

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

*Mauricio Mota*¹

Sumário: 1. A responsabilidade civil do Estado. 2. O problema da omissão e sua disciplina jurídica. 3. A responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente. 4. Pressupostos para a responsabilização do Estado por dano ambiental. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: A Constituição de 1988 estabeleceu a responsabilidade civil do Estado, em termos genéricos, em seu art. 37, § 6º, que dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Essa responsabilidade do Estado, instituída em caráter geral, constitui uma garantia fundamental da cidadania e dos direitos dos administrados, e não pode ser interpretada restritivamente no sentido de limitar a obrigação de indenizar os danos causados pela atividade administrativa.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil do Estado - direito privado

Abstract: The 1988 Constitution established the liability of the State in general terms, in its art. 37, § 6, which provides that legal entities of public law and private law as providers of public services shall be liable for the damage that their agents as such cause to third parties, ensuring the right of recourse against the liable in case of intent or guilt. This responsibility of the State, established on a general basis, constitutes a fundamental guarantee of citizenship and the rights of individuals, and can not be strictly construed to limit the obligation to indemnify the damages caused by administrative activity.

Keywords: Liability of State - private law -

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; professor de Direito Ambiental do Doutorado – Direito da Cidade da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito Civil pela UERJ e procurador do Estado do Rio de Janeiro.

1. A responsabilidade civil do Estado

A Constituição de 1988 estabeleceu a responsabilidade civil do Estado, em termos genéricos, em seu art. 37, § 6º, que dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Essa responsabilidade do Estado, instituída em caráter geral, constitui uma garantia fundamental da cidadania e dos direitos dos administrados. Embora esteja inserida no Título III da Constituição (Da Organização do Estado), no Capítulo VII (Da Administração Pública), não pode ser interpretada restritivamente no sentido de limitar a obrigação de indenizar os danos causados pela atividade administrativa.

Esse argumento é corroborado pelo fato de que o Congresso Constituinte de 1988 expressamente rejeitou a fórmula mais restritiva prevista no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos,² que previa implicitamente que somente seria cabível a responsabilidade do Estado quando se tratasse de dano efetuado por servidor de entidade administrativa. Conclui-se então que o constituinte, ao acolher fórmula mais dilatada e rejeitar texto mais restritivo, expressamente optou por adotar um regime ampliado da responsabilidade civil do Estado.

A doutrina é unânime em reconhecer que, se o elemento culpa é previsto³ apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa ou dolo deles, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, terá estabelecido que essas entidades devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso. Assim, a interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento culpa do funcionário na disposição principal só pode ser a de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida.⁴

² Art. 261 – As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único – O servidor será solidariamente responsável quando agir com dolo ou culpa. Nesse caso, a *entidade administrativa* que houver satisfeito a indenização proporá ação regressiva contra o servidor responsável. BRASIL. Constituição Federal; Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos; índice analítico comparativo. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 209.

³ Parágrafo único do art. 194 da CF de 1946; do art. 105 da CF de 1967; e do art. 107 da CF de 1969; segunda parte do art. 37, § 6º da CF de 1988.

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 30.

A discordância doutrinária e jurisprudencial se manifesta quanto à extensão do conceito de responsabilidade objetiva e da teoria que lhe serve de fundamento. Três são os sistemas de responsabilidade civil do Estado em direito público: 1 – teoria do risco integral, ou por causa do serviço público; 2 – teoria da culpa administrativa; e 3 – teoria do risco administrativo.

Na teoria do risco integral, o Estado responderia integralmente em virtude de sua posição de preeminência diante dos particulares e por ser o denominador comum das pretensões assistenciais de qualquer pessoa colocada sob o seu domínio. Não logrou aceitação no país porque constituiria o Estado em segurador universal, com graves prejuízos para as finanças públicas, para o custeio das despesas ordinárias estatais e reduziria o próprio conceito de responsabilidade à insubsistência.

A responsabilidade civil do Estado sob a modalidade da culpa administrativa ocorre sempre quando há acidente imputável ao Estado, mas não se consegue apurar qual o funcionário responsável pelo fato. É o caso, por exemplo, de um funcionário qualquer do Estado que tranca a porta principal do prédio antes da hora determinada. Ocorre um incêndio no andar e as pessoas morrem por não ter acesso à saída. Ocorre a culpa anônima pelo prejuízo ocasionado ao particular. Assim, ainda se perquire a culpa, apenas torna-se desnecessário identificar o culpado, considerando-se como tal o Estado.

Outra modalidade de culpa administrativa é a denominada *faute du service public* (falta do serviço público). Nessa teoria o fundamento da responsabilidade é a falta do serviço público. Pode-se entender como a falta o mau funcionamento, o tardio ou mesmo o não funcionamento do serviço público. Em qualquer dos casos, a responsabilidade seria do Estado. Essa noção de falta do serviço não é absoluta, variando consoante aquilo que se poderia esperar do seu funcionamento e da média do que seria razoavelmente exigido. Ao Estado se ressalva a prova dos fatos elisivos da responsabilidade: a culpa da vítima, caso fortuito e força maior, estado de necessidade e culpa de terceiro. Não ocorre nessa teoria, contudo, presunção de culpa da administração, o que implicaria dispensar a prova do mau funcionamento do serviço. A imperfeição do serviço há de ser provada, pois de outro modo a responsabilidade seria puramente objetiva, em vez de repousar na noção de culpa.

A culpa administrativa, ainda que na acepção da *faute du service public*, dava lugar a grandes dificuldades no campo do direito processual, pois os juízes, com raciocínio moldado no direito privado, tendiam a aferir a prova do mau funcionamento do serviço público a teor dos parâmetros sedimentados no campo civilístico. Desse modo, na medida em que se exigisse maior rigor probatório da ocorrência da culpa diminuiria a probabilidade de a vítima obter a indenização. Urgia então superar o velho conceito de culpa, analisando a questão sob a ótica estrita do direito público.⁵

Surge então a denominada teoria do risco administrativo, que culmina a evolução das idéias nessa matéria com a noção de inversão do ônus da prova: em lugar de pretender que a

⁵ SILVA, Juary C.A responsabilidade civil do Estado por atos judiciários e legislativos: a teoria da responsabilidade unitária do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 85.

vítima prove a imperfeição do serviço, dela se pede tão-só a prova do nexo causal entre o ato de serviço e o dano, facultando-se ao poder público a prova de algumas das excludentes da responsabilidade. Como a administração desenvolve atividades suscetíveis de ensejar danos aos particulares, destas recolhendo benefícios de várias ordens, sustenta-se que deva responder em razão dessas atividades. Não se cogita mais da culpa, nem da razoabilidade na prestação do serviço público, mas apenas da relação entre a causa provinda do Estado e o efeito danoso no agente privado.

A responsabilidade é dita assim objetiva porque ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e essa ação. A consideração da licitude do atuar administrativo é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

No que atine à omissão do Estado os parâmetros são outros. Aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva em função da necessidade de imputação, ainda que genérica. Não agindo diretamente, ao Estado só cabe a responsabilização se tinha o dever legal de obstar o evento lesivo e descumpriu-o. Desse modo, trata-se de responsabilidade por comportamento ilícito que, como toda responsabilidade por ato ilícito, deve ser proveniente de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) e, portanto, responsabilidade subjetiva do Estado. Embora subjetiva, tal responsabilidade não decorre apenas de culpa ou dolo do agente público causador do dano; também a configura aquela culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima em certas circunstâncias, quando nos encontramos diante do quadro da falta do serviço (*faute du service public*).

Essa última concepção de responsabilidade objetiva do Estado por atos comissivos, baseada na teoria do risco administrativo, e de responsabilidade subjetiva (ainda que resultante da *faute du service public*) por omissões é a que granjeou maior aceitação na doutrina e na jurisprudência, consistindo, hoje, na representação dominante sobre a responsabilidade do Estado.

2. O problema da omissão e sua disciplina jurídica

A definição de comportamento humano deve partir da noção de fato jurídico em geral. O comportamento humano é espécie de fato jurídico e é gênero das espécies ação e omissão, podendo ser lícito e ilícito. A expressão ação é utilizada muitas vezes como sinônimo de comportamento (como ocorre no Brasil), mas é mais adequado o termo conduta para designar atividade corporal positiva. A ação não pode ser apreciada numa perspectiva puramente mecanicista ou naturalística, pois, além de não dar cobertura às omissões, nem todo acontecimento fático é apreciado pelo direito.

Para a definição de comportamento deve-se partir do conceito de “evento ou acontecimento socialmente relevante”. Esse evento não necessariamente será uma alteração física da realidade, podendo-se entendê-lo como o impacto social. Ao verificar esse evento, o

jurista partirá para a análise da atividade, estabelecendo o nexó entre essas duas realidades, muito embora cronologicamente a atividade venha na frente do resultado. A relevância social e jurídica é verificada tanto nos eventos contrários ao direito quanto nos lícitos. Portanto, o comportamento (também chamado de fato voluntário pela doutrina portuguesa) abrange a conduta e o evento, que pode ser danoso ou não, mas só os danosos ensejam o direito à indenização.

Paulo Pitta e Cunha Nunes de Carvalho propaga para a resolução desse problema a adoção da teoria da causalidade adequada cuja relação de adequação e probabilidade é averiguada com base em um critério empírico, de fundo social, e não meramente naturalístico. Essa idéia de causalidade adequada deve ser transportada para a área dos comportamentos lícitos também, como o liame entre a conduta humana e o acontecimento de relevância social, não exclusivamente danoso. Verificamos, pois, que o jurisconsulto insere o resultado dentro do conceito de comportamento, o qual deve ser conceituado não só em função do dano:

Conduta é a actividade física humana ou a inactividade para a hipótese de omissão. A conduta, enquanto actividade física humana, nenhum significado jurídico tem de “per si”. [...]

Tal nos permite concluir que é o evento que dá relevância social à conduta (actividade física), em si juridicamente neutra, pela sua vinculação, enquanto resultado, a este. [...]

Concluindo, acção, ou comportamento em sentido jurídico, será toda a conduta que causa (juridicamente) um evento socialmente e juridicamente relevante.

A ilicitude, que é a contrariedade ao Direito, a “[...] violação injustificada de direitos e interesses juridicamente protegidos de outrem”, é característica do comportamento (ou fato humano), e não uma característica do dano.⁶

Adentrando no conceito de omissão, o termo usualmente está vinculado às idéias de abstenção, oposição, oposto, contrário, contraditório e adverso. Abstenção seria a recusa voluntária de fazer algo; a negação, a ação de negar; oposição seria a posição de uma coisa em face da outra, contraste de duas idéias que se defrontam; oposto e contrário significam de diferente natureza, absolutamente diversos no aspecto.

Paulo Pitta e Cunha Nunes de Carvalho analisa as teses existentes sobre a definição de omissão. A tese mecanicista considera a omissão como uma forma de comportamento físico, pois o sujeito se esforçaria “para travar os nervos motores que o impeliam à ação”. Mas, mesmo que se admita a existência de tal impulso, nem toda omissão é juridicamente relevante e, para que se fale em omissão em sentido jurídico, esta haverá de ser relevante para o direito.

A tese do *aliud facere* defende que “[...] a omissão não surge como o contrário ou negação da ação, mas como a ação efetivamente praticada, em vez daquela que não foi levada a cabo”, posto que o homem nunca esteja inativo, sem nada fazer e que o indivíduo, inevitavelmente, sempre está a praticar uma ação positiva.

⁶ CARVALHO, Paulo Pitta e Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 48-49.

Já a tese valorativa define a omissão como “mero produto mental, sem verdadeira existência no mundo exterior” e sustenta que, sendo a ação uma realidade existente no mundo, impossível seria reunir ação e omissão num mesmo conceito por serem antagônicos.

A tese normativista nega a existência da omissão que não seja ilícita, pois é um juízo de contrariedade entre a conduta e a conduta esperada pelo ordenamento. A tese finalista defende que somente se poderá falar que a omissão causou certo resultado, quando a realização da ação tivesse evitado o resultado, desde que essa ação seja uma ação possível. Esse conceito é muito amplo, pois a ação vislumbrada deve ser aquela esperada pela sociedade, dentro do juízo formulado pela coletividade de esperança, não se podendo falar em omissão em sentido jurídico partindo-se da análise de todas as ações que poderiam ter sido praticadas.⁷

Eis, finalmente, para o autor, o conceito de omissão:

Parece-nos, enfim, possível a integração do conceito de omissão num conceito globalizante de comportamento, desde que se trate de um conceito de comportamento não puramente naturalístico, como foi o que atrás se perfilhou. E assim, ação e omissão seriam duas formas diversas de comportamento. A omissão, em sentido jurídico, consistiria então na abstenção (dominável pela vontade) de uma dada ação, desde que essa abstenção seja relevante para o Direito.⁸

Essa relevância é verificada pelo sentimento social de esperança de que o agente omitente praticasse a ação omitida. É um conceito pré-jurídico: a ação omitida deve ser esperada dentro do contexto social. A relevância jurídica de qualquer comportamento é indicada pela relevância social. Portanto, o conceito jurídico de omissão independe da violação de uma norma jurídica, como o que ocorre com a ação. A omissão é pressuposto autônomo da responsabilidade civil, devendo ser compreendida, juntamente com a ação, como modalidade de comportamento humano.

Já na doutrina pátria temos o claro ensinamento de Heleno Cláudio Fragoso, que, em sede de Direito Penal, enfatiza o aspecto normativo:

Só do ponto de vista puramente formal e sem conseqüências podemos dizer que ação e omissão são formas de comportamento punível. A omissão é algo inteiramente diverso da ação. No plano ontológico existem apenas ações. Omissão não é inércia, não é não-fato, não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer. Mas sim não fazer algo, que o sujeito podia e devia realizar. Em conseqüência, não se pode saber, contemplando a realidade fenomênica, se alguém omite alguma coisa. Só se pode saber se há omissão referindo a atividade ou inatividade corpórea a uma norma que impõe o dever de fazer algo que não está sendo feito e que o sujeito podia realizar. A omissão é, assim, um conceito

⁷ CARVALHO, Paulo Pitta e Cunha Nunes de, *op. cit.*, p. 97-114.

⁸ CARVALHO, Paulo Pitta e Cunha Nunes de, *op. cit.*, p. 128.

necessariamente normativo, mesmo quando se considera o comportamento juridicamente indiferente.[...] ⁹

Conseqüentemente, a omissão é, de um lado, não fazer, de outro, colisão entre esse comportamento e uma norma. Apresenta, assim, caráter normativo, que, entretanto, não exclui, mas antes exige um estado físico da pessoa, que é a conduta omissiva. Omitir, no campo do direito, não é não fazer nada, mas antes não executar a ação que a norma impõe.

Temos no campo do direito administrativo variados exemplos de omissões estatais: roubo em via pública é hipótese em que o Estado poderá ser responsabilizado por omissão, devendo-se sempre verificar se houve comportamento inferior ao padrão exigível. Outra hipótese é de danos decorrentes da ineficiente atividade fiscalizatória pelo poder público das atividades particulares que afetam a vida coletiva, no seu exercício do poder de polícia.

Danos decorrentes de movimentos multitudinários, quando o poder de polícia tinha meios de evitá-los. Quando a massa enfurecida se revolta e depreda a propriedade privada, não basta a ineficácia genérica do aparelhamento estatal de polícia preventiva para ensejar a responsabilização. Elemento configurador da omissão juridicamente relevante é, assim, a imprescindibilidade do dever de agir.

Neste ponto, temos a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a responsabilidade é subjetiva, que, no entanto, entende que tal dever de agir deva ser legal e segundo os limites de eficiência normais. ¹⁰

O padrão de exigência deve ser averiguado na responsabilização estatal, mas tal dever de agir não é somente aquele que está expressamente previsto na lei, mas aqueles outros decorrentes de princípios norteadores da administração pública, especialmente aqueles que informam os deveres laterais de conduta da boa-fé objetiva, como a moralidade e a razoabilidade. Em outro texto, analisando a responsabilidade civil do Estado em decorrência de balas perdidas, delimitamos quais seriam os contornos dessa imprescindibilidade de tal dever de agir, a constituir a causa da omissão:

A quarta hipótese, o dano resultante de confronto unicamente entre marginais, em áreas de reiteradas conflagrações armadas, com omissão específica do Estado, é uma decorrência lógica de tudo que foi exposto anteriormente. Também neste caso, como regra geral, não cabe a responsabilidade do Estado por confronto entre marginais. Porém, quando tais confrontos se dão, de maneira reiterada e contínua, numa área geográfica perfeitamente delimitada, com a constante desídia do Estado em garantir a segurança de tais áreas, que se tornam verdadeiros territórios livres do crime, nestes casos surge a omissão juridicamente relevante que configura a responsabilidade do Estado. Tal comportamento omissivo da Administração é, nesse caso, deflagrador do dano praticado por terceiro e causa do mesmo.

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de direito penal e criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 41-47, jan.-jun. 1982.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 855.

Para caracterização de tal responsabilidade do Estado por ato omissivo é necessário que a omissão seja de caráter prolongado e não fortuita. [...]

O padrão mínimo de exigibilidade de garantia da segurança pública da coletividade é atingido pela omissão reiterada do Estado, tornando-se essa omissão a causa do evento danoso (por ausência de repressão) e, assim, acarretando a responsabilidade civil do Estado.¹¹

Mesmo que o ato seja discricionário, os princípios da razoabilidade e moralidade irão nortear o administrador, impondo limites à liberdade dessa atuação e indicando quando e se deverá o Estado agir ou não. Por meio desses juízos de valor, poderá o Judiciário verificar o dever de agir, mesmo nesses casos em que o ato não é vinculado, podendo impor à administração que efetivamente atue, se ainda for possível, e estabelecendo o ressarcimento dos prejuízos causados ao administrado em razão dessa omissão.

3. A responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente

O art. 23, inciso 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. Seu 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. Em seus parágrafos constam as diretrizes para o Estado viabilizar tais objetivos, as *consequências* decorrentes da inobservância de tais *deveres* e a *natureza objetiva* da responsabilidade nesses casos.

Assim, consoante preceitua a Carta Magna, o Poder Público, que, por sua vez, abarca todos os entes políticos, tem o dever de preservar e fiscalizar a conservação do meio ambiente. Do mesmo modo, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins, mecanismos de formulação e aplicação preceitua em seu art. 3º, IV a responsabilização do agente que, direta ou indiretamente, *der causa* ao evento de danos, entendendo-se por poluidor a pessoa física ou *jurídica*, de direito público ou privado, *responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*.

O art. 6º aponta os *órgãos e entidades* da União, Estados, Distrito Federal e territórios, Municípios e Fundações Públicas que são responsáveis pela *proteção da qualidade ambiental* e que constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.¹²

¹¹ MOTA, Mauricio. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas. In: Mário César Bucci. (org.). *Revista de Responsabilidade Civil*. Campinas: Mizuno, 2000, v. 2, p. 134-139.

¹² Art. 6º. *Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, assim estruturado:*
I – *órgão superior: o Conselho de Governo [...]; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990);*
II – *órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo [...]; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990);*
III – *órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República [...]; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990);*
IV – *órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis [...]; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990);*

O art. 10 dispõe sobre a *necessidade de prévia licença estadual de órgão integrante do Sisnama, bem como seu poder-dever de paralisar obras que possam acarretar prejuízos ao meio ambiente*.¹³

O art. 11 prevê, de modo expresso, a competência do Estado em fiscalizar a licença concedida.¹⁴

Por fim, o art. 14, § 1º, indica: I) as penalidades que o transgressor poderá estar sujeito pelo descumprimento das medidas necessárias à preservação do meio ambiente, dentre elas a perda de incentivos fiscais e linhas de financiamento e suspensão de sua atividade, e II) a natureza objetiva da responsabilidade pelo dano causado ao meio ambiente.¹⁵

Trata-se, portanto, de um amplo sistema de responsabilização pelo qual as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas respondem pelos danos causados ao meio ambiente. Há que se distinguir, entretanto, se o Estado responde sempre de forma objetiva e também sobre quais são os pressupostos do dano ambiental para fins de responsabilização do Estado.

4. Pressupostos para a responsabilização do Estado por dano ambiental

Para que seja possível a responsabilização do Estado por dano ambiental é necessário que esse dano seja efetivo, quantificável economicamente, individualizado em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas, antijurídico, imputável ao Estado e provado.

V – Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis **pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental**; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989); [grifos nossos]
VI – Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais [...]; (Incluído pela Lei nº 7.804, de 1989);

§ 1º. Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, **elaboração normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente**, observados os que forem estabelecidos pelo Conama. [grifos nossos]

§ 2º. Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

§ 3º. Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada.

§ 4º. De acordo com a legislação em vigor, é o Poder Executivo autorizado a criar uma Fundação de apoio técnico científico às atividades da Sema. (Vide Lei nº 7.804, de 1989)

¹³ Art. 10 – A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

¹⁴ Art. 11. Compete à Sema propor ao Conama normas e padrões para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento previsto no artigo anterior, além das que forem oriundas do próprio Conama. (Vide Lei nº 7.804, de 1989)

§ 1º. A fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental serão exercidos pela Sema, em caráter supletivo da atuação do órgão estadual e municipal competentes. (Vide Lei nº 7.804, de 1989)

§ 2º. Inclui-se na competência da fiscalização e controle a análise de projetos de entidades, públicas ou privadas, objetivando a preservação ou a recuperação de recursos ambientais, afetados por processos de exploração predatórios ou poluidores.

¹⁵ [...]. § 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. (...). [grifos nossos]

4.1. Efetividade do dano

A responsabilização do Estado pressupõe que o prejuízo produzido seja real. Não cabe responsabilização do Estado por danos hipotéticos ou eventuais. A idéia básica da responsabilidade civil é a de que não há responsabilidade sem efetivo prejuízo.

Assim, se não há um sujeito determinado no dano ao meio ambiente, como considerar que houve um prejuízo? Sérgio Cavalieri Filho, examinando o art. 927 do Código Civil (no que concerne à atividade desenvolvida pelo autor do dano que implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem) procura dar um sentido para esse dano-evento em razão do risco criado, aparentemente sem prejuízo. Mas o faz, contudo, a partir de uma noção subjetivista. Argumenta esse autor que o risco, por si só, ainda que inerente, não basta para gerar a obrigação de indenizar. A responsabilidade, diz ele, surge quando o exercício da atividade perigosa causa dano a outrem. Em sede de responsabilidade objetiva, o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico e não apenas o risco. Para Cavalieri, o dever jurídico violado é o dever de segurança, ou seja, a violação em si já é considerada um dano no exercício de atividade perigosa porque inadimplido um dever de segurança.¹⁶ O sistema continuaria, para ele, subjetivo, ainda que à custa da despersonalização total do outrem, reduzido a ser um suporte abstrato de um dever de segurança.

No dano ambiental o que é atingido é a ordem das coisas a partição do meio ambiente como um bem de uso comum do povo, ao qual todos têm igual direito a uma partilha ecologicamente equilibrada, que garanta a sadia qualidade de vida e que possa ser preservada para as presentes e as futuras gerações. Analogamente à hipótese estudada por Cavalieri, se a atividade de risco, desenvolvida continuamente, provoca risco ao meio ambiente é claro que o direito de todos de fruírem em comum o bem ambiental se encontra fragilizado. A fruição indivisível, indisponível e inapropriável individualmente foi atingida, com uma diminuição do patrimônio comum, o patrimônio ambiental. O ato é injusto, viola o direito de todos à igual fruição e, por isso, deve ser indenizado. O *quantum* da indenização será estimado pelo decréscimo efetivo do patrimônio comum, desta e das futuras gerações e a reparação será também ela difusa, a restauração do bem de uso comum de todos, do povo, como expressa o art. 225 da Constituição Federal.

Portanto, para que se tenha um dano efetivo e não hipotético resultante da ação do poder público é necessário que este seja injusto, lese efetivamente o direito do particular, represente uma diminuição na fruição de um bem lícito anteriormente existente e corresponda a uma perda comprovada.

Outra questão primordial para a determinação da responsabilização do Estado no dano ambiental é o chamado tempo do dano. Via de regra, em meio ambiente é o longo prazo que pauta as modificações ecológicas.

Ressaltem-se aí as funções de precaução e prevenção de danos do Direito Ambiental. Na precaução a imposição de gravames deve ser realizada antes mesmo da absoluta certeza

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185-186.

científica sobre se tal situação configuraria uma ameaça real ao meio ambiente, bastando a plausibilidade, fundada nos conhecimentos científicos disponíveis na época. O princípio da precaução traz, antes de tudo, uma exigência de cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para a atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu.¹⁷ O princípio da prevenção atua, por outro lado, quando há certeza científica de que a ocorrência de tal evento causará uma degradação significativa no meio ambiente. Esse princípio consagra o dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente, isto é, a prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente. Determina, pois, que, no lugar de contabilizar e tentar reparar os danos, sejam tomadas medidas para evitar sua ocorrência. Em ambos os casos, não há dano ambiental ainda configurado e, assim, não estamos tratando de responsabilidade civil em seu sentido tradicional, recaindo no terreno da equidade, no corretivo da justiça legal e do direito legislado, em que o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa por sua generalidade.¹⁸

4.2. Lesão quantificável economicamente

Outro complicador no dano ambiental é o de que, via de regra, este deve ser relevante para se determinar o direito à reparação. Como bem expõe Ricardo Lorenzetti:

Em termos jurídicos, do nosso ponto de vista, a lesão ao meio ambiente supõe dois aspectos: o primeiro é que a ação deve ter como consequência a alteração do princípio organizativo; isto é, alterar o conjunto. De tal maneira excluem-se aquelas modificações ao ambiente, que não têm tal efeito substantivo. Esse critério serve para delimitar aqueles casos em que a atividade produtiva, transformando o meio ambiente, não resulta lesiva. Dessa forma, a ação lesiva comporta uma “desorganização” da lei da natureza. O segundo aspecto é que essa modificação substancial do princípio organizativo repercute naqueles pressupostos do desenvolvimento da vida. O meio ambiente relaciona-se então com a vida, em sentido amplo, compreendendo os bens naturais e culturais indispensáveis para sua subsistência.¹⁹

Essa relevância em responsabilidade civil é considerada como uma situação de anormalidade que acarreta um grave prejuízo, medida em geral pelo senso comum das pessoas ou pela atitude do chamado *bonus pater familias*. No dano ambiental, tal processo, em geral, é inócuo porque a estimativa do senso comum da coletividade é incerta e cambiante.

Cass R. Sunstein, em seu livro intitulado *Laws of fear: beyond the precautionary principle* esclarece que as pessoas, consideradas individualmente ou coletivamente,

¹⁷ GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema das traduções jurídicas das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 164.

¹⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 109.

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo.Luiz. Teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 28, p. 139-149, out.-dez., 2002, p. 142.

aproximam-se de assuntos ligados ao risco ambiental de um modo que sistematicamente falha na maximização da sua utilidade ou da assunção de riscos. Baseando-se na psicologia social e na economia comportamental (“behaviorista”), segundo esse autor, alguns estudos catalogaram uma ordem vasta de limitações cognitivas e defeitos que distorcem as percepções populares de risco. Assim, os indivíduos têm uma disposição a superestimar de modo considerável a magnitude de riscos altamente evocativos (por exemplo, de um acidente com energia nuclear) e ignorar riscos menos evocativos (como de desenvolver câncer pela ingestão de creme de amendoim). A influência da disponibilidade heurística pode distorcer o julgamento público facilmente, partindo do ponto que infortúnios calamitosos, ainda que isolados, apresentam muito maior probabilidade de chamar a atenção da mídia e aderir à memória pública que a miríade de exemplos nos quais tecnologias arriscadas, processos ou substâncias químicas geram benefícios para a sociedade.²⁰

Desse modo, a presunção *hominis*, baseada nas regras de experiência, tradicional na responsabilidade civil, de pouca serventia se apresenta na determinação do que seja um dano ambiental.

A quantificação disso exige uma normatização técnica e discricionária na norma que, passo a passo, por determinação, estabeleça os padrões de tolerabilidade além dos quais se situa a responsabilidade. Como o fez o Protocolo de Kioto e a lei de Bases do Ambiente portuguesa:

Art. 41.

Responsabilidade objectiva

1 – Existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável.

2 – O quantitativo de indemnização a fixar por danos causados no ambiente será estabelecido em legislação complementar.

Nessas hipóteses de mero descumprimento das normas de emissão como suficientes para responsabilização do infrator os autores irão falar em utilização de presunção de danos²¹ por violação do equilíbrio garantido pelo art. 225 da Constituição Federal, o que se afasta em muito da noção corrente de responsabilidade civil.

Frise-se que presunção de danos nessa hipótese é algo muito diferente da presunção de danos usual na responsabilidade civil que é a aquela decorrente do dano moral. Como bem aduz Wladimir Reale, os danos morais se provam por meio das chamadas presunções *hominis*, ou presunções simples, também ditas comuns, que se formam na consciência do juiz, como homem criterioso, atendendo ao que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*), extrai

²⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

²¹ SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da responsabilidade civil e reparação dos danos ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271-272.

dos fatos da causa, ou suas circunstâncias, e nas quais assenta sua convicção quanto ao fato probando baseado em certos *standards* jurídicos.²²

Nessa matéria de prova do dano moral não se poderá exigir prova direta. Não será evidentemente com atestados médicos ou com o depoimento de duas ou três testemunhas, que se demonstrará a dor, o sofrimento, a aflição, em suma, o dano moral que justifica a reparação. Admissível, por conseguinte, que o dano moral seja demonstrado por meio de presunções *hominis*.

Para tanto, o juiz, na falta de regras jurídicas particulares, poderá aplicar as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, como expressamente o autoriza o art. 335 do Código de Processo Civil.²³

Essas presunções *hominis* não têm caráter de presunção absoluta em que a verdade presumida seria indestrutível: ela é relativa, ou *juris tantum*, admitindo prova em contrário.

No dano ambiental estamos tratando de danos materiais, apenas não aferí-veis com precisão porque custosos os equipamentos técnicos e os recursos humanos necessários à sua plena quantificação. O raciocínio não pode ser o mesmo da presunção no dano moral porque neste o dano não é aferível, não há como se perquirir o âmago interior do sujeito, apenas podemos estimar a sua dor e sofrimento pelas regras da experiência. No dano ambiental não, trata-se de dano material, porém difuso, cuja aferição é extremamente difícil e custosa, porém não impossível. A opção pela estimativa de danos (presunção) e não pela certeza se dá pela transcendência do bem tutelado (meio ambiente). Estamos, assim, além do domínio da responsabilidade civil, embora a linguagem e os conceitos aparentemente nos remetam a esta.

Portanto, não cabe a responsabilização do Estado quando o dano ambiental não é relevante, seja quanto à qualidade ambiental usufruída por todos (dano ecológico puro) ou os direitos patrimoniais ambientais dos indivíduos.²⁴

Também há que se relativizar a quantificação de danos ambientais na responsabilidade do Estado porque não se deve perder de vista que aqueles que em definitivo suportarão em conjunto a dita carga são os usuários do serviço de que se trata, que verão incrementados seus tributos ou tarifas. Dessa forma, deve-se produzir a divisão dos danos de forma proporcional ao uso ou ao benefício que se obtenha da atividade estatal.²⁵

²² VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 3. ed. Campinas: E. V. Editora, 1995 p. 309.

²³ VALLER, Wladimir, *op. cit.*, p. 310.

²⁴ Estes danos não se confundem, pois o primeiro atinge o bem em sua integridade enquanto bem ambiental, a sua razão de ser ambiental, a sua característica de insubstituível, de essencial, de representativo, de evocativo; o segundo atinge, através do ambiente, o patrimônio de uma pessoa, o conjunto dos seus bens e direitos individuais, mesmo que a ofensa seja moral.

²⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset & HUTCHINSON, Tomás & DONNA, Edgardo Alberto. *Daño ambiental*, t. II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 88.

4.3. Lesão específica em relação a um conjunto de pessoas diversa da igualdade de todos na distribuição dos encargos públicos

O princípio da igualdade de todos na distribuição dos encargos públicos como fundamento da responsabilidade do Estado por atos lícitos foi formulado pela primeira vez, em seus contornos clássicos, por Léon Duguit. Estabelecia ele que se a realização de uma atividade coletiva ocasiona um prejuízo a um grupo ou a um indivíduo, o patrimônio afetado ao fim coletivo é o que deve suportar definitivamente a carga do prejuízo pois, se essa coletividade obtém o benefício que resulta da atividade, é justo que suporte o risco que acarreta aos indivíduos:

Se ve con esto aparecer una nueva concepción a la cual se va a referir todo el Derecho moderno de la responsabilidad del Estado. Si la realización de una actividad colectiva, esto es, de una actividad colectiva, de una actividad perseverante con un fin colectivo, ocasiona un perjuicio a un grupo o a un individuo, el patrimonio afectado al fin colectivo es el que debe soportar definitivamente la carga del perjuicio. [...]

*La actividad del Estado se pone en movimiento por voluntades individuales. Pero es esencialmente colectiva por su fin, que es la organización y la gestión de los servicios públicos. Resulta de esto que si la organización y el funcionamiento de un servicio ocasionan a un grupo o a un individuo cargas excepcionales, un perjuicio particular, el patrimonio afectado a este servicio público debe soportar la reparación del perjuicio, con la condición, sin embargo, de que haya una relación de causa o efecto entre la organización o el funcionamiento del servicio y el perjuicio.*²⁶

Assim, firma Duguit a idéia de que tudo que se faça para benefício da coletividade ou por causa do interesse coletivo deva ser equitativamente repartido por toda a sociedade. Tal corolário do princípio da igualdade fundamentaria, portanto, a responsabilidade do Estado por atos lícitos.

Desse princípio resulta que na responsabilidade civil do poder público nas hipóteses de legítima atividade estatal, mister que o dano, além de jurídico e anormal, seja também específico. O dano provocado pelo Estado para ser indenizável deve ser referenciável ao patrimônio do reclamante e deve exceder as cargas comuns da vida social, as cargas coletivas que todos os cidadãos devem suportar.

Tal fato comprova-se, por exemplo, na Apelação Cível nº 212.608-5/4-00 julgada pela nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Versava o caso sobre pedido de indenização por danos materiais e morais em face do Estado de São Paulo pela erradicação de laranjal com 70.494 pés de laranja em vez de aplicar outros métodos de combate ao cancro cítrico. Concluiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que o suposto dano econômico versado nesse processo não pode ser tachado de específico. Isso porque a medida de polícia administrativa, consistente na eliminação e queima das plantas cítricas contaminadas e das suspeitas de contaminação pelo cancro, é prevista, abstrata, genericamente, nas normas

²⁶ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 139-140.

jurídicas de defesa sanitária vegetal e da campanha nacional de erradicação do cancro cítrico. De forma que todos os agricultores e indivíduos titulares de pomares que se encontrem em tais situações serão atingidos pela referida providência estatal que objetiva proteger o interesse público de sanidade das plantações e frutas cítricas do território paulista e nacional.

Portanto, todos os detentores de pomares infectados estariam suportando a mesma medida de erradicação das plantas que sofreu o autor. As normas de defesa sanitária vegetal são abstratas e genéricas, sendo aplicáveis a todas as pessoas que se enquadrem nas situações tipificadas; todos aqueles que são titulares de pomares atingidos pelo cancro cítrico num percentual superior a 0,5% por talhão, destarte, terão todas as plantas destruídas e queimadas por ação da administração pública, em virtude da existência dos aludidos preceitos legais a serem cumpridos por esta.²⁷

Assim, nos casos de atos lícitos da administração pública, de aplicação regular dos dispositivos legais, só há que se falar em responsabilidade do Estado se a lesão em causa for específica, rompendo a igualdade de todos na distribuição dos encargos públicos.

4.4. Lesão antijurídica

A antijuridicidade significa que o sujeito que sofre o dano não tem o dever jurídico de suportá-lo, ou que não existem causas de justificação que legitimem como tal o prejuízo daquele que se trata.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, não é qualquer dano, relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado, que dá margem à indenização. Para que nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características. A primeira delas é que o dano corresponda a lesão a um direito da vítima. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização. Isto é, importa que o evento danoso implique, ademais de lesão econômica, lesão jurídica.

Continua ele dizendo que não há que se confundir dano patrimonial, dano econômico, com dano em direito. O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá. O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediendo a que se venha a tê-lo, atinge bem a que faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado. Logo, o dano assim considerado pelo direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.

²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Indenização. Cancro cítrico. Pomar de 70.494 pés de laranja arrancado devido a determinação da Fundecitrus. Pretendida responsabilidade do Estado de São Paulo. Inexistência — Sentença que julga a ação improcedente. Apelação improvida. Apelação cível nº 212.608-5/440. José Bonifácio. Apelante: Wanda Maria Arroyo Lima. Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Rel. Des. Sidnei Beneti. São Paulo, 29 set. 2005. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 25/07/2007.

Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo. Não configura dano jurídico o dano econômico sofrido pelos proprietários de residências sitas em bairro residencial que se converte, por ato do poder público, em zona mista de utilização. Não haverá negar a deterioração do valor dos imóveis de maior luxo. A perda da tranquilidade e sossego anteriores tem reflexos imediatos na significação econômica daqueles bens, mas inexistia direito à persistência do destino urbanístico precedentemente atribuído àquela área da cidade.

Prossegue o insigne autor dizendo que não se deve supor que nos casos referidos descabe indenização por serem lícitos os comportamentos causadores do dano. Já se mencionou que há responsabilidade estatal tanto por atos ilícitos como por atos lícitos. No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito. Donde, ante atuação lesiva do Estado, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importa que o dano seja ilegítimo – se assim nos podemos expressar; não que a conduta causadora o seja. Daí que nas hipóteses focalizadas inexistente responsabilidade por inexistir agravo a um direito, isto é, porque foram atingidos apenas interesses econômicos, embora também eles lícitos (mas sem possuírem a consistência de direitos ou sequer dos chamados “interesses legítimos”, da doutrina italiana).²⁸

Sendo assim a conduta da administração pública não lesionante de direito ou interesse legítimo, descabe qualquer dever de indenizar mesmo em sede de responsabilidade objetiva do Estado por condutas atinentes ao meio ambiente.

4.5. Dano imputável ao Estado

A reparação do dano ambiental também apresenta problemas no que concerne ao nexo de causalidade. Via de regra, só existe obrigação de reparar danos quando demonstrado expressamente o nexo de causalidade entre a conduta de um agente e o dano ocorrido.

No Direito brasileiro, o art. 403 do Código Civil adotou a teoria da causa direta e imediata, pela qual as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Essa teoria só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Os danos indiretos ou remotos não se excluem só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas,

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo Malheiros: 2003, p. 879-881.

aqueles danos são indenizáveis.²⁹ Portanto, no direito brasileiro o fundamental é a necessidade da causa para a deflagração da responsabilidade civil.

Naquilo que pertine ao direito ambiental, a necessidade da causa se apresenta confusa pela própria natureza do objeto invocado. Primeiramente há uma distensão da causalidade: um alongamento do tempo entre a superveniência do fato gerador e o do dano, que deve levar em conta o tempo das gerações futuras.

Depois a multiplicidade dos efeitos que é característica do meio ambiente. Uma pequena causa (a erradicação de uma espécie de joaninha, por exemplo)³⁰ pode desencadear grandes efeitos no meio ambiente, por meio de reações em cadeia amplificadoras no ecossistema.

Por vezes, a identificação dos autores do dano ambiental é difícil por serem múltiplos os degradadores do meio ambiente e, aparentemente, serem causas concomitantes – todas responsáveis pelo evento danoso – sem que se logre determinar qual dentre essas causas foi predominante para a ocorrência do dano.

O meio ambiente também implica uma causalidade circular³¹ ou em espiral na qual há inseparabilidade e interdependência entre fatores e danos. Há por fim o problema da identificação da causa na causalidade meramente provável decorrente de matérias nas quais predomina a incerteza científica e na causalidade insuspeita aplicável aos riscos do desenvolvimento.

Todas essas características tornam a teoria da responsabilidade civil inadequada para responder aos problemas colocados pela reparação do meio ambiente. Senão vejamos.

A legislação brasileira previu a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente como uma responsabilidade objetiva, como estabelece o art. 225, § 3º da Constituição Federal, que recepcionou o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 14. § 1º. 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Duas são as teorias acerca dos limites e possibilidades de assunção de riscos por aqueles que degradam o meio ambiente. A primeira é a teoria do risco integral, mediante a qual todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo, devendo o responsável reparar quaisquer danos que tenham conexão com sua

²⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 326.

³⁰ O primeiro caso de sucesso de controle biológico clássico foi obtido com a importação da joaninha *Rodolia cardinalis* pelos Estados Unidos da Austrália, sendo introduzida em 1988 nos pomares de citros da Califórnia para o controle da cochonilha *Icerya purchasi*. Tal foi o sucesso que em menos de dois anos após a liberação dessa joaninha, o controle dessa praga já havia sido alcançado.

³¹ Os seres vivos são sistemas moleculares que existem como organismos na contínua produção de si mesmos. O conceito de autopoiese proposto pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela conota isso. [...] Como organismos, os seres vivos existem em interações em um meio que surge com eles no seu fazer e não preexiste ao seu viver.

atividade. A segunda é a teoria do risco criado, a qual procura vislumbrar, dentre todos os fatores de risco, apenas aquele que, por apresentar periculosidade, é efetivamente apto a gerar as situações lesivas, para fins de imposição de responsabilidade.³²

Os autores brasileiros, como Leme Machado,³³ Sérgio Ferraz,³⁴ Cavalieri Filho,³⁵ Milaré,³⁶ Nery Jr.,³⁷ vêm sustentando a aplicabilidade da teoria do risco integral sob diversos fundamentos.

Pela teoria do risco integral, a indenização é devida independentemente de culpa. Dessa maneira, não se operam, como causas excludentes de responsabilidade, o caso fortuito, o fato de terceiro e a força maior. Alguns tribunais vêm aplicando essa responsabilidade na modalidade do risco integral, como o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no caso de responsabilidade pós-consumo de embalagens tipo *pet*:

Ação civil pública. Dano ambiental. Lixo resultante de embalagens plásticas tipo pet (polietileno tereftalato). Empresa engarrafadora de refrigerantes. Responsabilidade objetiva pela poluição do meio ambiente. Acolhimento do pedido. Obrigações de fazer. Condenação da requerida sob pena de multa. Inteligência do art. 225 da Constituição Federal, Lei nº 7.347/1985, arts. 1º e 4º da Lei estadual nº 12.943/1999, 3º e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981. Sentença parcialmente reformada. Apelo provido em parte. 1. Se os avanços tecnológicos induzem o crescente emprego de vasilhames de matéria plástica tipo PET

³² STEIGLEDER, Annelise Monteiro, *op. cit.*, p. 198.

³³ “A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades sendo de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa pelo mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto”. LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 336.

³⁴ “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, que não seja 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 omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade”. FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1979, v. 49-50, p. 38.

³⁵ “o art. 225 § 3º, da Constituição, recepcionou o art. 14 § 1º, da Lei nº 6.938/1981, criando a responsabilidade objetiva baseada no risco integral, ou seja, na teoria segundo a qual não se admitem excludentes de responsabilidade. Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes de responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 154.

³⁶ “Além da prescindibilidade da culpa, uma segunda consequência da adoção da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral consiste na irrelevância da licitude da atividade. Ou seja, no Direito brasileiro, ao contrário do que sucede em outros sistemas (o italiano, por exemplo), a responsabilidade civil pelo dano ambiental não é típica, independe de ofensa a standard legal ou regulamentar específico, já que não tem o Poder Público, em nosso caso, ‘o direito de consentir na agressão à saúde da população através do controle exercido pelos seus órgãos’.” MILARÉ, Edis. *Ação civil pública. 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150.

³⁷ “Pela teoria do risco integral, a indenização é devida independentemente de culpa, (...), dessa maneira, não se operam, como causas excludentes de responsabilidade, o caso fortuito e a força maior. Ainda que a indústria tenha tomado todas as precauções para evitar acidentes danosos ao meio ambiente, se, por exemplo, explode um reator controlador da emissão de agentes químicos poluidores (caso fortuito), subsiste o dever de indenizar. Do mesmo modo, se por um fato da natureza ocorrer derramamento de substância tóxica existente no depósito de uma indústria (força maior), pelo simples fato de existir a atividade há o dever de indenizar.” NERY JR., Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. In: *Justitia* nº 126, p. 168-189. São Paulo, 1984, p. 172.

(polietileno tereftalato), propiciando que os fabricantes que delas se utilizam aumentem lucros e reduzam custos, não é justo que a responsabilidade pelo crescimento exponencial do volume do lixo resultante seja transferida apenas para o governo ou a população.² A chamada responsabilidade pós-consumo no caso de produtos de alto poder poluente, como as embalagens plásticas, envolve o fabricante de refrigerantes que delas se utiliza, em ação civil pública, pelos danos ambientais decorrentes. Esta responsabilidade é objetiva nos termos da Lei nº 7.347/1985, arts. 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.943/1999, e arts. 3º e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, e implica na sua condenação nas obrigações de fazer, a saber: adoção de providências em relação a destinação final e ambientalmente adequada das embalagens plásticas de seus produtos, e destinação de parte dos seus gastos com publicidade em educação ambiental, sob pena de multa.³⁸

Assim, o Tribunal julgou que, embora não tenha sido o fabricante que descartou as embalagens tipo *pet*, ele torna-se responsável pelo seu recolhimento e destinação final, na medida em que expôs a sociedade ao risco de que terceiros venham a fazê-lo, a partir do fato de que o produto existe. Ou seja, a existência do produto tornou-se um fator de risco e condição do dano ambiental.

A solução preconizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sob o pretexto da aplicação da responsabilidade objetiva na realidade afasta a própria causalidade direta e imediata do ato que é um dos requisitos da responsabilidade consoante o ordenamento jurídico brasileiro. Agostinho Alvim assim concebia a necessidade da causa para a definição do dano direto e imediato:

A escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. (...)

Para explicar a teoria do dano direto e imediato nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessidade da causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as considerações que se seguem.

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente.

Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas.

Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.

Ora, a análise desses termos mostra, iniludivelmente, que a lei impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que ao inadimplemento se atribua, com exclusividade, a causa do dano.³⁹

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 118.652-1, 8ª Câmara Civil. Rel. Des. Ivan Bortoleto. Apelante: Habitat – Associação de Defesa e Educação Ambiental. Apelada: Refrigerantes Imperial Ltda. Data do julgamento: 05/08/2002. Disponível em: www.tj.pr.gov.br. Acesso em: 8 out. 2006.

³⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 380-381.

No que concerne à responsabilidade do Estado, o dano considera-se causado pelo ente público se foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública e não resultante de concausas sucessivas.⁴⁰

Portanto, na hipótese em apreço, a causa da poluição, que por si só produziu o resultado, foi o descarte das garrafas *pet* por parte dos consumidores, rompida a necessariedade da causa anterior (a produção das garrafas). Não há mais necessariedade da causa primeira (a produção de garrafas *pet*) porque a intervenção de causa superveniente (do consumidor que utiliza-se do conteúdo da embalagem e a descarta no meio ambiente) por si só produziu o resultado (o lixo degradador do meio ambiente).

De particular auxílio para nós nesse desiderato é a lei de responsabilidade ambiental alemã. A *Umwelthaftungsgesetz* estabelece uma responsabilidade objetiva por danos causados por pessoas ou bens por meio do meio ambiente (os danos puramente ecológicos não são cobertos) aplicável no caso de instalações poluidoras. Prevê a lei ambiental alemã uma responsabilidade que prescinde de culpa, apenas exigindo, para haver imputação, que os efeitos ambientais gerados sejam causa do dano cujo ressarcimento se pretende. Para determinação dessa causa estipula aquele texto legal uma presunção de causalidade quando uma instalação, de acordo com o caso concreto, for apta a causar o dano em causa. *In verbis*:

§ 6º – Presunção de causalidade

(1) Se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, uma instalação for apta a causar o dano em causa, presume-se que o dano foi causado por esta instalação. [...]

(2) o parágrafo (1) não se aplica se a instalação tiver sido corretamente operada. A instalação considera-se corretamente operada se os deveres especiais de funcionamento tiverem sido cumpridos e não tiver havido nenhuma perturbação do funcionamento.

(...)

§ 7º – Afastamento da presunção

(1) Se várias instalações são aptas a causar o dano, não se aplica a presunção, quando outra circunstância, de acordo com a realidade do caso concreto, for adequada a causar o

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. – A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1/1969 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. – Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistia, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade do Estado. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Recurso Extraordinário nº 130764/PR. Paraná. Recorrentes: Estado do Paraná e Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: H. Kaminski e Cia Ltda e outros. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 12 mai. 1992. DJ 07/08/1992, p. 11.782 e Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, v. 143, I, p. 270).

dano. A aptidão para causar o dano num caso concreto afere-se em função do tempo e do lugar em que ocorreu o dano, a natureza do dano, bem como todas as outras circunstâncias que apontam para ou contra a causação do dano.

(2) Se apenas uma instalação for apta a causar o dano, a presunção não se aplica se outra circunstância, tendo em conta a realidade do caso concreto, for apta a causar o dano.

Desse modo a presunção de causalidade apenas atua se a vítima for capaz de demonstrar que a instalação é apta, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, a causar o dano. Exige-se a aptidão concreta; a aptidão abstrata não é suficiente para fazer atuar a presunção. A presunção de causalidade só atua, portanto, uma vez convencido o juiz da aptidão para causar o dano daquela instalação, funcionando naqueles moldes, utilizando e libertando aqueles materiais, naquelas condições meteorológicas e naquelas circunstâncias de tempo e lugar.⁴¹

Da análise da lei ambiental alemã e das considerações aqui tecidas sobre as peculiaridades do dano ambiental podemos assentar a premissa de que a construção de uma teoria operativa da imputação dos danos ambientais passa pela insusceptibilidade de se tomar como causa da imputação uma causalidade naturalística, como a do dano direto e imediato.

A causalidade no direito ambiental deve ser uma causalidade jurídica ou normativa que atenda a dois requisitos básicos: primeiro, deve ser valorativamente adequado, máxime deve cumprir a finalidade de seleção dos danos a atribuir ao agente, limitando a respectiva responsabilidade. Segundo, o critério de imputação deve ser juridicamente operativo, ou seja, deve funcionar como efetivo instrumento jurídico útil na tarefa de identificação do nexo de causalidade no caso concreto.⁴²

Deve-se partir da idéia de risco, ou seja, da prevenção, de que serão normativamente imputáveis os danos derivados de um risco específico ou aumentado pelo agente. Em outras palavras, serão normativamente imputados os danos que excederem a confiança, a idéia de risco aceitável pela comunidade. Por essa teorização deve-se fazer a imputação dos danos ao agente por meio da demarcação de áreas de risco, de tal maneira que haveria que separar os danos que resultam do “risco geral da vida” – os quais não seriam imputáveis ao agente – e os danos derivados de um risco específico ou aumentado pelo agente, susceptíveis de lhe serem imputados.⁴³

A confiança é definida em Luhmann como um mecanismo em que os atores sociais reduzem a complexidade interna do seu sistema de interação. Isso pode ocorrer pela adoção de expectativas específicas sobre o comportamento futuro de outros pela seleção de possibilidades, podendo basear-se em processos históricos, em características compartilhadas ou em mecanismos institucionais. Luhmann destaca três tipos de confiança: a processual, a baseada em características e a institucional.

⁴¹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 35-40.

⁴² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 67-69.

⁴³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 73.

A confiança processual está ligada ao passado ou a trocas realizadas anteriormente. É um processo cumulativo e incremental de construção da confiança por meio da acumulação gradual de conhecimento direto ou indireto sobre o outro, como a reputação, a marca e a garantia de qualidade.

A confiança baseada em características surge da similaridade social e assume congruência social entre o que confia e o depositário da confiança, por pertencer ao mesmo grupo social ou à mesma comunidade. Compartilham uma mesma religião, *status* ético ou *background* familiar, que garante a construção de um mundo em comum. Tal confiança baseia-se na atribuição de valores e não pode ser deliberadamente criada.

A confiança institucional parte da consideração de que a confiança não pode ser somente gerada pela familiaridade interpessoal. Os atores organizacionais podem não possuir características pessoais em comum ou uma história que garanta trocas futuras, mas mesmo assim deve haver uma forma impessoal de confiança. A confiança institucional é formada pela estrutura social formal, em que os mecanismos legais tendem a reduzir os riscos de confiança e tornam mais fácil sua existência, podendo ser deliberadamente produzida com a consideração de que seus mecanismos necessitam ser legitimados socialmente para serem efetivos.⁴⁴

É essa confiança institucional a que interessa ao direito e que recebe tutela jurídica. As relações sociais são inteiramente perpassadas por interações de confiança que, sedimentadas por valores, possibilitam as trocas e os acordos.

Assim, a separação entre tempo e espaço, os mecanismos de desencalhe e a reflexividade institucional desestimulam certas formas básicas de relações de confiança dos atributos de contextos locais. A confiança nas relações interorganizacionais inclui assim um conjunto de expectativas entre parceiros com relação ao comportamento dos diversos indivíduos e à satisfação de cada um.⁴⁵

Questão complexa é aquela de se saber se a frustração da confiança de outrem é suscetível de conduzir à obrigação de indenizar: existe o risco de excesso, perante o caráter aberto e extenso da proteção negativa da confiança. Há que se verificar, portanto, quais são os contornos da tutela jurídica daquilo que Luhmann define como a confiança institucional.

A forma impessoal de confiança de que falava Luhmann, condição de desenvolvimento das sociedades pós-modernas, estará tutelada sempre que a confiança não se reduza a outros elementos, como o cumprimento da norma (responsabilidade delitual) ou dos deveres laterais de conduta (impostos pela boa-fé), sendo razão auxiliar da obrigação de indenizar, mas sim sendo o elemento constitutivo-causal dos seus efeitos. Desse modo, integrando a confiança o *Tatbestand* de responsabilidade, a não verificação em concreto de expectativas – ou mesmo o *non liquet* acerca de sua ocorrência – tem como consequência inexorável a irresponsabilidade do sujeito.⁴⁶

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Barcelona: Antrophos Editorial, 2005.

⁴⁵ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

⁴⁶ FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 355.

Como bem esclarece Ana Perestrelo de Oliveira no que concerne ao dano ambiental:

Nesta linha, devemos considerar que o dano ambiental (seja em sentido amplo ou estrito) é imputável ao agente quando a conduta deste cria ou aumenta um risco não permitido ou previsto na *fattispecie* legal, sendo o resultado ou evento danoso materialização ou concretização desse risco.

Assim, exige-se, desde logo, a criação ou aumento de um risco sendo certo que esta exigência vale tanto para a responsabilidade civil subjectiva como objectiva, o que, como é bom de ver, implica a precisão acima apontada: criação/aumento de um “risco não permitido” (responsabilidade subjectiva) ou de um risco previsto na “*fattispecie* legal” (responsabilidade objectiva).

Note-se que exigir a demonstração da criação/aumento do risco é algo de essencialmente diverso de exigir a demonstração da *conditio sine qua non*. A *conditio* não interfere aqui sequer ao nível da base de imputação dos danos ambientais. Bem longe de se exigir a demonstração de uma causalidade naturalística, exige-se – o que é bem menos – a demonstração da criação/aumento do risco.⁴⁷

O conceito de risco só pode substituir a causalidade puramente naturalística por meio de uma apreciação que tenha em conta todas as circunstâncias do caso concreto: a susceptibilidade de, em termos abstratos, determinada instalação provocar a lesão do bem jurídico não é suficiente para se atribuir juridicamente aquele resultado concreto ao agente. Pode, naturalmente, uma instalação em abstrato criar ou aumentar o risco de lesão do bem jurídico e em concreto não o ter criado ou aumentado.⁴⁸ O resultado só será imputável ao agente se, concretamente, este tiver defraudado a confiança, ou seja, o risco aceitável pela sociedade.

No que pertine à responsabilidade civil do Estado por dano ambiental, este só responde se sua omissão concorreu em concreto para criar ou aumentar um risco específico e não em relação àqueles danos que resultam no “risco geral da vida”. Desse modo, nas grandes cidades é comum a instalação de pessoas pobres em áreas públicas, criando os chamados conglomerados habitacionais. As pessoas que aí passam a habitar correm os riscos decorrentes de sua própria conduta. Ao Estado cabe o dever genérico de cuidar do meio ambiente daquela localidade, em conexão com todos os seus outros deveres, mas não a defraudação da confiança social de ter criado ou aumentado um risco específico. Desse modo, não é passível de responsabilização porque sua omissão, embora contrária à ordem jurídica, não é elemento constitutivo causal dos efeitos daquela situação.⁴⁹

⁴⁷ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁸ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Administrativo. Processo civil. Ação civil pública. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública de modo a proteger interesses coletivos. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos Princípios

4.6. Dano provado

Quanto ao pressuposto da prova na responsabilidade ambiental como descrita anteriormente, o que se exige do tribunal não é acerca da verificação da *conditio sine qua non*, mas sim sobre a criação/aumento do risco, o que é bem menos.⁵⁰ Ou ainda, em outras palavras, se exige a convicção sobre a realidade do fato da criação/aumento do risco, rejeitando-se a suficiência de um nexo causal meramente provável ou possível.

Para tanto importam nesse âmbito as regras sobre a repartição do ônus da prova. Ao lesado exige-se a prova da criação ou aumento do risco pela instalação; feita essa demonstração, o juiz deve presumir (*iuris tantum*) a materialização do risco.

Ou seja, no primeiro passo do juízo de imputação (criação/aumento do risco), não deve inverter-se o ônus da prova – relevam sim, com especial relevância, por exemplo, as regras de probabilidade estatística etc. Só uma vez convencido o juiz de que a instalação pode ter causado o dano (porque criou/aumentou o risco da sua verificação) é que se justifica a presunção. Ou seja, a presunção é legítima porque tem em conta a dificuldade objetiva de prova da vítima, fundamentando-se, em geral, nos princípios de tutela do ambiente (que valem também na responsabilidade ambiental) e, em especial, no risco criado ou aumentado pela instalação.⁵¹

Assim sendo, no âmbito da multicausalidade do dano ambiental, na hipótese de causalidade cumulativa, cada agente, por definição, aumenta o risco de verificação do fato total: assim sucede no exemplo em que cada sujeito, por si e independentemente dos demais, faz determinadas descargas poluentes no rio. É claro que cada um dos referidos sujeitos aumentou o risco da verificação da morte dos peixes.

Em segundo lugar, ainda que se considere de exigir o conhecimento do contributo dos demais, os princípios ambientais, e designadamente o princípio da prevenção, obrigariam a entender essa exigência no sentido de uma mera consciência (difusa) da aptidão danosa potencial do fato seja de forma isolada, seja conjugadamente com o fato de terceiros. Em síntese, quando haja causalidade cumulativa, todos são responsáveis: todos aumentaram o risco que se materializou no resultado.⁵²

No caso de causalidade aditiva, potencializada ou sinérgica se todos aumentam o dano, seja por meio da linear adição do respectivo contributo, seja multiplicando ou acelerando o

da Legalidade, da Moralidade, da Eficiência, da Impessoalidade, da Finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. Recurso provido. (Recurso Especial nº 169.876/SP. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. José Delgado. Brasília, 16 jun. 1988. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 13 ago. 2007).

⁵⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 89.

⁵¹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 95.

⁵² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 106.

evento danoso então, por definição, todos aumentam o risco não permitido ou previsto da norma legal. Logo, todos são responsáveis.⁵³

Na eventualidade de uma causalidade alternativa, se não é possível apurar em concreto a quem é imputável o dano, e não é possível provar quais os concretos contributos causais de cada qual, todos os sujeitos são responsáveis, desde que, todos os agentes tenham praticado uma ação potencialmente lesiva e exista uma conexão causal potencial entre essa ação e o dano, exigindo-se ainda que o contributo de cada sujeito seja, por si só, susceptível de ter causado a totalidade do dano.⁵⁴

Dessa maneira, nessa perspectiva, na causalidade alternativa ressalva-se a responsabilidade daqueles apenas remotamente associados ao dano que não criaram ou aumentaram o risco juridicamente relevante de verificação do efeito lesivo, como é, em geral, o caso do Estado e o dos pequenos emissores de poluição. Como esclarece Ana Perestrelo de Oliveira, frequentemente, o resultado lesivo resulta de contribuições causais muito diversas de alguns “grandes emissores” e de muitos “pequenos emissores” (por exemplo, automóveis). Ora, admitindo a solução da responsabilidade solidária, poderíamos ser conduzidos à absurda conclusão de que um “pequeno emissor” seria responsabilizado por um dano para o qual só em termos ínfimos contribuiu. Mas nem por isso se deve afirmar, pelas razões expostas, o carácter conjunto da responsabilidade. O problema é prévio ao da repartição da responsabilidade e resolve-se perguntando se o sujeito verdadeiramente criou ou aumentou um *risco juridicamente relevante* de verificação do efeito lesivo. Se o seu contributo para o dano existe, mas é insignificante no contexto do processo poluente global, não é possível afirmar-se que ele aumentou o risco não permitido ou previsto pela norma. Em suma, o “pequeno emissor” mantém-se na esfera do risco permitido, não podendo, conseqüentemente, ser responsabilizado civilmente.⁵⁵

5. Conclusão

O que se conclui dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais trazidos a estudo é que a responsabilização do Estado por dano ambiental é tarefa complexa e não pode ser deduzida de referências apressadas a uma suposta responsabilidade integral, mas exige sim o estudo acurado dos pressupostos dessa responsabilidade, nomeadamente, a efetividade do dano, sua quantificação económica, sua individualização em relação a uma pessoa ou grupo de pessoas, a antijuridicidade, o nexo de causalidade, a imputação ao Estado e a repartição do ônus da prova.

A responsabilidade do Estado sob regime de direito público, ademais, é distinta e independente da alcançada pelo particular. Assim, pode ocorrer que o Estado e um particular

⁵³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁴ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *op. cit.*, p. 112.

estejam envolvidos em uma mesma situação danosa ao meio ambiente e da análise dos pressupostos resulte que o segundo seja responsabilizado e o primeiro não.

6. Referências

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- BRASIL. *Constituição Federal; Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos; índice analítico comparativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARVALHO, Paulo Pitta e Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.
- FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1979.
- FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, nº 33, p. 41-47, jan.-jun. 1982.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema das traduções jurídicas das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ITURRASPE, Jorge Mosset & HUTCHINSON, Tomás & DONNA, Edgardo Alberto. *Daño ambiental*, t. II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria geral do dano ambiental moral. In: *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 28, p. 139-149, out.-dez., 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Antrophos Editorial, 2005.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MILARÉ, Edis. *Ação civil pública. 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MOTA, Mauricio. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas. In: Mário César Bucci (org.). *Revista de Responsabilidade Civil*. Campinas: Mizuno, 2000, v. 2, p. 134-139.

- NERY JR., Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. In: *Justitia*, n. 126, p. 168-189. São Paulo, 1984.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da responsabilidade civil e reparação dos danos ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: a teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo: Saraiva, 1985
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil por dano ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 3. ed. Campinas: E.V. Editora, 1995.