, nelas, durante a internação hospitalar. As pessoas foram internadas com a pele vermelha, com vômito, febre, sintomas gastrintestinais: a síndrome aguda da radiação. Os efeitos anatômicos e fisiológicos que desenvolvem com o passar do tempo, e foram piorando. A princípio aparece uma mancha vermelha, depois uma bolha, depois um buraco na superfície da pele que causa dores horríveis. Em alguns casos há amputação do local. O estresse devido ao longo confinamento, a irritação por exposição contínua à situação de dor; a separação de entes queridos – porque as pessoas contaminadas tinham que ficar longe uma das outras; o luto com a morte de parentes e amigos. Aparecem o pessimismo, a auto-estima baixa, a culpa, o sentimento de que foi escolhido para ser castigado, o sentimento de abandono, a necessidade de contato físico, porque as pessoas eram tratadas com enfermeiras e médicos totalmente cobertos e de máscara (não viam nunca as faces das pessoas que estavam tratando delas); o ódio ou ressentimento e a auto-agressão. Tudo contribuiu para o desenvolvimento de diversas síndromes emocionais.¹⁸⁴

¹⁸⁴ ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. Seminário Internacional: o Direito Ambiental e os Rejeitos Radioativos. Anais. Brasília, 2002, p. 137.

7 CONCLUSÃO

A qualidade de vida que o homem vem buscando não é compatível com as suas ações de destruição e contaminação ambiental. A preservação da vida selvagem, da atmosfera, dos solos, dos corpos de água e de todo o meio ambiente, deve fazer parte de uma conjunção de ações em favor do equilíbrio ambiental com o progresso da humanidade.

Por isso o estudo da questão referente à responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é de extrema relevância, uma vez que a degradação do meio ambiente coloca em risco o equilíbrio ecológico, a qualidade do meio ambiente em todos os elementos essenciais à vida humana e a preservação da sadia qualidade de vida (saúde, bem-estar, segurança da população). Como bem destacado por Fátima Rangel dos Santos de Assis, em sua obra *Responsabilidade Civil no Direito Ambiental*:

Nos dias atuais, a preocupação com a proteção ao meio ambiente atingiu níveis nunca antes imaginados. Povos e governantes de todo o mundo voltam-se para o problema com afincos cada vez maior, na tentativa de reverter – ou, aos menos, retardar – o progresso de degradação ambiental porque passa o Planeta e que ameaça, perigosamente, a continuação da vida na Terra em um futuro próximo.

[...]

Em decorrência de tais situações, surgiu a responsabilidade do homem de zelar pelo patrimônio ambiental e ecológico do Planeta, que é um dos primeiros princípios enunciados pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas. A preservação e o cuidado com o meio ambiente e a manutenção do equilíbrio ecológico são obrigações de todos. Sempre que cumprida tal obrigação, deverá surgir o fenômeno da responsabilidade em suas diversas modalidades e com os efeitos que lhe são inerentes.¹⁸⁵

A responsabilidade civil na área ambiental tem por objetivo evitar a ocorrência de danos, impondo-se medidas repressivas que sirvam para inibir a prática deliberada das agressões ambientais; ou, quando o dano é inevitável ou já ocorreu, buscar repará-lo da maneira mais completa possível.

Para tanto, as normas de proteção ambiental presentes no direito positivo brasileiro são rígidas, impondo pesadas sanções. Entretanto, cada vez mais se tem notícia de novos danos causados ao patrimônio ambiental. Mesmo contando com legislação específica e proteção constitucional, o meio ambiente vem sendo devastado sem medidas.

Nessa linha de entendimento, os ensinamentos do ilustre Rui Stoco, em sua obra *Tratado de Responsabilidade Civil, in verbis*:

O dano ecológico sempre existiu, como forma de lesão às pessoas e às coisas pelo meio em que vivem. As soluções criadas pelo direito, constantemente superadas e

¹⁸⁵ ASSIS, Fátima Rangel dos Santos de, op. cit., p. 15/16.

envelhecidas, sempre exigiram renovação permanente. Nunca, porém, o divórcio entre o fato e o direito foi tão grande como agora, quando o dano ecológico sofre verdadeira agravação geométrica, por influência do tremendo perigo criado pelas conquistas científicas que não foram seguidas de iguais provisões de cautela por parte dos seus responsáveis.¹⁸⁶

Urge, dessa forma, repensar a legislação existente e os fundamentos teóricos atualmente adotados, para que seja efetiva a proteção ao meio ambiente.

O sistema de responsabilidade civil por danos impostos ao meio ambiente merece aperfeiçoamento que possibilite a plena realização da vontade das normas que instituem a reparação dos danos ambientais como meio eficaz de contribuir para o alcance das metas de conservação do equilíbrio ecológico para as gerações presentes e futuras, princípio fundamental estabelecido na Constituição Federal/88: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Como verificado no decorrer do trabalho, a tendência da doutrina, bem como o atual entendimento dos Tribunais, é no sentido de aplicar a teoria do risco assumido, segundo a qual são aplicáveis as excludentes na apuração da responsabilidade pelo dano.

Ocorre que, no âmbito da reparação de danos ambientais os princípios clássicos e tradicionais da responsabilidade civil nunca funcionaram adequadamente. Assim, e da mesma forma que a aplicação da responsabilidade objetiva para os danos causados ao meio ambiente representou, no passado, um grande avanço, vem se observando uma tendência à adoção progressiva e gradual da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral em matéria ambiental.

Percebe-se que, apesar de a responsabilidade civil objetiva ser considerada um enorme avanço para a reparação do dano, em determinados casos, e principalmente quando se trata de proteção à vida – pois não se pode falar em vida sem um meio ambiente saudável – há a necessidade de certos avanços, que são, entre outros, a aplicação pontual da teoria do risco integral.

A vinculação da responsabilidade objetiva à teoria do risco integral expressa a grande preocupação dos doutrinadores brasileiros em estabelecer um sistema de responsabilidade por dano ao meio ambiente o mais rigoroso possível, o que se justifica em face do alarmante quadro de degradação existente no Brasil.

A idéia de risco integral procura sugerir a inexistência de excludentes de responsabilidade, expressando a forma mais rigorosa de imputação de

¹⁸⁶ STOCO, Rui, op. cit., p. 838.

responsabilidade por dano ao meio ambiente. A obrigação de reparação decorreria somente do fato dano, excluindo-se qualquer outra determinante externa a ele.¹⁸⁷

A responsabilidade civil por dano ambiental é comum, uma vez que qualquer agente poluidor deve responder pelo dano causado ao meio ambiente, ainda que de pequena monta. Entretanto, a responsabilidade deve ser diferenciada porque algumas atividades são mais representativas de lesões ao meio ambiente do que outras.

Dessa forma, entendo que deve ser aplicada a teoria do risco integral para responsabilização civil por danos ambientais advindos de atividades mineradoras, atividades nucleares e de uso de agrotóxicos, todas representativas de extrema potencialidade de risco.

Revela-se, portanto, imperativa a evolução dos tratamentos legislativo, jurisprudencial e doutrinário dispensados à responsabilidade civil e à proteção ambiental, no direito brasileiro.

Faz-se necessário redobrar esforços no sentido de se desenvolverem novos meios de compatibilizar as necessidades e as atividades humanas com a manutenção do equilíbrio ecológico, a conservação da natureza e a preservação da saúde das populações.

Um novo paradigma de desenvolvimento deve permitir uma profunda revisão das práticas atuais de incorporação do patrimônio natural, através de novas formas de organização social e de novos padrões de produção e consumo. Não se pode imaginar um novo padrão de desenvolvimento que possa ser ambientalmente sustentável, se não contiver soluções para os graves desequilíbrios provocados pelas situações de pobreza extrema e de iniquidade sócio-econômica, que são marcos patentes da sociedade nesse final de milênio.¹⁸⁸

Em termos de preservação, esta é a única forma de evitar-se o perecer da nossa espécie. O meio ambiente deve ser protegido pelo homem, para o homem e para todas as demais espécies vivas, devendo ser perenizado para as futuras gerações. Pelo exposto, conclui-se que este fato somente se verificará se as tutelas preventivas aliadas à educação ambiental puderem atribuir rumo novo para as atividades humanas.

Para que as gerações futuras possam encontrar recursos ambientais utilizáveis, que não tenham sido esgotados, corrompidos ou poluídos pelas gerações presentes, novos mecanismos de controle ambiental devem ser concebidos e introduzidos nas legislações, uma vez que a aplicação da teoria do risco assumido tem-se revelada insuficiente e infrutífera.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, em sua obra *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*, cita o pensamento de Geiko Müller Fahrenhoh, delineado na obra *La vida al servicio de la vida*, aplicável à espécie:

¹⁸⁷ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira, op. cit., p. 322.

¹⁸⁸ ASSIS, Fátima Rangel dos Santos de, op. cit., p. 58.

A ética ecológica não se preocupa com a correção de alguns dos efeitos não desejados pelo paradigma econômico e social predominante. Existem muitos economistas e políticos que sustentam que o paradigma científico, tecnológico e econômico que prevalece em nossos dias é o correto e que bastaria alguns ajustes aqui e ali. No meu ponto de vista isso significa escapismo, evasão e uma carência total de imaginação. Se é certo que o sistema de vida em sua globalidade está em perigo, então se requer um novo paradigma para a ciência, a tecnologia, a economia e assim por diante.¹⁸⁹

Assim, como decorrência da complexidade que o novo paradigma incorpora, no enfrentamento dos problemas contemporâneos, como a proteção, recuperação e melhoria da qualidade do meio ambiente, devemos ter em vista todos os argumentos relevantes, sejam eles jurídico-positivos, morais éticos ou pragmáticos.

¹⁸⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira, op. cit., p. 194.

8 ANEXOS

Julgamentos realizados no Egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca da questão de responsabilidade por dano ao meio ambiente:

ANEXO I – Recurso Especial n. 578.797/RS

DANO AMBIENTAL. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1. Controvérsia adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, consubstanciada no corte de árvores nativas.

2. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art. 14, parágrafo 1º) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar.

3. A adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano.

4. O art. 4º, VII, da Lei n. 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa, consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada lei.

6. A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental.

7. Recurso especial provido.

(Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp n. 578.797/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 20.09.2004, p. 196.)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL insurge-se, via recurso especial, ao abrigo da alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão, proferido em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vazado nos seguintes termos:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS.

I - Não provada a autoria da infração, não subsiste a aplicação de pena;

II - Honorários advocatícios reduzidos, de acordo com as moduladoras do § 4º do art. 20 do CPC.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Versam os autos, originariamente, embargos à execução fiscal opostos por Reini Krupp, em que se discute a aplicação de multa ambiental em face de desmatamento ocorrido em Área de Proteção Ambiental dentro de sua fazenda. Em 1º grau de jurisdição, os embargos foram julgados parcialmente procedentes, sob os seguintes fundamentos:

No que se refere ao auto de infração nº 10.830, formalizado em 21/08/1998 (fl. 27), origem da certidão de dívida ativa nº 99/0560, é incontroverso que o corte das duas árvores nativas foi realizado pelo embargante, sem a pertinente autorização do órgão fiscalizador.

De outro lado, restou demonstrado que tais árvores sofreram o impacto de um 'temporal', que supostamente danificou as copas, fato que, por si só, não autorizava ao embargante promover o corte das espécies vegetais atingidas, necessitando para tanto da autorização do órgão fiscalizador, ainda mais que o próprio embargante reconhece na inicial, que houveram várias 'denúncias, de todos para como todos, onde não só o embargante fora multado, mas sim também várias outras pessoas da região, já que segundo os próprios responsáveis pelos órgãos fiscalizadores, houve uma demasia de cortes,...' (fl.03).

(...)

Já com relação ao auto de infração nº 01655, é incontroverso que o embargante foi responsabilizado na qualidade de arrendatário do imóvel rural, sendo o pai o arrendante, constando do auto de infração (fl.29): 'O autuado é arrendatário em cujo contrato, cláusula quinta, prevê preservação da floresta nativa'. Da mesma forma, também é incontroverso que o embargante residente em localidade diversa da área em que ocorreu o desmatamento, tendo o fato ocorrido na localidade de Comandá, Município de Santo Ângelo, residindo o embargante no Distrito denominado Serra de Cima, Município de Entre-Ijuís.

Pois bem, considerando a prova colhida, restou suficientemente demonstrado que a área, quando do aventado corte ilegal, não estava sendo ocupada pelo embargante, permanecendo em estado de abandono.

(...)

Nesse cenário, foram uníssonas as testemunhas e o informante ouvidos em juízo, ao afastarem a possibilidade de que o embargante tenha sido o responsável pelo desmatamento. Ao prestar suas informações, disse Nelson Gorgen: (...)

Em sendo assim impõe-se reconhecer a plausibilidade da tese do desmatamento por terceiras pessoas, em especial pela comprovação de que o imóvel estava abandonado; residir o embargante distante cerca de 40 Km da área desmatada; ter sido suficientemente comprovado de que só tomou conhecimento do aventado desmatamento cerca de dois anos após a efetiva derrubada das árvores.

Dito isso, cumpre enfrentar a questão suscitada pelo embargado, concernente a aventada responsabilidade do embargante, fruto da culpa 'in vigilando', decorrente da obrigação da preservação ambiental da área arrendada. Neste aspecto, entendo que não se possa manter a penalização, eis que em se tratando de imóvel rural distante cerca de 40Km da residência do embargante, associado as próprias condições financeiras - pequeno agricultor - não se poderia exigir que mantivesse uma vigilância intensiva sobre o bem abandonado. Como se sabe, passa o setor primário por uma grave crise, situação que é bem mais acentuada em se tratando de pequenos agricultores, os quais trabalham basicamente para subsistência, sobrando muito pouco, quase nada, não se podendo exigir, considerando estas peculiaridades,

que o embargante visitasse a área com frequência e muito menos mantivesse alguém para vigiá-la.

DO EXPOSTO, com base nos argumentos elencados, julgo parcialmente procedente o pedido ajuizado por REINI KRUPP, contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, para declarar a nulidade da CDA nº 99/0561, prosseguindo a execução tão só quanto a CDA nº 99/0560.

Diante da sucumbência mínima do embargante, considerando os valores das CDAs, com base no que dispõe o art. 21, § único, do Código de Processo Civil, condeno o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor originário da execução."

Interposta apelação pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento apenas para ajustar a condenação na verba honorária no patamar de 5% sobre o valor excluído da execução.

Em sede de recurso especial, insurge-se o Estado do Rio Grande do Sul, contra o acórdão acima, que afastou parcialmente a responsabilidade do recorrido pelo desmatamento de árvores nativas em propriedade por ele arrendada, tendo em vista a autoria do crime ser desconhecida. Alega que o art. 70 da Lei 9.605/98 restou violado, porquanto a omissão acerca de proteção do meio ambiente constitui infração administrativa.

Inadmitido o recurso especial pelo Tribunal *a quo*, o Estado interpôs agravo de instrumento, o qual foi convertido em recurso especial, consoante decisão de fls.202/203.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Conheço do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional, uma vez que houve o prequestionamento do dispositivo legal tido por violado.

Assim dispõe o art. 70, da lei 9.605/98:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

§ 4º As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.

Sob o ângulo da autoria e conseqüente responsabilidade, mister repisar o acórdão atacado quando assenta que não provada a autoria da infração, não subsiste a aplicação da pena:

Excluiu o magistrado a quo a responsabilidade do embargante, por tais cortes, uma vez que este não ocupava a área à época dos fatos.

Não obstante, tratando-se de direito ambiental, ser a responsabilidade objetiva, decorrente do princípio insculpido no art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual 'todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações', no caso, não provada a autoria da infração, haja vista estar o imóvel abandonado.

Embora arrendatário da área, a prova colhida evidenciou não ter sido ele o autor do desmatamento e, como ressaltou o magistrado a quo, em relação à culpa in vigilando, 'decorrente da obrigação da preservação ambiental da área arrendada. Neste aspecto, entendendo que não se possa manter a penalização, eis que a embargante, associado as próprias condições financeiras - pequeno agricultor - não se poderia exigir que mantivesse uma vigilância intensiva sobre o bem abandonado. Como se sabe, passa o setor primário por uma grave crise, situação que é bem mais acentuada em se tratando de pequenos agricultores, os quais trabalham basicamente para a subsistência, sobrando muito pouco, quase nada, não se podendo exigir, considerando estas peculiaridades, que o embargante visitasse a área com freqüência, e muito menos mantivesse alguém para vigiá-la' (fl. 122).

Assim, não há como subsistir a infração atribuída ao apelado, sem suporte, pois, a certidão de dívida ativa executada quanto a este aspecto.

A controvérsia cinge-se à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva., consubstanciada no corte de árvores nativas.

Sob a estrita ótica infraconstitucional, dispõem os artigos 3º, inciso IV e 14, § 1º, da lei n° 6.938/81:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

O artigo 14, § 1º, da lei n° 6.983/81, a seu turno, prevê:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (grifo nosso)

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

O Código Florestal, lei 4.771/65, em seu artigo 2º, considera área de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural:

a) ao longo dos rios ou de qualquer outro curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 metros para os rios de menos de 10 metros de largura;

2 - de 50 metros para os cursos que tenham de 10 a 50 metros de largura;

3 - de 100 metros para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 metros de largura;

4 - de 200 metros para os cursos d'água que tenham de 200 a 600 metros de largura;

5 - de 500 metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 metros de largura.

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'águas naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 metros em projeções horizontais;

h) em altitudes superiores a 1800 metros, qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único - No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território nacional, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

O artigo 3º do mesmo Código, por seu turno, prevê os casos em que as florestas e demais formas de vegetação podem ser consideradas de preservação permanente, quando assim declaradas pelo poder público. O parágrafo 1º desse artigo admite, em casos especiais, a supressão parcial ou total de vegetação nas áreas declaradas de preservação permanente, senão vejamos:

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

Entretanto, as áreas de preservação permanente, assim consideradas pelo artigo 2º do Código Florestal, não poderão ser derrubadas, nem mesmo parcialmente. Esta a conclusão a que chegou José Afonso da Silva em sua obra Direito Ambiental Constitucional:

A questão que se apresenta ao intérprete, consiste em saber qual a abrangência do disposto no referido artigo 3º, parágrafo 1º. A técnica legislativa leva à conclusão de que o parágrafo só se refere à regra do artigo a que se vincula. Assim, quer dizer que somente as florestas de preservação permanente, assim declaradas nos termos do dito artigo, poderão sofrer a supressão nas condições estabelecidas no seu parágrafo 1º. Vale dizer que nem as florestas e demais vegetações de preservação permanente, ex vi lege, indicadas no artigo 2º, nem as do patrimônio indígena a elas equiparadas, mencionadas no parágrafo 2º do mesmo artigo 3º, poderão ser suprimidas nem total nem parcialmente." (2. ed., p. 121).

Além das florestas de preservação permanente, em vários artigos, o Código Florestal disciplina e limita a exploração florestal. Por exemplo, no seu artigo 10, proíbe a derrubada de cobertura vegetal em áreas com declividade entre 25 e 45 graus. É tolerada apenas a extração de toras, em regime de utilização racional. Já o artigo 16, ressalvadas as florestas de preservação permanente e as de regime de utilização limitada, permite o desflorestamento, respeitando-se o limite mínimo de 20% ou 50%, conforme o caso.

Por outro lado, mesmo as florestas plantadas, não consideradas de preservação permanente, ficam sujeitas ao regime de exploração racional, o que não é o caso dos autos.

Com efeito, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art.14, parágrafo 1º.) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar.

No que pertine à responsabilidade objetiva, em sede de danos causados ao meio ambiente, leciona Sergio Cavalieri Filho, *in* Programa de responsabilidade Civil:

(...) o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, que trata dos danos causados ao meio ambiente. O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". É o que os autores chamam de direito de terceira geração, que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano. Direitos de primeira geração são os direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas; esse direitos realçam o princípio da liberdade. Direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, que acentuam o princípio da igualdade. Direitos de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos genericamente a todas as formações sociais; tais direitos são fundados no princípio da solidariedade universal.

Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1º, incs. I-VII do art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º ela trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente, ao dispor: "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". Neste ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: "sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. " Extraí-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que essa responsabilidade é fundada no risco integral, conforme sustentado por Nelson Nery Júnior (Justitia, 126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por

dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental. (págs. 175/176)

Por conseguinte, a adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano.

É no princípio da equidade que a responsabilidade objetiva encontra o seu fundamento principal, posto que *'aquele que lucra ou se beneficia com uma determinada atividade, deve responder pelo risco e pelas desvantagens dela resultantes (ubi emolumentum ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda)*. Amorim, Carpena, A reparação de dano decorrente do crime – Editora Espaço Jurídico – Rio de Janeiro – 2000, p.32.

Destarte, o art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa., consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada lei.

Ademais, a aplicação de penalidade administrativa (art. 14, I a IV) não elide a indenização ou reparação que o Poder Judiciário possa determinar, como resta claro no art. 14, § 1º, verbis:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (grifo nosso)

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A hipótese *sub examem* trata da imposição de multa administrativa que, segundo Hely Lopes Meirelles:

é toda imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano presumido da infração. Nesta categoria de atos punitivos entram, além das multas administrativas propriamente ditas, as multas fiscais, que são modalidades específicas do Direito Tributário. (*in* Direito Administrativo Brasileiro, pág. 187)

A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir

atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental.

No escólio do professor Manoel Carpena Amorim:

é fundamental saber separar o ato punitivo do Estado, o qual pune o ilícito penal como meio de defesa da sociedade, do ato punitivo da Administração Pública, o qual se fundamenta no ilícito administrativo, servindo como instrumento de autotutela da própria Administração. Decorre daí, o fato da sanção administrativa ser imposta por todo e qualquer Órgão da Administração que for competente para tanto. Porém a pena criminal é de competência legislativa privativa da União, somente, podendo ser aplicada pelo judiciário. *in*, A reparação de dano decorrente do crime – Rio de Janeiro - Editora Espaço Jurídico –2000 – p.131.

Destarte, se ficar configurada a responsabilidade do agente pelo dano ambiental, o mesmo estará sujeito à imputação de uma medida punitiva correspondente à gravidade da infração cometida. Nesse sentido, o artigo 70 da Lei de Crimes ambientais, que define a infração administrativa ambiental como toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, proteção e recuperação do meio ambiente.

Confira-se, à guisa de exemplo, os julgados *in verbis*:

ADMINISTRATIVO - DANO AO MEIO-AMBIENTE - INDENIZAÇÃO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO NOVO ADQUIRENTE.

1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexos de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81).
2. Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la.
3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexos causal, porque imposta por lei.
4. Recurso especial provido. (Resp nº 282.781/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27.05.2002)

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RITO ORDINÁRIO - PREQUESTIONAMENTO – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA PETROBRÁS - ARTS. 14, PAR. 1º, DA LEI 8.938/81, 159 E 1521, INC. III, DO CC.

I - O que se entende como prequestionamento não é a simples menção ao dispositivo, mas sim a manifestação expressa por parte do Tribunal a quo da tese jurídica trazida no recurso especial.

II - O art. 14, par. 1º, da Lei n.º 8.938/81, cuida da responsabilidade objetiva em decorrência de danos causados ao meio ambiente. (grifo nosso)

III - A presente demanda não envolve o dever de reparar danos ao meio ambiente, mas sim o dever de ressarcir os gastos tidos pela execução de serviços pela agravada. Ainda que o acórdão objurgado tenha se posicionado pela legitimidade passiva ad causam da agravante, tomando por base o art. 14, par. 1º, da Lei n.º 8.938/81, persiste sua legitimidade ad causam em razão do disposto nos arts. 159 e 1.521, inc. III, do CC.

Agravo no agravo de instrumento a que se nega provimento. (AGA nº 179.321/SP, Relatora Ministra Nancy Andriahi, DJ de 25.09.2000)

PROCESSUAL CIVIL. POLUIÇÃO. MEIO AMBIENTE. EXECUÇÃO .
EXTINÇÃO. LEGITIMIDADE "AD CAUSAM".

1. Permitindo a Lei nº 6.938/81 a aplicação de multas por parte da autoridade estadual, com base em legislação federal, patente a legitimidade da Fazenda Paulistana para a causa. (Resp nº 48.753-6/SP, Relator Ministro Américo Luz, DJ de 17.04.1995)

Last but not least, a eventual exoneração do recorrente por culpa de terceiro, pode ser aferida em ação regressiva, *inter partes*, posto que somente pela efetiva aplicação da teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral é que se poderá garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida, consoante o cânone do art. 225 da Carta Maior.

Nesse particular, é oportuno lembrar o interesse difuso que permeia a tutela do meio ambiente. Édis Milaré, *in* Tutela Jurídico-Civil do Ambiente, afirma que “*o interesse que tem maior difusidade, pois pertence a todos e a ninguém em particular, sua proteção a todos aproveita e a sua postergação em conjunto prejudica; é verdadeira res communi omnium*” (*in*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 55).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial interposto.

É como voto.

ANEXO II – Recurso Especial n. 218.120/PR

DANO AO MEIO AMBIENTE - AQUISIÇÃO DE TERRA DESMATADA - REFLORESTAMENTO - RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA - NEXO CAUSAL - DEMONSTRAÇÃO.

Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada.

O artigo 99 da Lei n. 8.171/91 é inaplicável, visto inexistir o órgão gestor a que faz referência.

O artigo 18 da Lei n. 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar suas terras sem prévia delimitação da área pelo Poder Público.

Embora independa de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita da demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

Recurso improvido.

(Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp n. 218.120/PR, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, DJ 11.10.99, p. 048.)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): O Ministério Público do Estado do Paraná, com lastro na Constituição Federal, art. 105, III, a, interpõe recurso especial (fls. 224), aduzindo cingir-se a questão em saber quando se caracteriza a reserva floresta legal, para fins de preservação da flora, considerando-se o disposto no art. 16, a, da Lei 4.771/65.

O E. Tribunal *a quo*, apreciando apelação interposta em autos de ação civil pública, sustentou não ter ficado demonstrado que o ora recorrido foi responsável pelo desmatamento promovido na área por ele adquirida, nem contribuiu para o dano ambiental.

Aponta violação ao CPC, art. 3º e 267 e à Lei 4.771/65, art. 16.

Pede provimento.

Contra-razões (fls. 253).

Despacho (fls. 257).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, Aponta o recorrente como violados os artigos 3º e 267 do CPC, 16, a, do Código Florestal (Lei 4.771/65), versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

O artigo 16, letra a, da Lei 4.771/65 estabelece que “as derrubadas de florestas nativas, primitivas ou regeneradas, só serão permitidas, desde que seja, em qualquer caso, respeitado o limite mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea localizada, a critério da autoridade competente”.

Ora, o recorrente não derrubou nenhuma floresta nativa, primitiva ou regenerada e quando adquiriu a propriedade já não havia a reserva legal.

Constitui fato incontroverso, nestes autos, a assertiva do recorrente de que adquiriu o imóvel, objeto desta ação, sem qualquer reserva de cobertura florestal, tendo o desmatamento sido feito em épocas anteriores à sua aquisição, pelos antigos proprietários. O réu não desmatou nenhuma parte de sua fazenda.

O STJ, no Recurso Especial n. 156.899-PR, DJ de 04.05.98, do qual fui relator, decidiu, nesta Egrégia Primeira Turma que:

Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada.

Determina o art. 99 da Lei 8.171/91 que, a partir de 1992, os proprietários de terraço serão obrigados a recompor a reserva florestal, mediante normas a serem aprovadas pelo órgão gestor da matéria (§ 2º). Ora, não consta que já tenha sido criado este órgão gestor e não se sabe quais seriam essas normas que teriam sido aprovadas. Conclui-se ser inaplicável referido dispositivo legal. Depreende-se do artigo 18, *caput*, da citada Lei n. 4.771/65, que “nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário”.

Ora, se o recorrente não fez o florestamento ou o reflorestamento de 20% de sua propriedade, poder o Poder Publico fazê-lo. Este dispositivo não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar as suas terras, sem que antes o Poder Público tenha delimitado a área a ser florestada ou reflorestada.

O art. 14, § 1º, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, determina que o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio

ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, mas exige nexos causal entre a conduta do recorrente e o dano, e isso não restou demonstrado e comprovado nestes autos.

Esta Egrégia Turma, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 156.899-PR, do que fui relator, entendeu que:

O artigo 18, caput, da Lei 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar a sua propriedade, podendo o Poder Público fazê-lo, não tendo havido comprovação do nexo causal entre a conduta da recorrida e o dano ambiental.

Nego provimento ao recurso.

ANEXO III – Recurso Especial n. 20.401/SP

DANO ECOLÓGICO. REPARAÇÃO. ROMPIMENTO DE DUTO. POLUIÇÃO AMBIENTAL. ARTIGO 14, PARÁGRAFO 1. DA LEI N. 6.938/81. COBRANÇA DAS DESPESAS FEITAS PELA COMPANHIA DE SANEAMENTO. PROCEDÊNCIA.

É o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Tendo a companhia de saneamento, encarregada de zelar pelo meio ambiente e guardiã de um interesse difuso da comunidade, tomado as medidas necessárias para o combate a poluição ocasionada pelo rompimento de um duto, deve ser ressarcida, como terceira, das despesas correspondentes.

(Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp n. 20.401/SP, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, DJ 21.03.94, p. 5467.)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator):

Cuida-se, na espécie, de Ação Sumaríssima de cobrança, intentada pela COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL – CETESB, contra a PETROBRÁS – PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, visando a cobrança de despesas resultantes da reparação de dano ecológico – decorrente de vazamento de nafta, ocorrido em 1984 e ocasionado pelo rompimento de um duto de propriedade da recorrente.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua Terceira Câmara Cível de Férias, negou provimento ao recurso, concluindo:

Portanto, nos termos em que a pretensão foi deduzida na inicial, e tendo em vista o dano cuja reparação é aqui reclamada, não há falar-se em carência de ação por ilegitimidade de parte à maneira deduzida no recurso. Nada há nos autos que autorize a afirmação de inautenticidade dos valores reclamados pela Administração. Correto o termo inicial da correção monetária nos termos dos embargos declaratórios de fls. 103, quando se teve em vista o documento de fls. 72.

Foram opostos embargos declaratórios por PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS, fls. 125/127, acolhidos parcialmente pelo acórdão de fls. 251/252, para fixar a incidência da correção monetária, já agora, a partir do ajuizamento da ação, sob pena de ocorrer dupla atualização corretiva.

Irresignada, interpôs a sociedade Recurso Especial fundado na alínea a, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal/88, dando como fundamento jurídico da pretensão o parágrafo 1º, do art. 14, da Lei 6.938, de 31.08.81.

Admitidos e processados na origem, vieram os autos a esta superior instância, acompanhados das contra-razões de fls. 139/141.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 151, opinou pelo improvimento do recurso.

Recebi memorial da recorrente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator):

PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS, interpôs Recurso Especial fulcrado na alínea a, inciso III, do art. 105, do permissivo constitucional, indicando como fundamento jurídico da pretensão, o § 1º, do artigo 14, da Lei 6.938, de 31.08.81, que tem a seguinte redação:

Art. 14.....

Parágrafo 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. (Grifou)

Inconforma-se com o fato de, tanto o juízo de primeira instância, como o Tribunal de Justiça, no presente caso, considerarem ente público como terceiro.

Na verdade, o acórdão recorrido nenhuma ofensa causou ao dispositivo citado. Dos fatos narrados e provados, outra não poderia ser a conclusão, que reputo incensurável, senão esta:

Nos termos bem postos pela r. sentença, e ao contrário do pretendido pela apelante, é do poder de polícia estadual a fiscalização da poluição ambiental, atividade esta delegada à CETESB; isto, porém, não afasta a possibilidade de cobrar a autora como terceira, cuja atividade foi exigida em razão da poluição, o ressarcimento das despesas havidas em função da disposição particular a esse respeito pela Lei Federal n. 6.938/81 (art. 14, § 1º); de qualquer modo, tendo por incumbência zelar pelo meio ambiente, guardião de um interesse difuso da comunidade, pode reclamar se não os prejuízos causados ao meio ambiente, que devem ser pleiteados por ação civil pública, pelo menos o ressarcimento das despesas que o acidente lhe causou, isto é, as despesas da recorrida, na prática dos atos para reparação do dano ecológico, evitando inclusive mal maior.

A sentença é simples e clara, não deixando dúvida quanto ao direito da autora da ação que, segundo prevê a legislação pertinente, presta serviços desta natureza, os quais devem ser remunerados. Caso contrário, seria muito cômodo e vantajoso aos beneficiários desses

serviços, que nada despenderiam com reparo em suas instalações, em caso de imprevistos como o referido nestes autos.

Eis a decisão monocrática (fls. 98):

Como se lê na documentação juntada com a inicial, a pretensão da Autora é de ressarcimento de despesas havidas com o deslocamento de uma equipe de técnicos ao local do acidente, tomando efetivamente providências para combate a poluição gerada pela Ré. Documentos não impugnados capazes por si só de sustentar a prova das alegações feitas na inicial.

É do poder de polícia estadual a fiscalização da poluição ambiental, esta atividade foi delegada à CETESB. Porém, isto não afasta a possibilidade de cobrar a Autora como terceira, cuja atividade foi exigida em razão da poluição, o ressarcimento das despesas havidas, em função da disposição particular a este respeito pela Lei Federal n. 6.938/81 (art. 14, § 1º). De qualquer modo, tendo por incumbência zelar pelo meio ambiente, guardiã, de um interesse difuso da comunidade, pode reclamar se não os prejuízos causados ao meio ambiente, que devem ser pleiteados por ação civil pública, pelo menos o ressarcimento das despesas que o acidente lhe causou.

De qualquer forma, como assinalou o eminente Subprocurador da República, Dr. Sylvio Fiorêncio, embora a lei se refira efetivamente a terceiros que sofreram o dano, verdade é que tendo a recorrida realizado despesas para repará-los, não pode deixar de ser indenizada, dado o princípio geral da responsabilidade civil.

Não houve, pois, violação ao dispositivo de lei federal invocado. Os artigos 77 e 78, do Código Tributário Nacional, referidos somente agora no memorial, não foram objeto do recurso e nem sequer prequestionados.

Pelo exposto, não conheço do recurso especial, até porque – em arremate – nem se poderia ingressar em matéria de prova.

É como voto.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÜHRING, Márcia Andrea. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson IOB, 2004.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade do Estado. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 4, n. 226, p. 5-26, ago. 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da Responsabilidade Civil e Reparação de Danos Ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.