

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAQUARA – UNIARA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO  
REGIONAL E MEIO AMBIENTE

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NOS CASOS DE DANO AMBIENTAL  
CAUSADO POR OMISSÃO ESTATAL

ROMIR ALVES LEAL

ARARAQUARA – SP  
2007

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAQUARA – UNIARA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO  
REGIONAL E MEIO AMBIENTE

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NOS CASOS DE DANO AMBIENTAL  
CAUSADO POR OMISSÃO ESTATAL

ROMIR ALVES LEAL

Orientador: Prof. Dr. HILDEBRANDO HERRMANN

Dissertação apresentada ao  
Centro Universitário de  
Araraquara, como parte das  
exigências para obtenção do  
título de Mestre em  
Desenvolvimento Regional e  
Meio Ambiente.

ARARAQUARA – SP  
2007

#### FICHA CATALOGRÁFICA

L473a LEAL, Romir Alves

A aplicação da teoria do risco nos casos de dano ambiental causado por omissão estatal / Romir Alves Leal – Araraquara: Centro Universitário de Araraquara, 2007. 121 f.

**Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente – Centro Universitário de Araraquara – UNIARA.**

Área de concentração: Dinâmica Regional e Alternativas de Sustentabilidade.

Orientador: HERRMANN, Hildebrando.

1. Omissão do Estado. 2. Dano ambiental. 3. Responsabilidade objetiva. I. Título.

CDU 504.03

**Agradecimentos:**

*Agradeço às funcionárias Adriana e Ivani pela gentileza e bondade; aos professores do Programa pela dedicação com que conduziram as aulas; à Coordenação pelo empenho na constante melhoria da qualidade do curso; à banca que pacientemente leu o trabalho. Reservo agradecimento especial ao Prof. Dr. Hildebrando Herrmann pela atenção, seriedade e paciência com que conduziu o trabalho de orientação.*

### **Dedicatória**

Dedico este trabalho de dissertação a todos os meus alunos e ex-alunos, com os quais convivi nestes últimos vinte anos de docência, e cujo convívio me fez também aluno.

**RESUMO:** O trabalho discute o tema da responsabilidade do Estado em casos de dano ambiental por omissão. Pontuamos divergências teóricas e doutrinárias face tanto à legislação sobre o tema quanto à relevância social do mesmo. Realizamos uma abordagem interpretativa da caracterização do dano e da divergência no tocante à responsabilidade do Estado. Fazemos uma retomada histórica e apontamos que a não aceitação da responsabilização do Estado em caso de dano ambiental por omissão contraria tanto o princípio da evolução quanto o da dialética, atravancando, assim, de forma conservadora, a construção do direito de acordo com a evolução da sociedade. O trabalho busca fundamentos jurídicos que sustentam a responsabilidade do Estado em casos de dano ambiental por omissão, provocando, assim, um embate com as linhas teóricas, ou expoentes destas que não reconhecem, não aceitam, ou então não radicalizam a temática em discussão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Omissão do Estado, dano ambiental, responsabilidade solidária, responsabilidade objetiva.

**ABSTRACT:** This work debates the responsibility of the State in cases of environmental damage caused by omission. Theoretical and doctrinal divergences were punctuated related to the legislation about the main theme as their social relevance. We have executed an interpretative approach of damage and divergence concerning the duty of the State. Thereafter we have done a historical research and pointed that not accepting the State responsibility in cases of environmental damage by omission contracts not only the evolution principle, but the dialectic one, inhibiting in a conserving mode the building of Right according to the society evolution. The work searches juridical basements which support the responsibility of the State in cases of environmental damage by omission, providing thus a clash with theoretical thoughts or its exponents who do not recognize or accept, nor even confer the presented subject.

**KEYWORDS:** Omission of the State, environmental damage, mutual responsibility, objective responsibility.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo I - Responsabilidade Patrimonial do Estado: origem e evolução</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Aspectos gerais, conceito e fundamento da Responsabilidade Patrimonial do Estado.</b>	<b>13</b>
<b>1.2 Evolução histórica: matrizes teóricas sobre a responsabilidade patrimonial do Estado.</b>	<b>18</b>
a) - Teoria da Irresponsabilidade	18
b) - Teorias civilistas	19
b.1) - Teoria dos atos de império e de gestão	19
b.2) - Teoria da culpa civil	20
c) - Teorias publicistas	21
c.1) Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público	21
c.2) Teoria do risco administrativo	22
c.3) Teoria do risco integral	24
<b>1.3 A responsabilidade patrimonial do Estado no Brasil: entre Colônia, Império e República.</b>	<b>26</b>
<b>1.4 A responsabilidade patrimonial do Estado (artigo 37, §6º da Constituição de 1988 e artigo 43 do Código Civil de 2002).</b>	<b>30</b>
<b>Capítulo II - Responsabilidade Patrimonial do Estado: elementos, reparação e exclusão.</b>	<b>34</b>
<b>2.1 Elementos da responsabilidade patrimonial do Estado.</b>	<b>34</b>
<b>2.2 Características do dano reparável</b>	<b>36</b>
<b>2.3 O conteúdo da responsabilidade patrimonial por danos materiais</b>	<b>39</b>
<b>2.4 O conteúdo da responsabilidade patrimonial por danos morais</b>	<b>43</b>
<b>2.5 Nexo causal</b>	<b>46</b>
<b>2.6 Sujeitos do dano</b>	<b>48</b>
<b>2.7 Conduta estatal causadora do dano: ação e omissão</b>	<b>51</b>
<b>2.8 Modalidades de responsabilidade patrimonial por omissão</b>	<b>53</b>
a) Atos ilícitos omissivos próprios	53
b) Ato ilícito omissivo impróprio	54
<b>2.9 Exclusão da Responsabilidade</b>	<b>56</b>
a) - Culpa da Vítima	57
b) - Culpa de Terceiro	58
c) - O exercício regular de direito pelo agente estatal	60
d) - O caso fortuito ou a força maior	61
<b>2.10 A reparação do dano e o direito de regresso.</b>	<b>63</b>
<b>Capítulo III - Dano Ambiental: característica, repressão e instrumentos legais de reparação.</b>	<b>66</b>
<b>3.1 Dano ambiental ressarcível</b>	<b>66</b>
<b>3.2 Dano ambiental autorizado</b>	<b>70</b>

<b>3.3 Dano ambiental difuso e individual</b>	<b>73</b>
<b>3.4 Leis de repressão por danos ambientais: evolução</b>	<b>75</b>
<b>3.5 Reparação do dano ambiental: objeto, procedimento e finalidade.</b>	<b>80</b>
<b>3.6 As ações adequadas e os legitimados a propô-las.</b>	<b>83</b>
<b>4.1 O dever de agir do Estado na prevenção do dano ambiental.</b>	<b>88</b>
<b>4.2 A omissão do Estado em concurso com a ação de causadores diretos.</b>	<b>92</b>
<b>4.3 A responsabilidade solidária do Estado.</b>	<b>95</b>
<b>4.4 A responsabilidades objetiva do Estado por omissão na tutela ambiental.</b>	<b>102</b>
<b><i>Considerações Finais</i></b>	<b>113</b>
<b><i>Referências Bibliográficas</i></b>	<b>116</b>
<b><i>Bibliografia Consultada</i></b>	<b>120</b>

## **Introdução**

Como se sabe a preservação do meio ambiente é pauta prioritária que se refere às questões vitais da própria preservação do planeta e da vida na terra. Por mais que o tema e o problema sejam tratados em maior ou menor grau pelos Estados Nacionais, muitas ações, e até em tantos casos preferencialmente, se constituem em pauta de interesse mundial, discutidas e tratadas por organismos supranacionais. Parece assim desnecessário destacar a importância e relevância da problemática da preservação ambiental, tanto quanto o destaque que ela tem ganhado nos últimos anos.

Diante desta constatação podemos afirmar que o homem intensificou a agressão ao meio ambiente, porém, a tecnologia não conseguiu neutralizar o aumento de tais agressões.

Considerando que a legislação vigente coloca o meio ambiente sadio e equilibrado na condição e qualidade de direito humano fundamental, e que o texto constitucional dispensa vários dispositivos destinados a protegê-lo, no nosso trabalho de dissertação buscamos mostrar que o Estado, apesar de ser o principal responsável na manutenção e preservação desse mesmo meio ambiente, no mais das vezes tem se mostrado omissos diante de danos que podiam perfeitamente ser evitados. Isso ocorre muito embora agentes do Estado com responsabilidades específicas em evitar a agressão ao meio ambiente, na maioria das vezes permanecem inertes na função. Ou seja, mediante o exercício do poder de polícia ou de fiscalização, quem têm, em muitos casos, elementos suficientes para evitar o fato.

A omissão estatal que nos propomos a discutir é a que se caracteriza em virtude de danos ambientais perfeitamente evitáveis se o Estado tivesse agido a tempo. Deste modo, a omissão do Estado é o tema que nos impulsiona neste trabalho de dissertação.

No nosso trabalho de investigação e pesquisa trabalhamos com a hipótese de que a não responsabilização do Estado omissos em matéria de dano ambiental, ou a falta de questionamento no tocante a esse ponto, acarretam males sociais que ameaçam a própria sobrevivência no planeta. Em face de tais males e conseqüências desastrosas e danosas, e da legislação que salvaguarda o direito ao meio ambiente sadio, as correntes teóricas que não reconhecem a aplicabilidade da teoria do risco acabam agindo de maneira

conservadora, amparadas em formalismos que inclusive contrariam a aplicabilidade dialética do direito e a evolução positiva do mesmo, conforme buscamos demonstrar.

No tocante à metodologia empregada destacamos casos concretos de dano ambiental verificados no Brasil e divulgados pela grande imprensa. Todavia nosso trabalho de investigação é mais de natureza monográfica, sendo que para isso apresentamos o objeto de pesquisa da forma por que ele tem suscitado polêmicas e divergências de posições. Buscamos nos inserir no interior de tais polêmicas, provocando tais divergências e, metodologicamente, partindo tanto da verificação e caracterização do dano, conforme os casos concretos apresentados, para, a partir de então, por meio da literatura específica, doutrina e jurisprudência, chegarmos à satisfação da nossa hipótese.

Temos, como objetivo geral, demonstrar, ao contrário do que grande parte da doutrina e da jurisprudência insiste em afirmar, que o Estado omissivo pode ser responsabilizado no máximo pelo ângulo da responsabilidade subjetiva. Entendemos que o Estado omissivo em matéria de dano ambiental deve ser objetivamente responsabilizado quando tinha consciência e, por isso, podia e devia agir. Podendo e devendo, porém não agindo no sentido de evitar o resultado danoso, o Estado deve ser responsabilizado isoladamente ou em conjunto com o causador ou causadores diretos. Deve ele, portanto, responder não apenas objetivamente pelo resultado, mas também solidariamente como causador direto do dano.

Buscamos demonstrar, também, que, nas ações ressarcitórias por dano ambiental, não é apenas o causador direto, ou seja, aquele que por ação imediata provocou o dano que deve isoladamente ser responsabilizado. Pois, de forma paralela ou conjunta o Estado omissivo pode e deve ser responsabilizado não apenas pelos danos difusos, mas também por danos individuais.

De toda a leitura realizada, dos autores nacionais pesquisados e que tratam do tema da responsabilidade civil, percebemos que não existe um tratamento satisfatório no tocante a esta questão que discutimos. No texto, procuramos mostrar que, apesar de o tema engendrar polêmicas e divergências de opiniões e posições, a questão permanece em aberto e, no mais das vezes, muitos autores evitam tocar no âmago desta polêmica.

Como se sabe, o direito ambiental é uma ramificação que goza do privilégio de, desde há muito, ter se tornado uma área específica, dada a sua relevância e importância

vital. Desta maneira, a responsabilidade por dano ambiental é algo que não pode ser tratado genericamente, ou com o mesmo peso e valor dispensado a outras tantas questões no tocante à responsabilidades do Estado.

Já como objetivo específico pretendemos discutir e chamar a atenção para o fato de que o incremento da responsabilização do Estado omissivo impulsiona os seus agentes a uma atenção maior no cuidado ambiental. Ou seja, os agentes do Estado que detêm o poder de polícia ambiental devem ficar atentos, agindo de forma rápida e eficaz, buscando evitar situações danosas que ocorrem quando há omissão do Estado. Por via de consequência haverá estímulo por parte daqueles que possam titularizar alguma ação de cunho reparatório, agindo não apenas contra causadores diretos e imediatos, mas também contra o Estado omissivo. Omissão esta que muitas vezes é diluída quando se responsabiliza apenas o causador direto. No conjunto de causas geradoras do evento danoso, defendemos que é a omissão do Estado que deve ser tratada com atenção e relevância por ocasião da reparação. Muitas vezes ela é quase imperceptível, não permitindo num primeiro instante o operador do direito aquilatar sua importância. Seu valor aparece no instante em que ela for retirada do conjunto de causas, provocando assim a constatação de que, sem ela, o resultado seria outro ou talvez não teria ocorrido.

A ausência de valoração da omissão estatal no conjunto de causas é o ponto específico do nosso trabalho. Chamar atenção para esta questão é importante, uma vez que a doutrina e vertentes teóricas são reticentes quando tratam do assunto. Em virtude do tema e da pauta ambiental serem bastante novos do ponto de vista histórico, parece relevante tratarmos deles, como especificidade do direito, porém dentro do quadrante e da celeuma teórica e doutrinária presentes principalmente na vertente do direito administrativo.

Distribuímos nosso trabalho de dissertação em quatro capítulos, sendo que no primeiro capítulo discorreremos sobre o tema da responsabilidade civil do Estado e da rapidez com que ele vem se transformando desde o seu surgimento até a atualidade. Fazemos, portanto, uma retomada histórica da nossa temática de investigação. Desta forma, um argumento central para o nosso trabalho, conforme aparecerá no segundo capítulo, é que o direito, no caso o tema da responsabilidade do Estado em particular, está em constante evolução. Este ponto é constatado a partir da análise das teorias sobre o tema da responsabilidade civil.

A análise de tais teorias compreende desde a teoria da irresponsabilidade até o extremo da teoria do risco integral, conforme verificamos e constatamos na atualidade.

Ainda no segundo capítulo, fazemos uma análise dos requisitos necessários para a configuração de um dano reparável pelo Estado genericamente falando. Analisamos desta forma, desde a causa, o nexos, até a responsabilidade propriamente dita. Posteriormente, apontamos quais as situações em que o Estado pode eximir-se da reparação.

No terceiro capítulo apresentamos e discutimos o tema do dano ambiental. Quem pode causar e pedir a reparação, mostrando também a legislação sobre o tema.

No capítulo final da nossa dissertação apresentamos a omissão como causa da responsabilidade objetiva do Estado. Confrontamos assim, dispositivos da Constituição Federal - CF com casos concretos e posições doutrinárias sobre o tema da omissão.

Seguindo esta linha de análise e raciocínio, buscamos demonstrar que a existência de um dano ambiental, quer este seja difuso ou individual, conduz à responsabilização objetiva todos aqueles que não apenas por ação, mas também por omissão, sejam objetivamente responsabilizados. Isso ocorre independentemente de estar entre os causadores mediatos ou imediatos o Estado comprovadamente omissor.

## Capítulo I - Responsabilidade Patrimonial do Estado: origem e evolução

### 1.1 Aspectos gerais, conceito e fundamento da Responsabilidade Patrimonial do Estado.

Neste capítulo mostraremos que a responsabilidade Patrimonial do Estado, ao longo da História, ganha tónus e desperta cada vez mais discussões das mais variadas. A evolução da matéria inaugurada com o “Caso Blanco<sup>1</sup>” ocorrido na França do Séc. XVIII, passa por profundas transformações até nossos dias. Analisamos que esta evolução se acelerou de forma contínua, em virtude da multiplicidade de atribuições ou serviços que o Estado Social moderno, preocupado em atender os reclamos da sociedade na prestação de serviços cada vez maiores e complexos, assumiu, fazendo, aparecer de forma cada vez mais séria, a sua responsabilidade pelos serviços que constitucionalmente está obrigado a prestar com rapidez e eficiência, ainda que muitas vezes provoque danos aos administrados. Em virtude disso, a forma de encarar a responsabilidade patrimonial do Estado veio passando por mudanças que podem ser explicadas pelas teorias que foram surgindo para justificar de forma cada vez mais severa esse tipo de obrigação.

No verdadeiro Estado de Direito, a lei é uma norma geral de justa conduta igual para todos, para regular um sem-número de casos futuros submetendo governantes e governados ao império da lei. No verdadeiro Estado de Direito, a lei exprime conteúdo de justiça e, assim sendo, sujeita igualmente entes públicos e privados, “de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo” (MELLO, 2003, p. 855). Enquanto que o particular pode fazer tudo o que a lei autoriza e mais aquilo que a lei não proíbe, a conduta do Estado deverá estar sempre pautada na autorização legal (art. 37, caput da Constituição Federal).

Portanto, o Estado brasileiro deverá atuar sempre conforme o direito. Desta forma, a nova ordem jurídica imposta pelo §6º do artigo 37 da Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de reparar o dano, mesmo quando tenha agido em

---

<sup>1</sup> Trata-se de evento histórico de suma importância para o tema aqui discutido, pois inaugura a condenação do Estado por danos causados ao administrado. No ocorrido da França do século XVIII, o pai de uma garota que teve a perna cortada por vagonete da Companhia de Tabaco pertencente ao Estado francês, conseguiu responsabilizar nos Tribunais daquele país o Estado pelo dano que provocou. Sobre este tema Ver: GASPARINI, D. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2004.

conformidade com a lei, bastando apenas a demonstração do dano e o nexo com a sua conduta lesiva.

Nesse ponto, cabe questionar, juntamente com Gasparini (2004, p. 868): “o Estado tem que recompor integralmente os gravames de ordem patrimonial infligidos à vítima de sua ação ou abstenção lesiva?” Atendendo aos princípios de Justiça e a todos os pressupostos acima levantados, a resposta deve ser positiva.

A responsabilidade pública é a que se subordina a um regime jurídico de direito público exorbitante e derogatório<sup>2</sup> do direito comum. Como se trabalha no ramo do direito público, a responsabilidade patrimonial do Estado é inconfundível com o regime jurídico de direito privado, estudado pelo Direito Civil, apesar de se tratar de temas semelhantes.

Cumpra ainda observar que a responsabilidade patrimonial do Estado pode coexistir sem, contudo, confundir-se com as responsabilidades criminal e administrativa que adiante serão pontuadas. Também não se pode confundir conduta administrativa e atos da administração com atos legislativos e atos judiciais que, em tese, não ensejam responsabilização por essa via.

Nesse sentido, cabe uma explicação mais detida a respeito das observações de Di Pietro (2005, p. 561):

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamento da Administração Pública, já que, com relação aos poderes legislativo e judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Ou seja, o Estado será responsabilizado em função do comportamento administrativo, independentemente do poder onde se verificou o ato lesivo, seja ele emanado do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, bastando apenas que tal comportamento tenha caráter administrativo e tenha causado lesão de natureza reparável.

Por fim, cabe ressaltar as observações de Cretella Jr. (1990, p. 77) quando ensina que:

---

<sup>2</sup> Pode se dizer de tudo aquilo que tem a força de revogar ou invalidar qualquer Lei ou contrato.

A responsabilidade pode recair apenas sobre o funcionário, apenas sobre o Estado ou, simultaneamente, sobre ambos. Na maioria dos casos, a responsabilidade civil do Estado é decorrência, imediata ou mediata, de ação ou omissão do agente público. Pode, entretanto, o Estado ser responsabilizado objetivamente sem que se identifique o agente público, causa próxima ou remota do dano, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de danos causados pela *coisa pública*.

Por tal ensinamento fica claro que na maioria das vezes é possível identificar o agente (pessoa física que presta serviços em nome do Estado) que, por ação ou omissão, causou o dano. Às vezes, isso não é possível, por se tratar de culpa anônima<sup>3</sup>.

No que diz respeito ao conceito, ou, para conceituar a responsabilidade patrimonial do Estado, é interessante primeiramente mostrar algumas definições dos mais renomados autores que cuidam do tema na doutrina administrativa nacional. Vale a pena citar Meireles (1996, p. 560), quando aponta:

Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor um dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Observando melhor a definição do autor acima citado, conforme teremos oportunidade de demonstrar no próximo capítulo, percebe-se que ele não menciona de que maneira o dano promana, se por ação ou omissão. No nosso entender, a menção de tais condutas é indispensável em qualquer definição de responsabilidade patrimonial da Administração, uma vez que, como existe polêmica doutrinária sobre isso, é importante saber, pela definição, como o autor se comporta diante da controvérsia causada pela omissão.

Gasparini (2004, p. 869) conceitua a responsabilidade patrimonial do Estado como sendo:

(...) a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico que lhe seja imputável.

---

<sup>3</sup> A culpa anônima é verificada em situações em que há multiplicidade de possíveis responsáveis sem que se saiba com exatidão a quem atribuir diretamente a responsabilidade pelo dano causado.

Para Justen Filho (2005, p. 792), a responsabilidade civil do Estado “(...) consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.

Mello (2003, p. 852) traz o seguinte conceito:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Por fim, vale ainda apresentar a definição da Prof<sup>a</sup>. Di Pietro (2005, p. 562), que assim afirma:

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos imputáveis aos agentes públicos.

Diante dos conceitos acima expedidos, pode-se afirmar que entre eles, à exceção de Meireles, que não se pronuncia sobre o tema, existe um ponto em comum quando afirmam que a responsabilidade estatal é possível não só diante de condutas comissivas, mas também omissivas. Para este trabalho, ou seja, para os argumentos que apresentaremos, a omissão é o ponto central da discussão. Sendo assim, no momento oportuno, o conceito de omissão será pontuado para melhor sustentar nossos argumentos.

Conforme se percebe dos conceitos acima transcritos, a maioria afirma que a responsabilidade estatal pode advir de comportamentos lícitos e também de comportamentos ilícitos e, dessa forma, pode-se afirmar, juntamente com Gasparini (2004), que a responsabilidade civil do Estado tem duplo fundamento.

Quando a responsabilidade patrimonial do Estado estiver calcada em comportamento lícito, o fundamento, conforme já explicitou o Supremo Tribunal Federal - STF (*RDA 190*, p. 194), é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados. Assim, todos os contribuintes concorrerão para a reparação do dano, mesmo que este seja oriundo de obra ou serviço de interesse público. O próprio prejudicado está obrigado a arcar igualmente com esse

ônus, visto que, em última instância, a indenização será paga com o dinheiro arrecadado dos tributos pagos pelos contribuintes indiscriminadamente, entre os quais se insere o prejudicado.

No que concerne à responsabilização por ato ilícito, ou seja, aquela decorrente de infração a preceitos legais, o fundamento é o simples desrespeito à norma legal. Tal distinção é importante quando se leva em conta o exercício do direito de regresso<sup>4</sup> contra o causador do dano, uma vez que isso só é possível quando o fundamento da reparação estiver calcado em comportamento ilícito do agente estatal, conforme ficará esclarecido a seguir.

Para este trabalho, o fundamento distintivo da responsabilização não é relevante, visto que se trata de concentrar-se na omissão, seja ela lícita ou ilícita. Entretanto, a ilicitude será o fundamento da possibilidade da ação regressiva do Estado em direção ao agente causador do dano, em função da sua omissão, quando podia e devia agir e assim não o fez.

---

<sup>4</sup> O direito de regresso nasce para aquele que fora obrigado a indenizar outrem não por ter causado diretamente o prejuízo, mas sim, por que outrem o deixou naquela situação indenizatória. Desta forma quem indeniza tem a faculdade de movimentar ação regressiva contra quem o deixou naquele estado.

## ***1.2 Evolução histórica: matrizes teóricas sobre a responsabilidade patrimonial do Estado.***

Apresentamos neste tópico as matrizes teóricas da responsabilidade patrimonial do Estado, apontando, conforme discutimos anteriormente, que existe uma tendência “evolutiva” cada vez mais acentuada pela maior responsabilização dos atos de Estado.

A partir das revoluções burguesas<sup>5</sup> na Europa e nos Estados Unidos, a responsabilidade patrimonial do Estado vem sofrendo uma evolução positiva constante. Saiu-se do Estado irresponsável ou da irresponsabilidade do Estado para a teoria civilista e, posteriormente, para a teoria publicista, conforme o quadro abaixo:

TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO		
Teoria da irresponsabilidade		
Teorias civilistas	Teoria dos atos de império e de gestão Teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva	
Teorias publicistas	Com culpa	Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público
	Sem culpa	Teoria do risco administrativo ou responsabilidade objetiva Teoria do risco integral

### **a) - Teoria da Irresponsabilidade**

Pelo princípio da irresponsabilidade não havia que se falar em responsabilidade do Estado tanto por ação direta deste na figura do Rei ou Imperador, ou então por meio da ação de seus agentes. De acordo com Gasparini (2004), o período da irresponsabilidade assim se explica:

A fase da *irresponsabilidade civil do Estado* vigorou de início em todos os

---

<sup>5</sup> As rebeliões liberais burguesas, das quais as duas principais, a francesa de 1789, e a Revolução de Independência norte americana de 1776, marcaram a transição do Estado Absolutista, para o Estado liberal de direito.

Estados, mas notabilizou-se nos absolutistas. Nestes, negava-se tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados. Seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males ou danos a quem quer que fosse. Era expressado pelas fórmulas: “Le roi ne peut mal faire” e “The King can do no wrong”, ou, em nossa língua: “O rei não pode fazer mal” e “O rei não erra”.(p. 24)

Conforme pondera o autor, a irresponsabilidade é atributo primário do surgimento dos Estados, tendendo cada vez mais a desaparecer. Reforçando ainda o que foi este período, é importante transcrevermos o que aponta Moreira Neto, (2005, p. 587):

Nos primórdios do Estado, predominou a *irresponsabilidade*, uma óbvia decorrência do absolutismo dominante, que colocava os soberanos acima das leis. Monarcas e seus agentes não respondiam pelos danos causados aos súditos e, até recentemente a Inglaterra ainda adotava esta teoria, sintetizada na conhecida máxima “The king can do no wrong”.

Portanto, quem estava no poder não admitia a responsabilidade, ou então que pudesse errar. Alguns monarcas se consideravam representantes divinos. Desta forma, por maior que fosse o prejuízo causado aos súditos, não poderiam estes reclamar da divindade ressarcimento por eventuais prejuízos.

## **b) - Teorias civilistas**

### **b.1) - Teoria dos atos de império e de gestão**

Com a superação do Estado Absoluto e o aparecimento do Estado Liberal<sup>6</sup>, a irresponsabilidade do Estado sofreu o seu primeiro abalo quando os administrados, vítimas da Revolução Francesa, começaram a questionar a responsabilidade do Estado Francês pelos prejuízos que tinham sofrido em virtude das comoções que o Estado não conseguira conter. Isto o obrigou a adotar os princípios do Direito Civil, apoiados na idéia da culpa, ou seja, houve um abrandamento da irresponsabilidade, fazendo-se uma distinção entre atos de império (manutenção da ordem pública) e atos de gestão (atividade

---

<sup>6</sup> Entendemos por Estado Liberal, aquele de caráter não intervencionista. Ou seja, é aquele que tem como princípio a livre organização do mercado com o mínimo de intervenção estatal.

administrativa propriamente dita), surgindo a teoria dos atos de império e de gestão.

Explicando melhor o que vem a ser atos de império e atos de gestão, Di Pietro (2005, p. 562) assim ensina:

Numa primeira fase distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os **atos de império** e os **atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateralmente 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;

Assim sendo, o Estado só seria responsável pelos atos de gestão, continuando sem se responsabilizar pelos atos de império. Foi, sem dúvida, uma evolução. É a partir daí que a teoria da responsabilidade com culpa do agente (civil ou subjetiva) começa a entrar em formação.

## **b.2) - Teoria da culpa civil**

Ainda dentro das teorias civilistas, a teoria da culpa civil, inspirada no liberalismo, equiparava o Estado ao particular, para efeitos de indenização, procurando um agente culpado para justificar a responsabilidade. No caso, o fator principal para a responsabilização do Estado era a presença de uma conduta culposa do agente, pessoas físicas prestadoras de serviço em nome do Estado.

Para melhor entendermos os mecanismos de funcionamento de tal teoria, nós nos escoramos nos ensinamentos de Gasparini (2003, p. 872): “O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo ao Estado”.

Sem a demonstração de culpa do agente estatal por parte daquele que sofrera o dano, nada seria apurado e, portanto, nenhuma reparação seria devida, uma vez que os conceitos de culpa (negligência, imperícia, imprudência) ou dolo (vontade deliberada de praticar o dano) seriam os mesmos dos do Direito Civil.

### **c) - Teorias publicistas**

Observe-se que até agora a responsabilidade patrimonial do Estado vem sendo tratada pelo direito privado, melhor dizendo, sem o caráter público que ela merecia desde que surgiu. Porém, com a evolução histórica, surge o Estado Social ou Estado Intervencionista<sup>7</sup>, cujo objetivo era o de intervir no domínio econômico e na propriedade para superar as mazelas sociais causadas pelo Estado Liberal. A idéia do Estado Mínimo<sup>8</sup> que comparava o Estado com o particular em direitos e obrigações já estava superada e é aí que a responsabilidade patrimonial do Estado começa a ganhar novos contornos.

As crescentes necessidades sociais reclamavam uma presença maior do Poder Público como prestador de serviços, o que fez com que este se avolumasse. Essa hipertrofia fez surgir ramo do direito específico para cuidar da atividade administrativa do Estado – o Direito Administrativo – enquanto que ao Direito Constitucional coube reger a organização do Estado.

No tocante à responsabilidade patrimonial, não havia distinção entre o direito público e o privado. A teoria civilista foi suficiente para reger o tema até que o Estado se avolumou. Com esse agigantamento estatal, surgiu a necessidade de diferenciar um do outro, e é nesse contexto que começaram a surgir teorias específicas para tratar da responsabilidade patrimonial do Estado, que deve ter tratamento distinto do particular.

#### **c.1) Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público**

Considerando a insuficiência da teoria objetiva para atender aos reclamos dos administrados prejudicados com os danos advindos da atuação estatal, a teoria da culpa administrativa, ou do serviço público, aparece como forma de transição entre a teoria ou tese da doutrina subjetiva e a tese objetiva do risco administrativo:

---

<sup>7</sup> Fazemos referência à intervenção do Estado na economia. E, como é de costume, ainda que a nossa discussão esteja circunscrita à realidade brasileira, tomamos como modelo o Estado de Bem Estar Social Europeu e Norte-Americano. Por mais que o dito Estado de Bem Estar não existiu no Brasil, também aqui se verificou a forte e marcante presença do Estado com o advento dos sucessivos governos de Getúlio Vargas.

<sup>8</sup> Estado Mínimo como contraposição ao Estado de Bem Estar ou Estado Intervencionista. Momento em que o Estado passa a discutir o déficit público e fiscal, apontando cada vez mais para a livre composição do mercado, e para o arrefecimento das garantias e direitos sociais.

*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*. (MEIRELES, 1997, p. 562)

Percebe-se por essa nova maneira de encarar a responsabilidade patrimonial do Estado, que não é mais necessário identificar com precisão quem ou qual é o servidor causador direto do dano, e se o causou com dolo ou culpa. Para melhor compreensão do que estamos falando é importante a afirmação de Bahia (1995, p. 25):

Na culpa administrativa, a responsabilidade passou a ser direta, por parte do Estado, atendidas as provas de existência do dano, da conduta culposa por parte de um funcionário determinado e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Tanto bastava para o Estado ser responsabilizado. Logo percebeu-se, contudo, que em algumas oportunidades era impossível determinar, com precisão, qual o funcionário responsável pela conduta danosa. Sabia-se que o dano advinha do serviço, havendo sido produzido por ação ou omissão de um funcionário qualquer. Mas não se conseguia reunir elementos suficientes para identificar o agente causador do dano.

Por essa nova teoria, a responsabilidade fundada na culpa apenas do servidor estendeu-se para a culpa do serviço, bastando, a partir de agora, que o administrado prejudicado pela culpa do serviço reclamasse do Estado a indenização suficiente, sem se indagar de quem era a responsabilidade do dano. “Culpa do serviço”, nos dizeres de Duez, se exterioriza pela inexistência do serviço, mal-funcionamento do serviço ou retardamento do serviço (MEIRELES, 1997, p. 562), ou seja, a causa de qualquer uma dessas manifestações é a omissão.

## **c.2) Teoria do risco administrativo**

Segundo essa teoria, tanto a culpa do agente quanto a do serviço são totalmente desprezadas. Por ela, basta apenas a existência de um serviço público e que tal serviço tenha sido suficiente para provocar um dano, independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento estatal. Nesse sentido, vale lembrar o ensinamento de Meireles (1996, p. 563):

Adverta-se, contudo, que a teoria do *risco administrativo*, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o *risco administrativo* não se confunde com o *risco integral*. O *risco administrativo* não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

Ainda merece consideração o que diz o professor Gasparini (2003, p. 874):

Por essa teoria, a obrigação de o Estado indenizar o dano surge, tão-só, do ato lesivo de que ele, Estado, foi o causador. Não se exige a culpa do agente público, nem a culpa do serviço. É suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado. A culpa é inferida do fato lesivo, ou, vale dizer, decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados. Esse rigor é suavizado mediante a prova, feita pela Administração Pública, de que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou de que este não teve origem em um comportamento do Estado (foi causado por um particular). Essas circunstâncias, conforme o caso, liberam o Estado, total ou parcialmente, da responsabilidade de indenizar.

Não se poderia deixar de mencionar também Mukai (2004, p. 524), quando diz:

Diferentemente da teoria da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo não depende da demonstração da falta de serviço ou da culpa subjetiva do agente administrativo, mas tão-somente do fato danoso decorrente da sua ação ou omissão.

Diante das postulações acima transcritas, existe a obrigação do Estado de indenizar todas as vezes em que for causador de um dano, tenha ele, ao causá-lo, desrespeitado a lei ou, mesmo que tenha agido de forma lícita, tiver provocado dano, oriundo da sua conduta. Percebe-se também que a conduta pode ser praticada por ação ou omissão, uma vez que, sendo causa do dano, está presente a obrigação de indenizar. Por último, é importante observar também que, independentemente de se identificar de imediato o causador direto do dano, o Estado é responsável mesmo nos casos de culpa anônima, ou seja, não é necessário identificar o agente responsável. Tal teoria é, por excelência, a que melhor se ajusta ao moderno Estado de Direito. Sendo a atividade estatal uma atividade de risco, nada mais justo que o ente estatal se responsabilize por ele.

Vejamos Ferreira Filho (2003, p. 236) que, de forma clara e precisa trata, do tema em questão:

Preocupou-se ainda a Constituição vigente com o problema da responsabilidade do funcionário pelos danos que cause a terceiro no exercício de suas tarefas. Adotou a esse propósito o princípio da responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, atribuindo-lhes a obrigação de ressarcir os danos sem indagar da culpa ou dolo do agente. Todavia, o Estado e as demais pessoas mencionadas recuperarão o que pagarem se o funcionário se houve com dolo ou culpa.

Silva, (2001, p. 658), aponta:

O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta o do ônus de tal prova, basta comprove o dano causado e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar.

Vale a pena lembrar que, em relação a tudo o que foi dito acima, o Estado poderá eximir-se da indenização demonstrando culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

### **c.3) Teoria do risco integral**

Tendo em vista a evolução das teorias, o último estágio a que se chegaria é a teoria do risco integral, segundo a qual o Estado seria responsabilizado pelos danos causados em qualquer evento em que estivesse envolvido, sem existir a mínima possibilidade de se indagar a culpa exclusiva da vítima no evento, o caso fortuito ou a força maior. É bastante, para essa teoria, a presença do Estado no evento danoso, sem qualquer outro questionamento.

Percebe-se que as teorias foram evoluindo da irresponsabilidade total, passando por níveis de responsabilização, variáveis de acordo com a verificação da culpa da administração, até em casos em que não era necessário demonstrar a culpa da administração, chegando à responsabilização integral, em que não há qualquer indagação a respeito da culpa. Esse último estágio de responsabilização é considerado

injusto pela doutrina e nunca foi adotado em qualquer país.

A teoria do risco integral não deve ser confundida com a responsabilização objetiva que decorre do risco da atividade administrativa. O Estado deve ser responsabilizado pelo risco da atividade que desenvolve segundo a teoria do risco administrativo. Entretanto, essa teoria admite a exclusão de culpabilidade nas hipóteses levantadas no item anterior. Na teoria do risco integral a responsabilização não seria afastada em nenhuma hipótese, portanto, teoria injusta que conduz ao absurdo e que deve ser rechaçada.

Reforçando o que foi dito cabe transcrever o texto de Mukai (2004, p. 525), no mesmo sentido:

Esta teoria admite a responsabilização da Administração diante de todo e qualquer dano suportado pelo particular, independentemente da constatação da culpa ou dolo da vítima. Assim, ainda que o particular tenha dado ensejo ao dano por ele sofrido, caberá à Administração indenizá-lo.

Conforme se verifica a partir da evolução destas matrizes teóricas identificadas, e às vezes até confundidas dentro de um mesmo período histórico, existe uma marcante tendência cada vez mais acentuada pela admissão e configuração da responsabilidade do Estado e do serviço público. É nesse mesmo sentido que cada vez mais se eliminam resquícios da irresponsabilidade ou de dispositivos que muitas vezes permitiam evocá-la.

### **1.3 A responsabilidade patrimonial do Estado no Brasil: entre Colônia, Império e República.**

Faremos aqui uma rápida retomada histórica do tema da responsabilidade patrimonial do Estado no Brasil, compreendida dentro de três períodos históricos: período colonial, Império e República.

Grande parte dos administrativistas, a exemplo de Gasparini (2003), Meirelles (1996) entre outros, afirmam que no Brasil a teoria da irresponsabilidade nunca foi aplicada. Faz em referência apenas ao Brasil pós-Independência, pois, durante o Brasil Colônia, o que prevalecia era a teoria da irresponsabilidade.

O tema da responsabilidade patrimonial do Estado no Brasil apenas começa a ganhar relevância e discussão a partir da Constituição outorgada<sup>9</sup> por D. Pedro I, em 1824, quando então em seu artigo 179, inciso XXIX, transcrito com a ortografia oficial da época, afirmou:

Os empregados públicos são estrictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não se fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

Podemos assim identificar um considerável avanço sobre o tema uma vez que no período colonial a legislação aplicada eram as Ordenações Filipinas<sup>10</sup>. Tais ordenações não admitiam qualquer responsabilidade do Estado por qualquer prejuízo causado aos súditos. Ou seja, o absolutismo na época era avesso a qualquer responsabilização. Pois, durante o Brasil Colônia<sup>11</sup>, o que prevalecia era a teoria da irresponsabilidade, uma vez que o texto constitucional supra transcrito estabelecia a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, ou seja, a responsabilidade por eventual dano era pessoal. Sendo assim, recaía apenas sobre o servidor ou servidores que comprovadamente causassem algum dano aos administrados. Quanto ao imperador, este continuava imune a qualquer responsabilidade, pelo que deflui da leitura do artigo 99 da Carta Constitucional feita

---

<sup>9</sup> Constituição Outorgada é aquela escrita e promulgada de acordo com a vontade de quem está no poder, sem consulta ou participação popular alguma.

<sup>10</sup> Legislação absolutista compilada por Felipe II, Rei da Espanha.

<sup>11</sup> Brasil Colônia: Período que vai do “descobrimento do Brasil” em 1500, até 1815, quando por ato do Rei Dom João VI, o Brasil é elevado à condição de Reino Unido.

pelo imperador: “A pessoa do imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma.” Portanto, a Carta Constitucional de 1824 instituiu o princípio da responsabilidade dos agentes públicos, sem consagrar a responsabilidade patrimonial do Estado.

Conclui-se assim que, após a Independência, o avanço que tivemos em termos de responsabilidade não foi exatamente a da responsabilidade do Estado como pessoa jurídica<sup>12</sup>, mas sim, dos servidores que prestavam serviços a ele. A Constituição Republicana de 1891 em seu artigo 82, transcrito com a ortografia oficial da época, diz:

Os funcionários públicos são estrictamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilisarem effectivamente os seus subalternos.

Percebe-se, pela transcrição, que o artigo repetiu quase que *in totum* aquilo que já dizia o inciso XXIX do art. 179 da Carta Imperial de 1824. Reafirma assim a responsabilidade apenas dos funcionários públicos quando agissem com abusos e omissões no desempenho de seus cargos ou funções. Portanto, não houve avanço significativo nesse período, embora a Constituição de 1891 tenha sido votada no início do período republicano. Nenhuma preocupação havia em responsabilizar o Estado como pessoa jurídica pelos atos de seus agentes. Nesse sentido, podemos afirmar que até o advento do Código Civil de 1916, e particularmente no artigo 15, não existiu no Brasil nenhuma norma geral sobre responsabilidade patrimonial do Estado. É a partir daí que fica demonstrada positivamente a preferência do legislador da época pela adoção da teoria subjetiva<sup>13</sup>, aqui transcrita:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

---

<sup>12</sup> Por ser distinta de pessoa física, uma vez que esta passa a existir com vida, ou seja, com o nascimento, pessoa jurídica, passa a existir com a inscrição do seu ato constitutivo no registro peculiar. Considera-se ainda que a vontade da pessoa jurídica se exterioriza através da pessoa física que a ela presta serviços. Porém a pessoa jurídica criada pelo Estado tem como ato constitutivo a sua lei de criação.

<sup>13</sup> Ainda que o tema e as linhas teóricas sejam tratados adiante, vale ponderar que nos referimos aqui a “teoria subjetiva” como responsabilidade civil subjetiva do Estado. Ou seja, em que a configuração da responsabilidade advém da verificação de cada caso em particular. A responsabilidade do Estado se caracteriza apenas quando verificado e comprovado dolo ou culpa do agente estatal.

A responsabilidade subjetiva agasalhada pelo artigo 15 do Código Civil de 1916 vigorou, disciplinando a responsabilidade patrimonial do Estado no Brasil, até a promulgação da Constituição de 1946 que, em seu artigo 194, apontava: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Seguindo, o parágrafo único do referido artigo, assim se posiciona: “Caber-lhes – á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

A consagração da teoria objetiva no texto constitucional de 1946 provocou radical mudança no panorama da responsabilidade patrimonial do Estado. O texto constitucional deu vida àquilo que desde o final do século XIX já era aclamado pelos doutrinadores do assunto. É a partir de então que se consagra a teoria da responsabilidade objetiva.

A partir daquele instante o administrado que viesse a sofrer um dano cujo causador fosse o Estado, bastaria apenas demonstrar o dano e o nexó entre o evento danoso e a conduta estatal, não havendo mais necessidade de demonstrar culpa ou dolo ou se o ato era lícito ou ilícito. Transferiu-se, dessa forma, para o Estado o ônus de provar que o dano só se verifica em virtude de caso fortuito ou de força maior conforme se verá a seguir, ou em razão de culpa exclusiva do administrado. A não demonstração desses fatores passa a implicar a obrigação inexorável de reparação do dano, quer tenha sido este causado por ação ou por omissão do ente público.

Nas Constituições que se seguiram, vejamos o art. 105 da Constituição de 1967: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários nessa qualidade causem a terceiros”. Seguindo, o parágrafo único do referido artigo, assim se refere: “Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

A Constituição que sucedeu àquela de 1967 foi a de 1969, que, em seu art. 107, assim se refere: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Seu parágrafo único aponta “Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

Portanto, as duas Constituições que seguiram a de 1946, aquela de 1967, a de 1969, não trouxeram qualquer alteração no que diz respeito à responsabilidade objetiva do Estado. Isso significa que estava a partir daí cristalizada, via Constituição a

responsabilidade patrimonial objetiva do Estado. Um avanço extraordinário no ordenamento jurídico nacional, conforme dizeres de Meirelles (1996, p. 565):

Só louvores merece a nova diretriz constitucional, mantida na vigente Constituição (art. 37, §6º), que harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda, pela hipertrofia dos privilégios estatais.

Conforme se percebe, a teoria da responsabilidade objetiva atende de pronto às novas demandas e relações sociais. Por outro lado a teoria da responsabilidade subjetiva, por mais que ainda tenha e produza acólitos, tende a ser identificada com um momento histórico em que a ascensão do liberalismo econômico dependia sempre da eliminação ou diminuição da intervenção do Estado.

#### **1.4 A responsabilidade patrimonial do Estado (artigo 37, §6º da Constituição de 1988 e artigo 43 do Código Civil de 2002).**

Conforme já tivemos oportunidade de ver, a responsabilidade patrimonial do Estado passa, desde o seu aparecimento, por uma evolução constante. Faria (2001, p. 511), quando justifica a crescente responsabilização do Estado, justifica-o da seguinte forma:

De fato, o Estado, no exercício de suas atividades materiais e na tentativa de promover o bem-social, se expõe, involuntariamente, em relação aos administrados, podendo causar danos materiais a pessoas físicas e jurídicas ou mesmo causar lesões corporais e até homicídio às primeiras. Essa possibilidade potencial de lesão ou de injustiça é que fundamenta a teoria da culpa objetiva que reconhece a culpa do Estado e lhe atribui o dever de indenizar a vítima.

Atualmente, em sede de responsabilidade civil, as teorias publicistas citadas acima passam também por uma efervescência, buscando seu ajuste. Por isso a doutrina e a jurisprudência são dissentes, causando uma grande polêmica em torno do tema, tornando assim difícil para os estudiosos da responsabilidade patrimonial do Estado se filiarem de forma radical a qualquer uma delas. A conveniência do instante é que faz com que, diante do caso concreto, se estabeleça uma posição mais consentânea com uma das teorias dispostas.

Prosseguindo a nossa análise sobre as teorias que podem ser aplicadas diante da existência de um dano provocado pelo Estado, no Brasil de hoje quem disciplina o assunto é o § 6º do artigo 37 da CF, que assim determina:

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.

Quando o texto constitucional diz que os danos devem ser atos de agentes estatais no desempenho de suas funções, é interessante citar Meirelles (1996, p. 566) que assim elucida o termo:

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo *agente*, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade

civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.

Analisando melhor a qualidade de agente exigida pelo texto constitucional, é importante observar que, muitas vezes é difícil saber se o agente estava ou não vestido com a roupagem do Estado quando causou o dano. Isto porque o fio condutor que liga o agente ao Estado, pela qualidade que lhe é atribuída, é muito tênue e quase imperceptível, requisitando do interessado em demonstrar essa ligação perquirir no psiquismo do servidor se tinha ânimo em agir nessa qualidade, o que pode ser feito pela demonstração de gestos ou condutas que às vezes deixam rastro de que, mesmo não estando no exercício aparente do cargo, emprego ou função<sup>14</sup>, agiu em razão dela. Nesse sentido, é muito esclarecedor o ensinamento de Gasparini (2003, p. 887):

É imprescindível que o agente esteja no desempenho de seu cargo, emprego ou função pública na entidade a que está vinculado (*RT*, 715: 258). Sendo assim não responde o Estado por dano causado por alguém que não é seu agente ou que, embora o seja, não esteja, por ocasião do dano, no desempenho das atribuições do seu cargo.

Cumprindo observar que essa qualidade pode ser atribuída também ao servidor de fato ou irregular<sup>15</sup>, uma vez que, de certa forma, a administração lucra com o seu desempenho e não seria justo o prejudicado arcar com prejuízos em virtude da falta de atuação da administração na identificação precisa de seus servidores.

Por outro lado, é importante salientar também que o dispositivo diz “pessoas jurídicas de direito público”, isto significa, neste caso, apenas as pessoas jurídicas de direito público interno, ou seja, aquelas mencionadas no artigo 41 do Código Civil de

---

<sup>14</sup> Por cargo, entendemos como o espaço de atribuições ocupado pelo servidor que desempenha suas atividades previstas na lei que criou o cargo junto aos órgãos públicos ou entidades autárquicas, tendo o seu sistema de trabalho em tese disciplinado por um regime jurídico único. Emprego também deve ter criação legal, porém, o ocupante irá exercer as suas atividades em uma empresa pública, ou em uma sociedade de economia mista, tendo esta relação de trabalho com o Estado, disciplinada pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho; Já função pura e simples e de forma isolada é aquela desempenhada pelos servidores que, na forma do artigo 37, IX, foram contratados por tempo determinado, ou seja, não integram o quadro permanente de servidores do Estado, podendo ter esta relação de trabalho disciplinada pela CLT, ou pelo regime jurídico único.

<sup>15</sup> Trata-se daquele agente que, de forma ilegítima, executa ato relativo à função pública, de natureza gratuita ou remunerada, na qual não está legalmente investido.

2002, que apontam:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Quando o dispositivo menciona “pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”, no caso, só pode estar se referindo às empresas públicas e sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado governamentais), criadas por lei para prestar serviços públicos e às concessionárias e permissionárias (pessoas jurídicas de direito privado não-governamentais) contratadas via processo licitatório para prestar serviço público em nome do Estado. Para isso, vale citar o entendimento de Mukai (2004, p. 526) quando afirma que:

A interpretação do dispositivo não dá margem a dúvidas. A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes a terceiros é *objetiva*, isto é, independe da apuração de dolo ou culpa do agente.

Portanto, a responsabilidade objetiva que encerra o mencionado parágrafo aplica-se a todas elas. Desta forma, de acordo com Justen Filho (2005), estão excluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista criadas por lei para desempenharem atividade econômica, uma vez que o serviço que prestam é atípico, portanto, regido pela lei da oferta e da procura e, assim sendo, a sua responsabilidade é disciplinada pelo regime jurídico próprio da responsabilidade civil privada.

Ainda deve ser levado em consideração, no que concerne à responsabilidade civil do Estado, o artigo 43 do Código Civil de 2002:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Quem melhor explica isso é Di Pietro (2005, p. 567) afirmando que “de certa forma, o Código Civil - CC de 2002 está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”. Esse descompasso entre o texto do Código Civil mutilado em

relação ao texto constitucional se deve ao fato de que, provavelmente, o dispositivo civil tenha sido escrito antes do texto constitucional, embora sua vigência tenha se verificado posteriormente, uma vez que o Código Civil atual ficou por quase 30 anos em discussão e a Constituição Federal foi votada e aprovada durante esse interregno.

## **Capítulo II - Responsabilidade Patrimonial do Estado: elementos, reparação e exclusão.**

### **2.1 Elementos da responsabilidade patrimonial do Estado.**

Se, no primeiro capítulo, apresentamos e discutimos a origem e a evolução histórica sobre o tema da Responsabilidade Patrimonial do Estado, neste segundo capítulo passaremos a tratar das características gerais que a compõem. Evidentemente que não nos ocuparemos em discutir a celeuma que ainda permanece em torno das teorias, objetiva e subjetiva, mesmo porque não é tema do nosso trabalho, e, portanto, não há espaço para promover o debate neste momento.

Passaremos então aos elementos que compõe a responsabilidade patrimonial do Estado bem como a obrigação da reparação do dano e a exclusão da responsabilidade, tendo como marco de interlocução mais a teoria objetiva. São necessários alguns elementos essenciais e indispensáveis para que, segundo a legislação e normatização vigente, ocorra a responsabilidade patrimonial do Estado, e, portanto, a obrigação de indenizar.

Para que se configure a responsabilidade patrimonial do Estado, é imperiosa a existência de quatro elementos fundamentais básicos que passamos a elencar:

- a) A existência do dano.
- b) Os sujeitos ativos ou passivos desse dano.
- c) A conduta do Estado seja ela positiva ou negativa.
- d) O liame causal entre o dano, os sujeitos e a conduta da administração pública.

A falta de qualquer desses elementos não configura a responsabilidade e, portanto, exclui o dever de indenizar. Ou seja, é imperativo não a verificação de um ou alguns, mas a configuração objetiva destes quatro elementos essenciais.

Melhor dizendo, é necessário que de fato ocorra o dano; e que haja um sujeito ativo e outro passivo, ou seja, quem produz e quem sofre o dano. Evidentemente, em se tratando do Estado é imprescindível que haja uma conduta por parte deste. Conduta positiva, ou negativa, agindo por ação, ou por omissão. É imprescindível ainda que haja

conexão, liame, entre ação ou omissão do Estado causador ou concorrente do dano, com a efetiva ocorrência deste.

## 2.2 Características do dano reparável

Para inaugurarmos este item do nosso trabalho sobre o que entendemos por dano e como este se posiciona no estudo da responsabilidade patrimonial, lembramos as marcantes colocações de Dias (1995 p. 713):

O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar este princípio, por que, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar.

Do ponto de vista etimológico é importante também revermos o que diz De Plácido e Silva (1984, p. 02), quando apontam que dano deriva do latim *damnum* e significa, genericamente: “(...) todo *mal* ou *ofensa* que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio”.

Para o desenvolvimento do nosso trabalho é importante mostrar que em matéria de dano existem classificações bastante conceituais para a sua explicação. Para tanto vale a pena transcrever o que diz Bittar (2001 p. 23):

São pessoais, pois, os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas projeções na sociedade, como, por exemplo, as lesões ao corpo, ou a parte do corpo (componentes físicos), ou ao psiquismo (componentes intrínsecos à personalidade), como a liberdade, a imagem, a intimidade. São morais os danos e atributo valorativo (virtudes), da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade; vale dizer, dos elementos que a individualiza como ser, como a honra, a reputação, as manifestações do intelecto. São patrimoniais os prejuízos de cunho econômico, causados por violações a bens materiais (corpóreos) e a direitos (incorpóreos) que compõe o acervo da pessoa.

Havendo perda ou diminuição econômica ocorrida no patrimônio, isso será dano patrimonial. É importante ressaltar que o conceito de dano sempre está ligado à idéia de prejuízo, de lesão causada por terceiro. É a partir de então que devemos perguntar se, uma vez constatado o dano, ele foi capaz de gerar responsabilidade. Isso porque, como vimos anteriormente, a responsabilidade está sempre ligada à idéia de dano, mas nem

todo dano gera responsabilidade, ou seja, nem todo dano comporta responsabilização. Sobre este ponto lembramos Bittar (2001, p. 25):

Outrossim, excepcionados os casos previstos em lei quanto a dano justo. Deve-se, ainda, salientar que os provenientes de forças da natureza e do acaso também não são suscetíveis por si de propiciar indenização ao lesado. Assim, por exemplo, inundações, queimas, destruições ou perdas, pessoais ou materiais, decorrentes de fenômenos naturais ou do fortuito, são suportadas pelos próprios interessados.

Sobre o texto citado é importante aduzir que o dano que não gera responsabilidade é aquele que por si só produziu resultado sem conexão com nenhuma outra causa próxima ou remota.

No tocante à relação entre dano e responsabilidade civil, vale ponderar as colocações de Gagliano e Pamplona Filho (2003 p. 39): “Indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil”. Pois há responsabilidade, desde que tal dano seja passível de reparação.

Portanto, para que o dano que enseja reparação se configure é necessário que ele preencha certas características, conforme aquelas citadas por Gasparini (2004 p. 877):

a) - **Certeza**: o dano deve ser real, efetivo, aferível e presente. Assim, o dano eventual está excluído, de modo que não merece punição a simples exposição ao perigo. O dano, para que seja reparável, deve ter ocorrido efetivamente e deve ser aferido, para que se possa determinar o *quantum* indenizatório.

b) - **Especialidade**: deve atingir a vítima ou vítimas determinadas. Se for dano geral, então se trata de ônus comum à vida em sociedade.

c) - **Anormalidade**: os inconvenientes corriqueiros da vida em sociedade não merecem reparo, de modo que somente serão reparados os danos excepcionais.

d) - **Situação protegida pelo Direito**: o dano deve atingir uma atividade lícita, visto que, se a própria atividade ilícita não merece guarida judicial, quiçá qualquer prejuízo que seja causado a essa atividade.

e) - **Valor economicamente apreciável**: em razão dos princípios fundamentais de direito<sup>16</sup>, a indenização de valor econômico irrisório não tem sentido.

Por último, quanto à sua origem, podem ser três os tipos de dano:

- a) - Dano *aquiliano*: origina-se de atos ilícitos.
- b) - Dano contratual: fundado na ofensa a uma obrigação contratual.
- c) - Dano extracontratual: advém de atos lícitos e não contratuais que devem ser reparados em virtude de previsão legal.

Sintetizando o que acima foi pontuado, vale ponderar as colocações de Justen Filho (2005, p. 795) quando assim se expressa a respeito do evento danoso:

O dano material consiste na redução da esfera patrimonial de um sujeito, propiciando a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade. O dano moral é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia.

No nosso trabalho perseguiremos, como acreditamos já deve ter ficado suficientemente claro, os atributos do dano material, ou seja, aquele que provoca perda ou diminuição econômica ocorrida no patrimônio de quem por ele for atingido. E também o dano moral ou extrapatrimonial, conforme veremos nos dois itens seguintes.

---

<sup>16</sup> São normas elementares, ou, os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. Os princípios fundamentais revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma, traçando assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

### 2.3 O conteúdo da responsabilidade patrimonial por danos materiais

Os princípios que norteiam a responsabilidade pública são insuficientes e, por isso, vem-se abeberar em princípios de Direito Privado<sup>17</sup>, tendo sempre como alvo a busca da justiça, como não poderia deixar de ser num verdadeiro Estado de Direito. Sendo a indenização preceito inerente tanto ao Direito Público<sup>18</sup> como ao Direito Privado, é evidente que, por ser este último mais antigo e mais solidificado, é nele que o Direito Público vem-se agarrar para preencher eventuais lacunas. Assim, é importante observar o que diz o Código Civil de 2002, no artigo 927, *caput* e seu parágrafo único, que assim prescreve:

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.

Embora no Direito Público, a responsabilidade patrimonial tenha assento diferente do que tem a responsabilidade civil privada, quanto à apuração do dano e à abrangência da reparação, o público e o particular devem ser encarados em patamar de igualdade. Essa indenização deve ser total ou completa, ou seja, deve reparar todas as vertentes do dano contabilizadas, devolvendo o administrado ao *status quo ante*, ou seja, à mesma situação em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso. Caso seja impossível o retorno à mesma situação anterior, a indenização alcançará um valor suficiente para que se possa chegar o mais próximo possível dessa situação. Nesse sentido, os ensinamentos de Gasparini (2003, p. 881):

A indenização do dano há de ser completa. Assim, também é entre nós (*RT*, 690: 149), pois vivemos em um Estado de Direito. Vale dizer, o patrimônio da vítima, como o pagamento, deve permanecer inalterado. Seu valor, antes e depois do dano, deve ser o mesmo. A indenização há de deixar indene o

---

<sup>17</sup> É aquele que regula as atividades ou os interesses do homem, considerado como ser individual. Toma o homem como elemento da sociedade, exigindo dele a solidariedade para com os outros homens.

<sup>18</sup> É o conjunto de leis elaboradas para regular os interesses de ordem coletiva, ou seja, precipuamente a organização das instituições políticas de um país, as relações dos poderes públicos entre si, e destes com os elementos particulares. O Direito Público, regula um interesse direto ou indireto do próprio Estado em que tem vigência, seja para impor um princípio de caráter público e soberano, seja para administrar os negócios públicos, seja para defender a sociedade.

patrimônio do prejudicado; destarte, deve abranger o que a vítima *perdeu* (o dano efetivo, ocorrido, emergente), o que *despendeu* (o que gastou) e o que *deixou de ganhar* (o que deixou de conseguir) em razão do evento danoso.

Está claro também na legislação civil que, em havendo dano, a sua reparação é uma consequência natural. Dessa forma, é importante observar o que preceitua o artigo 402 do Código Civil de 2002, a seguir transcrito:

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

Os desdobramentos do dano material – danos emergentes e lucros cessantes<sup>19</sup> – comportam uma análise mais acurada, conforme já demonstra Justen Filho (2005, p. 792) no seguinte excerto:

A responsabilidade civil do Estado comporta, em primeiro lugar, a indenização por perdas e danos materiais. Isso significa o dever de pagar o valor correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes – vale dizer, aquilo que o lesado perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar.

Corroborando esse mesmo entendimento, vários autores citam os mesmos elementos de recomposição de danos, conforme fica muito claro a partir do texto de Meirelles (1996, p. 570):

A *indenização do dano* deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento.

Tanto o preceito legal quanto a doutrina dominante mostra que existe uma diferença entre os danos emergentes sofridos e os lucros cessantes como consequência do dano, como restará demonstrado a seguir.

Quanto à indenização por dano emergente, vale a pena citar Justen Filho (2005 p. 809):

---

<sup>19</sup> É aquele em que efetivamente a vítima perdeu, e o que ela dispendeu ou gastou; já lucro cessante é o que a vítima deixou de ganhar em consequência direta ou indireta do ato lesivo.

A indenização por danos emergentes abrange tudo aquilo que o lesado perdeu. Em princípio, dever-se-á apurar o valor financeiro da redução patrimonial verificada em virtude do sinistro, impondo-se ao Estado o dever de indenizar o particular pelo valor respectivo. Mas seria possível impor ao Estado obrigação de fazer, consistente em executar prestação necessária à recomposição dos bens no estado anterior (ou arcar com os custos correspondentes).

Levando em consideração que o dano emergente engloba tudo aquilo que o lesado perdeu, o que pode ser reclamado pela vítima varia de caso a caso. Cabe, portanto, exclusivamente ao lesado comprovar, com base na legislação vigente, o *quantum* de redução que houve no seu patrimônio e que deve ser indenizado pela administração causadora do evento danoso.

Pode ser que do mesmo evento surjam ainda lucros cessantes, ou seja, situações em que o lesado deixa de auferir ganhos justamente em virtude do dano provocado pela Administração Pública. O mesmo autor (*id.*, *ibid.*), quando se refere aos lucros cessantes, dessa forma se pronuncia:

A indenização por lucros cessantes compreende tudo aquilo que o lesado deixou razoavelmente de ganhar. Trata-se de uma projeção simulada quanto ao futuro, visando a estimar o montante de resultados econômicos que teria sido percebido se o sinistro não tivesse ocorrido. O Estado será condenado a indenizar o valor dos lucros que o lesado deixou de auferir em virtude do evento danoso. A figura dos lucros cessantes apresenta maiores dificuldades probatórias do que os danos emergentes. Tal deriva da natureza hipotética dos lucros cessantes, diversamente do que se passa com os danos emergentes – que são apreciáveis diretamente, (2005, p. 89).

A dificuldade em comprovar os lucros cessantes se assenta justamente no fato de que estes representam uma projeção para o futuro, uma projeção dos ganhos que o lesado auferiria, caso o dano não se houvesse concretizado. O exemplo concreto pode esclarecer melhor a situação: imagine-se um agricultor ribeirinho que ficou inibido de irrigar sua plantação pelo fato de o local da captação de água ter ficado comprometido em virtude de dano ambiental. Percebe-se que, nesse caso, além dos estragos advindos à plantação que reclamaria replantio (danos emergentes), também ocorreram prejuízos em virtude da não comercialização dos produtos que dali seriam colhidos. Portanto, a indenização deve cobrir todo o período em que a colheita ficou prejudicada. A este último prejuízo se chama lucro cessante.

Por outro lado, é importante ressaltar, ainda, que a demonstração do que seria auferido caso o dano não tivesse ocorrido, fica a cargo de quem sofreu o dano, visto que o Estado não pode ser obrigado a reparar uma situação hipotética irreal. É evidente que a reparação de uma plantação comum tem valor diferente de uma plantação orgânica. Todos estes detalhes devem ser comprovados e considerados no momento da verificação do *quantum* da indenização por meio da liquidação de sentença<sup>20</sup>, prevista nos artigos 475-A a 475-H do Código de Processo Civil.

Acontece, ainda, que esse mesmo dano pode desaguar num homicídio, caso alguém tenha se alimentado com produto danificado de plantação ribeirinha afetada, por exemplo, e tenha vindo a morrer em virtude disso. O Código Civil destaca dispositivo específico para o caso:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Percebe-se, portanto, que indenização deverá ser mais abrangente, agraciando, também, aqueles que dependiam da existência da vítima para sobreviver, os quais, aqui, por via oblíqua, acabam sendo vítimas.

Aos lucros cessantes, devem-se acrescentar, ainda, os juros e a correção monetária, para restabelecer a demora da Administração Pública em reparar os danos. E também os honorários advocatícios e as custas processuais, caso a vítima seja obrigada a requerer o ressarcimento por meio de procedimento judicial.

---

<sup>20</sup> Em ações de natureza condenatória a condenação pode ser genérica ou ilíquida, quando, no momento da sentença, não se pode determinar de modo definitivo as conseqüências do ato ou fato ilícito. Ou ainda, quando o valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Nestes casos procede-se à liquidação de sentença para a apuração precisa do *quantum* devido.

## 2.4 O conteúdo da responsabilidade patrimonial por danos morais

O dano moral, como consequência de um comportamento estatal danoso, pode vir acompanhado do dano material ou subsistir isoladamente. Trata-se de estipular uma determinada quantia que se imagina ser suficiente para restabelecer a vítima da dor moral que sofreu em virtude do dano que lhe foi impingido.

Conforme Cahali (1999), o dano moral pode ser definido como:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Considerando que o termo “moral” é de difícil mensuração, é necessário que quem o reclame demonstre que a possui. Cada pessoa é mais ou menos atingida na sua moral de acordo como ela se manifesta e é vista pelos seus concidadãos. A moral é atingida na medida em que um ato de alguém produz em outrem ódio, mágoa, remorso, melancolia, raiva, decepção etc. A intensidade com que um comportamento danoso atinge uma pessoa provocando tudo isso deve ser analisada de acordo com o caso concreto.

Justen Filho (2005, p.810) apresenta o objetivo de se imputar ao Estado, também a obrigação por indenizar o dano moral sofrido, quando diz que “em princípio a responsabilidade civil por dano moral impõe ao Estado o dever de promover todas as condutas necessárias a neutralizar e a mitigar os efeitos psicológicos adversos gerados pelo evento danoso”.

Passaremos a partir deste momento a analisar tudo aquilo que pode ser considerado como objeto de reparação quando o dano atinge o meio ambiente. Para isso é importante a lição de Custódio (1990, p. 19), quando classifica o dano ressarcível da seguinte forma:

Em princípio, o dano passível de reparação se classifica em dano patrimonial e dano não patrimonial. 1. O dano patrimonial ou material (também chamado dano econômico) é aquele que causa diminuição no patrimônio, ou ofende interesse econômico. 2. O dano não patrimonial ou dano moral é aquele que se refere a bens de ordem puramente moral, como a honra, a liberdade a profissão, o respeito aos mortos. O dano moral, fundamentado em legítimo interesse moral, assume nos dias de hoje, particular importância, notadamente diante das questões de ordem ambiental e cultural. Os notórios fenômenos da poluição ambiental ocasionam a degradação da qualidade de vida no meio ambiente, com reflexos direta e indiretamente prejudiciais à vida, à saúde, à segurança, ao trabalho, ao sossego e ao bem estar da pessoa humana individual, social ou coletivamente considerada.

Pelo visto, os danos morais trazem em si mesmo dificuldades para sua mensuração em pecúnia, conforme os claros ensinamentos de Meireles (1996 p. 571): "A indenização por dano moral também é cabível, mas a dificuldade se apresenta na quantificação do montante a ser pago à vítima ou seus responsáveis".

Essa peculiaridade requer do julgador muita sensibilidade para penetrar no psiquismo do ofendido e perceber a proporção do abalo resultante do dano, para, depois, traduzir isso num valor justo para a recompensa de tal prejuízo. E, dessa forma, através de indenização em dinheiro procurar minimizar os sofrimentos causados. Nesse sentido, os dizeres de Justen Filho (2005, p. 793):

Já a responsabilidade civil por dano moral compreende uma importância destinada a atenuar o sofrimento moral acarretado em virtude de atuação ilícita, com forte conotação de punição. A natureza não econômica do dano moral impede uma avaliação pecuniária precisa, e a indenização visa a fornecer um conforto imaterial ao indenizado – seja em virtude da obtenção de recursos materiais, seja pela constatação da punição imposta ao autor da ilicitude.

Também é importante observar que a indenização por dano moral tem como alvo a punição exemplar daquele que infringiu a lei e provocou abalos do psiquismo humano. Isso significa que, além de compensar o ofendido pelo abalo sofrido, a indenização está impondo uma pena ao causador desses inconvenientes.

Para finalizar vale a pena lembrar que antes, da C.F. de 1988, a doutrina e a jurisprudência brasileira divergiam quanto à reparação do dano moral, porém, com o advento da atual constituição, o art. 5º inciso V reconheceu o dever de indenizar o dano moral quando diz: "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem." E logo em seguida, ainda no art. 5º o inciso X, confirma essa idéia quando assim estabelece: "São invioláveis a intimidade,

a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Hoje a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça ajudou também a pôr fim em toda a polêmica quando estabeleceu: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.”

Assim, toda discussão gerada no passado foi suplantada e é bom lembrar também que a relação de direitos violados que comporta ressarcimento por dano moral esculpido nos incisos supracitados não é em número exaustivo e, sim, exemplificativo, podendo pleiteá-los tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica.

## 2.5 Nexu causal

Conforme foi dito por ocasião da análise da teoria objetiva, para que o lesado obtenha indenização dos prejuízos que sofrera em virtude de ato lesivo estatal, basta demonstrar a existência do dano causado pelo Estado. Mas para isso terá o lesado que demonstrar a relação entre uma coisa e outra, ou seja, o nexu ou a vinculação numa relação de causa e efeito, entre o dano e o comportamento comissivo ou omissivo do Estado.

Ou nos dizeres de Di Pietro (2005, p. 568):

Sendo a existência do nexu de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a **causa** do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, **quando não for a causa única**.

Assim sendo, a indenização só será possível mediante demonstração da prova de que o dano experimentado é decorrência direta ou indireta de uma conduta advinda de agente estatal, independente de ser conduta comissiva ou omissiva, ou, nos dizeres de Justen Filho (2005, p.795):

Deve existir uma relação de causalidade necessária e suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso. [...] É evidente que, se o resultado danoso proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado ou de fato pertinente ao mundo natural, não há responsabilidade do Estado.

Portanto, o nexu de causalidade é o fundamento da responsabilidade civil do Estado. Sem ele, num primeiro plano, não se pode falar em responsabilidade; é ele a sustentação de todo e qualquer pedido indenizatório que se faça perante a Fazenda Pública. É neste sentido que coloca Mukai (2004, p. 528):

Conforme já afirmado, a *teoria da responsabilidade objetiva* do Estado exige da vítima apenas a comprovação do *nexu causal*, isto é, da relação de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo praticado pelo agente estatal, no desempenho de suas funções, e o dano.

Para que se possa falar em responsabilização do Estado e conseqüente reparação de um dano atribuível a ele, é necessário demonstrar a existência de um fio condutor

que leva o dano até o comportamento positivo ou negativo do Estado, ou então de quem o representa. Sem tais requisitos inexistem responsabilidade e, portanto, obrigação de reparação.

Também explicam este vínculo as colocações de Bittar, (2001, p. 13):

Deve, por fim haver vínculo (nexo causal), entre a ação e o evento, de sorte a poder se concluir que o dano proveio do fato do agente. Por outras palavras, cumpre seja esta causa do prejuízo: que exista uma relação, certa e direta, entre o fato desencadeador e o resultado danoso, dentro da teoria denominada “equivalência das condições”. Afastam-se, para o agente, as condições que não sejam hábeis à produção do resultado; vale dizer, as conseqüências que não tenham vinculação com sua ação, ou as que derivem da interferência de causas estranhas (como, por exemplo, a ação da natureza, ou da própria vítima, ou de terceiro estranho, que evitem, desviem ou obstem os resultados da do agente).

Portanto, como se percebe, nexo causal é a sintonia que se estabelece entre o dano e o seu causador, é o traço que indica o percurso entre o dano e a sua causa. Mostra, assim, se o dano é fruto de uma conduta humana ou de eventos da natureza.

## 2.6 Sujeitos do dano

Já ficou demonstrado que, uma vez presente o nexo entre a conduta estatal positiva ou negativa e o resultado danoso, conseqüentemente abre-se para o prejudicado a possibilidade de reclamar, junto à Fazenda Pública, a reparação pelo dano sofrido, reparação essa que pode ser feita de forma espontânea, quando a administração reconhece e aceita recompor o dano pelas vias administrativas, ou pela via judicial por meio de ação própria. Afinal, como diz Cretella Jr. (1990, p. 87)

A característica do Estado de direito é a possibilidade de reintegrar o cidadão em seu patrimônio, quando este é violado, havendo para isso a respectiva *actio*. Como deixar desamparado o administrado, ferido em seus direitos por ato do funcionário, se o Estado é o próprio tutor do direito, o criador, o aplicador e guarda da norma? Como deixar de reparar os danos que ele mesmo produziu?

Após a constatação do dano e da possibilidade de pedir a sua reparação, é importante, a partir daí, analisar as facetas do dano e a maneira de sua possível reclamação e conseqüente indenização. De uma forma genérica, todo dano reclama indenização, e os princípios que a norteiam estão calcados nas orientações do direito comum, tanto para o dano material como para o dano moral.

Quanto à legitimação passiva, pode-se prelecionar que as vítimas de um dano provocado por agente estatal podem ser o próprio Estado ou qualquer pessoa física ou jurídica estranha a ele, a que se chamará particular ou administrado. Quando o Estado aparece como vítima de uma ação danosa provocada por um agente seu, a reparação do dano deve ser tratada diretamente entre o Estado e o agente que a provocou, aparecendo assim a responsabilidade administrativa.

Conforme explica Medauar (2001, p. 352):

A responsabilidade administrativa expressa as conseqüências acarretadas ao servidor pelo descumprimento dos deveres e inobservância das proibições, de caráter funcional, estabelecidas nos estatutos ou em outras leis. Esse descumprimento por ação e omissão, recebe diversos nomes: falta funcional, infração disciplinar, infração funcional, infração administrativa, ilícito administrativo.

Problema maior acontece quando a vítima é pessoa estranha ao Estado e o causador direto do dano é um agente público. Nesse caso, o agente poderá responder

nos termos da citação retro, mas o Estado figura como causador indireto do dano, respondendo neste caso pela conduta do agente ou, como nos dizeres de Cretella Jr. (1990, p. 84)

(...) metafisicamente, a pessoa moral, não tendo vontade é inimputável, quer penalmente, quer disciplinarmente. Uma pessoa jurídica, em princípio, não erra, mas sim as pessoas físicas que a representam.

Nesse mesmo sentido, ativamente, o Estado não pode causar dano, por si só, a qualquer pessoa. Deve atuar por meio de seus agentes, como o mesmo Cretella Jr. (1990, p. 77) afirma:

Na maioria dos casos, a responsabilidade civil do Estado é decorrência, imediata ou mediata, de ação ou omissão do agente público. Pode, entretanto, o Estado ser responsabilizado objetivamente sem que se identifique o agente público, causa próxima ou remota do dano, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de danos causados pela *coisa pública*.

Cabe ressaltar que, de acordo com o já citado parágrafo 6º do art. 37 do texto constitucional, a presença do agente é imprescindível na provocação do dano, ou seja, existirá sempre um agente - pessoa física - causando de forma direta ou indireta o dano, de forma mais ou menos intensa. Assim, nos casos de culpa administrativa ou culpa do serviço, que se verifica pela omissão, a culpa do agente se exterioriza por via oblíqua ou indireta, sem que seja possível identificar com precisão e clareza quem é o servidor responsável, apesar de ninguém negar que algo só tenha acontecido porque alguém, ligado ao Estado, deveria agir e assim não o fez. Nesse estágio, é importante mostrar o que diz Melo (2003, p. 866), que assim se pronuncia:

Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação *psicológica* e vida *anímica* próprias. Estas, só os seres físicos a possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, *juridicamente* falando. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade.

Por outro lado, quando o Estado é chamado a responsabilizar-se pelos danos provocados por seus agentes, ele será sempre visto como causador indireto do dano, isto

porque, sendo o Estado uma ficção, ele não é dotado de vontade própria, sendo que esta será sempre exteriorizada através das pessoas físicas que prestam serviços a Ele.

## 2.7 Conduta estatal causadora do dano: ação e omissão

Para que o Estado seja responsabilizado, é imprescindível que o dano seja resultado de uma conduta estatal, quer seja ela comissiva ou omissiva.

Nos casos em que o agente atua de forma positiva, pratica um ato fazendo ou realizando um movimento ou atuando no sentido de produzir um resultado, seja ele legal ou ilegal, caso o dano passa a ser fruto de uma ação.

Vale pontuar que existem casos em que é difícil saber quando a conduta deixa de ser comissiva e passa a ser omissiva, ou seja, quando o agente parou de agir e entrou no campo da inércia. O que parece necessário e imprescindível constatar é que, se o dano existe, ele foi gerado por uma conduta anterior positiva ou negativa.

Quando discorre sobre a omissão estatal Noroschny (2007 p. 399) ensina que:

Ocorre que nos atos comissivos a infração a um dever de diligência específico é bem evidente, dispensando a análise do aspecto subjetivo. Nos atos omissivos, por outro lado, é necessária uma distinção prévia, que se caracteriza pela análise da existência de norma impondo ao Estado o dever de agir ou não.

Havendo a norma, a mera inatividade do agente estatal é ilícita e, portanto, enseja o dever de responsabilizar objetivamente o Estado.

Cumprir observar também que a omissão sempre será ilícita, apesar de poder ser dolosa ou culposa. Quando se trata de omissão dolosa, ou seja, quando o agente deliberadamente quis e aceitou um resultado danoso e, para isso, se omitiu, é muito mais grave a posição do Estado do que quando a omissão é fruto de desídia ou desleixo por parte do servidor relapso. Mas não há a menor dúvida de que a omissão é, muitas vezes, causa eficiente na geração de danos sofridos por particulares.

Juntamente com Melo (2003, p. 872), pode-se afirmar que “(...) a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*”. Na seqüência dos seus argumentos o autor afirma que essa responsabilidade é necessariamente subjetiva, posição da qual discordamos, como será desenvolvido mais adiante.

Há que considerar ainda o dever específico de diligência, conforme pondera o Justen Filho (2005, p. 798/799):

A natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as conseqüências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros. [...] A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela redobrada.

Por esse ensinamento percebe-se que do Estado se exige muito mais atenção nas situações ordinárias do que do particular. De acordo com Cretella Jr. (1990, p. 88), “o Estado é uma verdadeira empresa em funcionamento. Ao funcionar corre *riscos*. E estes devem ser suportados pela empresa, que é o Estado”.

## 2.8 Modalidades de responsabilidade patrimonial por omissão

Para a configuração de um resultado danoso, muitas vezes existe uma mescla de condutas comissivas e omissivas. Porém, algumas vezes na série causal a conduta omissiva pode ser mais importante e contribuir mais para o resultado do que a conduta comissiva. O não agir ou o não fazer o que devia pode ter maior relevo do que o fazer. Portanto, a omissão requer análise na mesma profundidade que a ação. A falta de movimento quando necessário pode produzir um resultado mais gravoso do que um movimento, dado que na série causal muitas vezes, se eliminarmos a omissão, o resultado pode não ser o mesmo, ou pode até desaparecer.

A conduta estatal ensejadora de reparação de dano se exterioriza através de ação ou omissão, conforme vimos anteriormente. Nesta última modalidade pode ser distribuída em duas categorias: atos ilícitos omissivos próprios, e ato ilícito omissivo impróprio. No item em que discorreremos sobre a teoria da culpa administrativa, ficou claro que os atos omissivos implicam necessariamente condutas ilícitas, e é com base nisso que se pode estabelecer uma divisão dos ilícitos omissivos em próprios e impróprios.

### a) Atos ilícitos omissivos próprios

O ato ilícito omissivo próprio se configura sempre que a norma legal prevê, de forma clara e precisa, o dever de agir por parte do agente estatal, prevendo ainda que tal omissão implica uma infração direta decorrente da inércia. Esclarecendo melhor essa posição, vale a pena citar Justen Filho (2005, p. 800):

Os casos de *ilícito omissivo próprio*<sup>21</sup> são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade. O agente omitiu a conduta obrigatória ou por atuar intencionalmente ou por formar defeituosamente sua própria vontade - a não ser que a omissão tenha sido o resultado intencional da vontade orientada a produzir uma solução conforme ao direito e por ele autorizada.

Em casos ou situações como esta, quando o Estado se obriga a impedir o resultado, porém não o fazendo, podemos chamar esse comportamento de omissão consciente. Omissão consciente é aquela que nos conduz a certeza de que o dano se verificará, e que o Estado pode evitar. Basta apenas a ação por parte do Estado para impedir que o mesmo ocorra.

Desta forma, existindo por parte dos agentes estatais a consciência de que o não agir permitiria a eclosão de algum dano, uma vez verificado este e estando o Estado, por lei, obrigado a impedi-lo, caso o dano ocorra, deve ser entendido que essa foi a vontade do Estado, ou seja, o Estado quis, de forma consciente, o resultado e, por isso, está disposto a responder por ele.

#### **b) Ato ilícito omissivo impróprio**

Nesta modalidade de ilícito, é inegável que exista uma complexidade maior para a aferição da responsabilidade, uma vez que não existe obrigação legal que imponha ao agente a obrigação de proceder desta ou daquela forma. A norma existente concede-lhe uma discricionariedade para decidir quando e como melhor agir. O mérito fica a cargo do agente. Desta forma, num primeiro plano, a omissão do agente não induz desrespeito ao dever de agir e, como diz Justen Filho (*op.cit*, p. 800): “É imperioso, então, verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercentes de função estatal”.

Assim, é necessária a configuração de três hipóteses para que se caracterize a responsabilidade estatal:

- I - A existência de fatos que indiquem o risco de dano.
- II - O encargo de impedir a ocorrência do dano previsível é do agente.
- III - A atuação diligente que pudesse ter impedido o evento danoso.

Nestes casos o Estado tem um dever genérico de impedir um resultado danoso. Tal dever se traduz numa obrigação remota de impedir resultados danosos a que o Estado de forma ampla se obrigou a impedi-los. Não há especificidade de caso como nas omissões próprias. É necessário, diante do caso concreto, dosar a intensidade da

---

<sup>21</sup> Grifo nosso.

omissão imprópria para saber se o Estado é ou não responsável pelo resultado. Se era ou não possível em circunstâncias ter agido no intuito de impedir o resultado.

Se, nos casos de omissão própria, a responsabilidade estatal for evidente, a teoria do risco é quem irá disciplinar tal responsabilização; já em se tratando de omissão imprópria, é necessária uma investigação mais acurada e precisa, visando saber se o Estado deve ou não responder pelo resultado danoso. Assim sendo, ficando evidenciada a culpa, o Estado também será responsável, mas pelo ângulo da responsabilidade subjetiva.

## 2.9 Exclusão da Responsabilidade

Por ocasião da análise da teoria do risco ficou evidente que o prejudicado pela conduta estatal está dispensado de demonstrar a culpa do poder público causador do dano, porém, vai aqui a advertência de Meirelles (1996, p. 563), nos seguintes termos:

Advirta-se, contudo, que a teoria do *risco administrativo*, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o *risco administrativo* não se confunde com o *risco integral*. O *risco administrativo* não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

Reafirmando essa idéia, é oportuna a citação de Mukai (2004, p. 525), que assim se pronuncia:

Se é certo que a teoria do risco administrativo depende exclusivamente da comprovação da relação de causalidade entre o dano sofrido e a ação ou omissão do Estado, ou seja, do *nexo causal*, é certo também que o Estado pode eximir-se do dever de indenizar total ou parcialmente se demonstrar a culpa, total ou parcial, do lesado na ocorrência do evento danoso, ou a ocorrência de força maior.

Quando se fala em exclusão da responsabilidade do Estado, é importante demonstrar como ela se desdobra, ou melhor, como pode ser individualizada. O Estado ficará dispensado de indenizar o dano nas seguintes hipóteses: nos casos em que a vítima for exclusivamente culpada ou concorrer para o evento danoso; caso se comprove a culpa de terceira pessoa, estranha ao Estado; no exercício regular de direito pelo agente do Estado; em situações de ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

As excludentes da responsabilidade civil do Estado mostram que, apesar de o Estado às vezes aparecer no fato danoso, ele não pode ser responsabilizado, pois, do contrário, haveria injustiça no responsabilizar alguém que em nada contribuiu para a formação do dano.

## a) - Culpa da Vítima

Quando se fala em culpa da vítima é necessário distinguir culpa exclusiva de culpa concorrente. No primeiro caso, quando da análise da teoria do risco integral, chegou-se à conclusão de que não é razoável pedir indenização ao Estado quando o fato se deve à culpa exclusiva da vítima, uma vez que o Estado muitas vezes pode aparecer como vítima, visto que de sua parte não houve nenhum movimento para a *causação* do dano. A vítima, no caso, contribuiu com exclusividade para o sinistro, e responsabilizar o Estado por ato que é só dela não é nem um pouco justo ou aceitável. Para isso, vale a pena citar Mukai (2004, p. 530):

Se o evento danoso é conseqüência de ato comissivo ou omissivo da própria vítima, sem qualquer interferência do Estado, não será possível comprovar o nexu causal entre a lesão e o ato estatal, daí não caber ao Estado qualquer reparação.

É importante salientar também que pode haver reciprocidade na causação do dano. Melhor dizendo, um encontro de culpa para a eclosão do evento danoso. Nesse caso, o correto é aquilatar a proporção em que cada um dos envolvidos contribuiu para o resultado nefasto e, desta forma, fazer uma distribuição equitativa entre todos aqueles que, de uma forma ou de outra, foram atingidos pelos prejuízos oriundos da conduta culposa, como nos dizeres de Justen Filho (2005 p.803 - 804):

Se houve concorrência de culpa entre a vítima e o Estado, há o compartilhamento da responsabilidade civil, o que não significa afirmar que a indenização devida corresponderá a exatos 50% do valor estimado.

Não existem fórmulas pré-estabelecidas para medir a proporção em que, Estado e vítima colaboraram na aparição do evento. É apenas diante do caso concreto que podemos analisar as circunstâncias em que o fato se deu, bem como dosar a redução ou majoração da indenização em virtude da maior ou menor participação de cada um no prejuízo.

## **b) - Culpa de Terceiro**

É evidente que só deve ser responsabilizado pelo dano aquele que efetivamente tiver dado causa a ele, apesar de, em certas situações, terceiro poder ser responsabilizado pela conduta de outrem. Elucidando o assunto, Gonçalves (2005, p. 127) afirma que “só responde pelo dano, em princípio, aquele que lhe der causa. É a responsabilidade por fato próprio que deflui do Art. 186, do Código Civil. A lei, entretanto, estabelece alguns casos em que o agente deve suportar as conseqüências do fato de terceiro”.

O Código Civil, em seu Art. 932, estabelece os casos em que terceiro responde por conduta danosa de outrem:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

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.

Além disso, o Art. 933, também do Código Civil mostra que essa responsabilidade que terceiro assume pelo fato de outrem é objetiva, quando assim prescreve “as pessoas indicadas nos incisos I a IV do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Quando se trata de responsabilidade patrimonial do Estado, é possível a responsabilização deste por fato de outrem, embora a lei não seja explícita a esse respeito.

Em algumas situações em que se exige a reparação de um dano, é comum o Estado ficar apenas com a aparência de ter sido o causador, e, portanto, o responsável, mas, na realidade, o único responsável é terceiro estranho ao Estado. Dessa forma não é justo nem lógico responsabilizar o Estado por situação que não se pode imputar-lhe.

É aparente a confusão que às vezes se trava entre a conduta do Estado que apenas estava presente na ocasião do dano sem poder evitá-lo. Pois terceiro também

presente, mas com força e domínio da situação, por si só produziu o resultado. Este terceiro causador direto ou indireto do dano é quem irá suportá-lo. Em resumo, expurgada a responsabilidade do Estado e restando como causador exclusivo do dano o terceiro com sua conduta depurada, restará somente a este arcar com a indenização.

Para nós é muito importante saber quem responderá pelo dano, o Estado ou terceiro estranho a ele? Isto porque, uma vez identificado o responsável deve-se buscar o enquadramento da situação, dentro dos princípios de Direito Público ou de Direito Privado. Assim, ou se aplica o parágrafo 6º, do Art. 37, da Constituição Federal, ou os dispositivos do Código Civil, que cuidam da reparação de danos quando o causador exclusivo do dano for terceiro estranho ao Estado.

Cabe ainda outro questionamento, já que muitas vezes deve-se levar em conta que o causador imediato do dano (terceiro estranho) só agiu assim porque quem tinha o poder/dever de agir não o exerceu, muito embora estivesse obrigado a inibir esse comportamento danoso. Se esse alguém, que tinha a obrigação de impedir a conduta danosa do terceiro, for o Estado, nada mais justo do que chamá-lo para recomposição do estrago. Porém, se a conduta do terceiro causador do dano não é fruto de qualquer omissão estatal, não seria razoável responsabilizar a pessoa pública por aquilo que não tenha dado causa, idéia reforçada pelos dizeres de Justen Filho (2005, p. 804):

Se o dano foi acarretado por conduta antijurídica alheia, não cabe a responsabilização civil do Estado pela inexistência da infração ao dever de diligência – exceto quando a ele se incumbia um dever de diligência especial, destinado a impedir a concretização de danos. Ou seja, pode-se cogitar de responsabilização civil do Estado por omissão, a depender das circunstâncias.

Aqui já se delinea que a omissão estatal pode ser a responsável por imputar-lhe o dever de indenizar o dano causado à vítima, mesmo que o nexos causal indique a autoria imediata do evento para terceiro estranho ao Poder Público. Em virtude dos contornos do comportamento antijurídico, o terceiro aparece imbricado à Administração Pública. Essa superposição ou aproximação traz dificuldades para a vítima saber quando terminou a conduta de um e iniciou a conduta de outro e, nessa dúvida, abre-se-lhe a possibilidade de reclamar do Estado a reparação.

### c) - O exercício regular de direito pelo agente estatal

Quando se fala em exercício regular de um direito, não pode ser esquecido o preceito do Código Civil, que, em seu artigo 188, inciso I, prescreve:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

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

É importante também citar o inciso III do artigo 23 do Código Penal:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito;

Assim, está claro que o instituto não só exclui a ilicitude penal, mas também a ilicitude civil e não poderia ser de outra forma, uma vez que, quando se revela no mundo exterior algo anormal ou reprovável, porém, realizado dentro daquilo que a lei permite, não seria justo nem razoável reclamar, de quem assim procedeu, a condenação civil ou penal pelo dano que tenha causado.

Quando se trata de responsabilidade patrimonial do Estado, já não se podem ver as coisas de uma forma tão simples assim. Conforme restou estabelecido por ocasião da análise do risco administrativo, o Estado poderá ser chamado a responder não só pelos atos ilícitos praticados por seus agentes, mas também pelos atos lícitos que por ventura tenham praticado em proveito do Estado, porém causando danos a terceiros. Assim, o exercício regular de um direito pelo agente estatal só não implica responsabilização pelo dano quando o Estado não auferir qualquer proveito, caso contrário, terá que se responsabilizar.

Para maior esclarecimento é importante mostrarmos o que diz Mello (2003, p. 880):

Por isso, a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, pode representar para comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive o “ponto” ter-se a destarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico.

Portanto, em matéria de Direito Público, a exclusão da responsabilidade patrimonial em virtude de exercício regular de direito acontecerá regularmente apenas nos casos em que o Estado comprovar não ter auferido qualquer benefício do ato ou fato causador do dano.

Assim, embora tenha havido ação estatal e conseqüente dano, não se exteriorizou a responsabilidade patrimonial do Estado, pois, no exercício regular de um direito o dano causado pela conduta estatal pode ser apenas econômico, mas não jurídico. E, se não é jurídico, não pode comportar reparação.

#### **d) – O caso fortuito ou a força maior**

Caso fortuito é o que se constitui de situação imprevisível e força maior de algo irresistível. É o que a doutrina nacional consagrou diante de fatos danosos em que não seria razoável exigir que alguém pudesse evitá-los, uma vez que se sobrepõem às forças humanas em circunstâncias em que a inevitabilidade do dano descarta qualquer culpa por parte daqueles que, em tese, deveriam impedir o resultado. É sempre importante fazer uma pergunta diante de caso fortuito ou força maior: as coisas teriam acontecido como aconteceram se aquele que poderia agir, evitando o resultado, tivesse se antecipado a ele? Melhor dizendo: a antevisão do resultado era possível no caso concreto e, diante disso, agindo em tempo, o resultado não teria se verificado? Se a resposta for negativa, não existe responsabilidade a ser apurada. Se a resposta for positiva, só resta mensurar a intensidade da culpa. É nesse sentido que Mukai (2004, p. 530) se expressa:

A força maior, acontecimento de natureza imprevisível e irresistível, também provoca a exclusão da responsabilidade estatal. Isto porque, se o evento danoso foi provocado pela queda de um raio, isto é, por força maior, não será possível comprovar o *nexo causal* entre o ato estatal e o dano. E, como já afirmado, sem essa relação de causalidade não se configura a responsabilidade estatal.

Pelo que foi dito até agora, percebe-se que a surpresa do evento danoso sem que existisse possibilidade de um agir antecipado, faz que deixe de existir o *nexo causal*

entre o dano e a culpa do Estado. Reforçando esse pensamento, é imprescindível que se mostrem os ensinamentos de Justen Filho (2005, p. 804), quando afirma:

O caso fortuito ou força maior afasta, em todos os setores do direito, a responsabilização civil. Envolve hipóteses em que o dano é produzido por causas alheias à vontade ou ao controle de alguém, insuscetíveis de impedimento. Dito em outras palavras, o Estado não é responsabilizável, porque o dano se produziu não obstante tivesse ele observado todas as cautelas derivadas do dever de diligência a ele imposto.

Por outro lado, tanto o caso fortuito quanto a força maior podem vir aliados a uma omissão administrativa que deixou de realizar um serviço que, se existente, poderia minimizar ou até evitar a eclosão do evento danoso. Essa associação também poderá mitigar a responsabilização estatal na medida de sua culpabilidade, porém, quando o fortuito se realiza de forma independente, sem qualquer contribuição do Poder Público, é evidente que seria inócuo questionar responsabilidade do Estado. Seguindo a teoria apresentada por Justen Filho (*op. cit.*) logo acima, tem-se o seguinte ensinamento, que corrobora com o raciocínio deste trabalho:

Assim, não se aplica a excludente quando o dano, decorrente diretamente de caso fortuito ou força maior, é propiciado pela infração ao dever de diligência incidente sobre o Estado. As hipóteses conhecidas envolvem eventos naturais, que geram danos a terceiros, mas que poderiam ser impedidos se os serviços estatais tivessem sido devidamente executados.

Conforme se vê, trata-se de uma distinção necessária das possibilidades de incidir em caso fortuito ou força maior, e em que ainda assim, o Estado tinha o dever de intervir, por ser evidente que não o fazendo ocorreria o dano.

## 2.10 A reparação do dano e o direito de regresso.

A ação regressiva do Estado contra o servidor que diretamente causou dano está prevista na parte final do parágrafo 6º do art. 37 da CF, como imperativo a todos os entes públicos e privados prestadores de serviço públicos, pois assim estabelece: “...Assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Diante de tal preceito chegamos à conclusão de que para o sucesso da referida ação regressiva é necessário observar dois requisitos:

a) que o Poder Público já tenha sido condenado a indenizar a vítima do dano sofrido.

b) que tenha ficado comprovado, na ação indenizatória, a culpa do servidor no evento danoso.

Desta forma é importante deixar claro que, se para o Estado a responsabilidade independe da demonstração de culpa, uma vez que sua responsabilidade é objetiva, para o servidor causador direto do dano a sua responsabilização depende da demonstração de culpa e deve ser apurada pelos critérios da lei civil.

Na esfera federal, a Lei 4.619/65, em seu art. 1º, diz que o legitimado para propositura da ação regressiva é o Procurador da República, pois assim determina:

Art. 1º - Os procuradores da República são obrigados a propor as competentes ações regressivas contra os funcionários de qualquer categoria declarados culpados por haverem causado a terceiros lesões de direito que a Fazenda Nacional seja condenada judicialmente a reparar.

Sobre esta legitimação do art. 1º da Lei supracitada, é importante observarmos o que diz o art. 131 da CF., que alterou esta legitimação, uma vez que, antes da Constituição de 88, os Procuradores da República cumulavam as funções de Promotores de Justiça e de advogados da União; hoje, com o advento da atual Constituição, houve a transferência da atribuição de advogado da União, que era exercida pelo Ministério Público Federal, para a recém criada Advocacia-Geral da União. E sobre esta nova atribuição transcreveremos o dispositivo constitucional supracitado:

Art. 131- A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua

organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Sobre o que acabamos de mostrar, oportuno é o ensinamento de Di Pietro (2005, p. 575):

Na esfera Federal, a Lei n. 4.619 de 28-04-65, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo a sua titularidade aos Procuradores da República. Tem-se que entender que a competência, hoje, é dos Advogados da União, a quem cabe a representação judicial da União, conforme art. 131 da Constituição Federal.

Após estabelecer a legitimação ativa para a ação regressiva, a mesma Lei, em seu art. 2º, diz que a referida ação deverá ser proposta no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data da condenação contra a Fazenda Pública. Assim sendo, para maior elucidação transcrevemos o artigo:

Art. 2º - O prazo para ajuizamento da ação regressiva será de sessenta dias a partir da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda Pública.

A desobediência a essa determinação fica na forma do art. 3º ainda da mesma lei caracterizada falta funcional, pois assim, estabelece:

Art. 3º - A não obediência por ação ou omissão ao disposto nesta Lei, apurada em processo regular, constitui falta de exação no cumprimento do dever.

Ainda no plano Federal, o parágrafo 3º do art. 122 da Lei 8.102/90 merece transcrição:

A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada até ao limite do valor da herança recebida.

Sobre essa possibilidade de a ação regressiva ser proposta contra os sucessores do servidor ou prosseguir contra eles, Meirelles (1996, p. 571) ensina que:

Como ação civil que é, destinada à reparação patrimonial a *ação regressiva* (Lei 8.112/90, art. 122, § 3º) transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessação do

exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

Interessante lembrar também o que ensina Chimenti [et.al] (2006 p. 225):

A responsabilidade civil pode ser apurada internamente e resultar em acordo com o servidor sempre que se cuidar de dano causado ao Estado. Em se tratando de servidor seletista, é indispensável a sua concordância para os descontos mensais (CLT, art. 462 § 1º). Para os demais agentes, se a lei previr o desconto, este poderá ocorrer independentemente de eventual discordância (a decisão é auto-executável). Se o dano tiver sido praticado contra terceiro, porém, responderá o Estado (CF, art. 37, § 6º), restando-lhe a ação regressiva. Em qualquer caso, para que o agente seja responsabilizado é indispensável a configuração do ilícito civil (ação, culpa ou dolo, relação de causalidade e verificação do dano).

Em resumo, a responsabilização em regresso contra o causador direto do dano é medida de justiça que se faz necessária não só para recompor o que o Estado despendeu com a reparação, mas também como uma forma de punição contra o servidor relapso ou imprudente que deixou o Estado desfalcado em seu patrimônio.

## Capítulo III - Dano Ambiental: característica, repressão e instrumentos legais de reparação.

### 3.1 Dano ambiental ressarcível

Antes de falarmos em responsabilidade do Estado por dano ambiental é necessário conceituar o que vem a ser dano ambiental. E essa importância vem nas palavras de (Fiorillo,2007,p.39) que assim afirma:

Dentro da teoria da responsabilidade civil, não há como falar em dever de indenizar sem a ocorrência do dano. Dessa feita, o termo *dano* constitui um dos alicerces essenciais da responsabilidade civil, de modo que se faz imprescindível conceituá-lo.

Agora sobre o que vem a ser dano ambiental é importante atentarmos para estes termos:

O dano ecológico, diz **Roland Drago**, professor da Universidade de Paris, sempre existiu como forma de lesão às pessoas e às coisas pelo meio em que vivem. As soluções criadas pelo direito, constantemente superadas e 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. (Stocco, 2001, p. 655)

No Brasil pelo que percebemos até agora, quando a doutrina nacional se propõe a uma definição do que vem a ser dano ambiental, ela se socorre na maioria das vezes do conteúdo do art. 3º da Lei 6.938/81, incisos II e III, e alíneas, conforme segue:

Para os fins previstos nesta Lei entende-se por: 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)- e 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;

Pelo conceito legal que acabamos de ver, mensura-se o dano ambiental pelos seus efeitos, ou seja, pelo alcance do resultado; porém, o legislador não chegou ao ponto

de dizer quais os danos ambientais que devam ou que mereçam ser ressarcidos. Para nós, o conceito legal de dano ambiental pura e simples é insuficiente para a nossa dissertação, embora saibamos que conceituar dano ambiental com característica reparatória é tarefa nada fácil, mas para o nosso trabalho só interessa o dano ambiental que comporta reparação.

Como foi possível perceber, o que nos interessa a partir de agora é lidar com dano ambiental, cujos efeitos mereçam qualquer tipo de reparação amparada pelo direito.

Para isso é importante a lição de Meirelles (1986, p. 07) que assim se pronuncia:

De um modo geral, as concentrações populacionais, as indústrias, o comércio, os veículos motorizados e até a agricultura e a pecuária produzem alterações no meio ambiente. Essas alterações, quando normais e toleráveis, não merecem contenção e repressão, só exigindo combate quando se tornam intoleráveis e prejudiciais à comunidade, caracterizando poluição reprimível. Para tanto, há necessidade de prévia fixação técnica e legal dos índices de tolerabilidade, ou seja, dos padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora, não se compreendendo, nem se legitimando as formas drásticas de interdição de indústrias e atividades lícitas por critérios pessoais da autoridade, sob o impacto de campanhas emocionais que se desenvolvem em clima de verdadeira psicose coletiva de combate à poluição.

Conforme estamos percebendo é a anormalidade do dano ambiental que irá enquadrá-lo na categoria de dano ambiental ressarcível, e essa ressarcibilidade comporta, nos dizeres de Custódio, uma classificação (1990, p.19):

b) classificação do dano ressarcível - Em princípio, o dano passível de reparação se classifica em dano patrimonial e dano não patrimonial. 1. O Dano patrimonial ou material (também chamado dano econômico) é aquele que causa diminuição no patrimônio ou ofende interesse econômico. 2. O dano não patrimonial ou dano moral é aquele que se refere a bens de ordem puramente moral, como a honra, a liberdade, a profissão, o respeito aos mortos. O dano moral, fundamentado em legítimo interesse moral, assume, nos dias de hoje, particular importância, notadamente diante das questões de ordem ambiental e cultural. Os notórios fenômenos da poluição ambiental ocasionam a degradação da qualidade de vida no meio ambiente, com reflexos direta e indiretamente prejudiciais à vida, à saúde, à segurança, ao trabalho, ao sossego, e ao bem-estar da pessoa humana individual, social ou coletivamente considerada.

Ainda sobre a importância da conceituação do dano ambiental para efeito de ressarcibilidade, é importante citar, conforme pondera Moraes, (2006, p. 43):

A leitura do art. 225, da CF, demonstra que a proteção é finalística, em que se deva abstrair os excessos (mínimos e máximos). Limita-se a atividade que ponha em risco esse ciclo, mas só até aí. Esse divisor está na diferenciação entre degradação e alteração ambiental. Se o meio ambiente se altera mas a existência das espécies não está em risco; se se garante os processos essenciais ecológicos (exemplo: piracema), essa modificação há de ser permitida, pois qualquer posição em contrário seria despida de finalidade, ou seja, abusando do que se considera indisponível.

Após tais colocações, segundo entendemos, muito bem elaboradas e oportunas, a afirmação de Custódio (1990, p. 20), quando a autora citada faz uma observação muito importante acerca da avaliação de um dano ambiental na atualidade. Cabe muito bem aqui:

Com estas observações sobre dano e sua classificação, pela própria abrangência dos conceitos contemporâneos, evidencia-se que todos os danos aos elementos integrantes do patrimônio ambiental e cultural, bem como às pessoas (individual, social e coletivamente consideradas) e ao seu patrimônio como valores constitucional e legalmente protegidos, são passíveis de avaliação e de ressarcimento, perfeitamente enquadráveis tanto na categoria do dano patrimonial (material ou econômico) como na categoria do dano não patrimonial (pessoal ou moral), tudo dependendo das circunstâncias de fato de cada caso concreto. Para fins de avaliação de custos ambientais de ordem natural ou cultural, superada é, nos dias de hoje a tradicional classificação civil de “bens ou coisas suscetíveis do comércio” e “bens ou coisas fora do comércio” (ar, água do mar), uma vez que estes últimos bens, indispensáveis à vida em geral, são suscetíveis de avaliação econômica e ressarcimento. (Custódio, 1990, p. 20)

O dano ambiental, em virtude das características que possui e dos reflexos tão prejudiciais à saúde, é um dano com características muito próprias devido aos seus reflexos na sociedade como um todo. E por isso afirmamos que a sua reparação deve ser a mais completa possível. Melhor dizendo, tudo aquilo que foi direta ou indiretamente alcançado pelo dano deve ser ressarcido. Esse ressarcimento vem não apenas como forma de punição pelo que se fez, mas também como forma de se inibir a recalcitrância da conduta, ou seja, funciona também como alerta não só para quem o praticou, mas para todos aqueles que poderiam eventualmente incidir na mesma conduta anti-social.

Conforme vimos, principalmente através da autora supracitada, não existe mais nada que não possa ser indenizado em virtude da alegação de abundância dos recursos naturais. Pois, percebe-se que os recursos naturais hoje são finitos, e a maneira de mantê-los, entre outras, é a punição severa para quem os agride, inclusive para o Estado

que se omite, quando podia e devia agir para impedir o resultado danoso ambiental e assim não o fez.

Diante do que estamos vendo, é possível perceber que o dano ambiental se verifica muitas vezes de forma silenciosa e, às vezes, com a anuência tácita de todos nós, ou seja, só iremos constatar que esse dano pode-se enquadrar como ressarcível com o passar do tempo. Isto porque os efeitos que se fazem sentir num determinado instante tiveram como início um momento anterior longínquo, no qual só a prevenção é que poderia mudar o seu curso, amenizando ou inibindo os seus reflexos.

### 3.2 Dano ambiental autorizado

Considerando que a instalação de determinados empreendimentos e o seu funcionamento inevitavelmente irá produzir danos ambientais, procurou o legislador, incumbir o Estado do enquadramento de tais empreendimentos nas normas de redução do impacto que este irá causar. Para isso o municiou de instrumentos legais para, pelo menos em tese, reduzir ao máximo as agressões ambientais daí advindas. A Lei 6938/81, em seu artigo 10, estabelece o seguinte:

Art 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

E para isso é necessário que saibamos o que vem a ser licenciamento ambiental, pois só assim teremos condições de saber se o empreendimento que se busca instalar irá poluir dentro de limites impostos pelo Estado. O artigo 1º da resolução 237, no seu inciso I, procura definir o que vem a ser licenciamento ambiental nestes termos:

I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Essa precaução de que trata o artigo 10 da Lei 6938/81 foi ampliada pelo artigo 2º da resolução em comento, que assim dispõe:

Art 2º: A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

É importante observar que a nossa Constituição delega à União, Estados e Municípios poderes para atuar em matéria ambiental. Ou seja, as três esferas de governo

possuem competência para proteger o meio ambiente e combater eventuais danos. É uma competência comum a estes três entes administrativos, sem qualquer prevalência para um ou outro. Ou seja, os três podem e devem agir. Assim sendo, quando se trata de licenciamento, as três esferas de governo podem emití-lo para os empreendimentos que exijam para o seu funcionamento essa chancela do Estado.

A Resolução 237 de 19 de dezembro de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, instituída para estabelecer procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental, procura definir os parâmetros da competência de cada uma destas três esferas de poder. Considera primeiro para esta distribuição a área abrangida pelo impacto. Melhor dizendo, se o impacto tem reflexos apenas no município, é este a quem compete a licença. Porém, se o impacto extrapola a área do município, ou envolva área preservação permanente (APP), é o Estado através do órgão ambiental próprio que irá conceder a licença. Por último, se o impacto é regional ou de âmbito nacional, cabe ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente – IBAMA emitir a licença. É o que estabelece o caput dos respectivos artigos 4º, 5º e 6º da referida resolução:

Art 4º: Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos recursos naturais renováveis – IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o art. 10 da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber (...) Art. 5º: Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades: (...) Art. 6º: Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Cabe salientar que o IBAMA muitas vezes pode atuar de forma supletiva, ou seja, se o Estado ou o município, ao realizar o licenciamento, não o fez de forma adequada, cabe ao IBAMA interferir, podendo nesse caso embargar o empreendimento e rediscutir o licenciamento com o qual não concorda.

De acordo com o que vimos, aquele que obtém uma licença ambiental deverá executar sua proposta sem abuso. Isso, considerando que, mesmo diante da autorização, os excessos que venha a praticar na sua atividade, causando dano difuso ou individual, pode por eles ser responsabilizado. E o Estado que realizou o licenciamento e concedeu a licença se não fiscalizou de forma adequada o empreendimento, e com isso permitiu

também que o dano ambiental fosse além dos limites anteriormente traçados na licença, pode responder de forma individual ou solidária com o licenciado que extrapolou os limites da licença.

### 3.3 Dano ambiental difuso e individual

Quando alguém provoca um dano ambiental, quem primeiro recebe os reflexos dessa ação danosa é a sociedade como um todo, incluindo, também, quem o causou. Neste caso costumamos dizer que o dano ambiental tem natureza difusa; isto porque os atingidos por ele, de uma forma genérica, estão espalhados por todo o planeta. Conforme já vimos, a preservação do meio ambiente é tarefa que cabe e interessa a todos os habitantes da terra.

Muitas vezes a percepção de que o meio ambiente foi agredido e a sociedade irá sofrer com isso foi algo que entrou em formação em momento muito distante daquele em que a população, efetivamente, percebeu os seus efeitos. O aquecimento global é um exemplo disso. Outras vezes, os reflexos do dano ambiental é sentido de imediato pela sociedade, sendo assim mais fácil identificar o causador.

Como se percebe do que falamos até agora, o dano ambiental, seja ele instantâneo ou progressivo (silencioso), difunde os seus efeitos para todos, indistintamente. Por isso é que se denomina dano difuso, uma vez que atinge um número indeterminado de pessoas sem a possibilidade de se identificar quem mais sofreu com isso.

Porém, os efeitos de um dano ambiental podem não parar aí. Por isso, vale destacar a leitura de Krell (1998, p. 02), sobre as colocações de Milaré (1995):

No sistema jurídico nacional podemos identificar uma "bifurcação" do dano ambiental: num lado, o dano *público* contra o meio ambiente, que é "bem de uso comum do povo" (Art. 225 CF), de natureza *difusa*, atingindo um número indefinido de pessoas, sempre devendo ser cobrado por Ação Civil Pública ou Ação Popular e sendo a indenização destinada a um fundo; no outro lado, o dano ambiental *privado*, que dá ensejo à indenização dirigida à recomposição do patrimônio *individual* das vítimas.

Desta forma, não é difícil constatar que, às vezes, o dano ecológico atinge com mais intensidade pessoas físicas ou jurídicas, fazendo que estas, num primeiro plano experimentem um prejuízo material ou moral mais intenso do que a sociedade que está, ao mesmo tempo, experimentando os efeitos difusos do dano. Melhor dizendo, para aquelas pessoas perfeitamente identificáveis que sofreram, de forma mais intensa e precisa os efeitos prejudiciais do dano, não há dúvidas de que em relação a elas ocorreu

um afunilamento nos efeitos danosos, atingindo de forma pontuada as pessoas que naquele instante estavam mais próximas do evento danoso. E é por isso que, o dano ambiental difuso pode ser também considerado em razão de seus efeitos como dano individual pelo fato de estar atingindo também um microbem.

Um caso concreto poderá demonstrar quando um dano ambiental, além do efeito difuso que lhe é próprio, provoca também danos individuais por via reflexa. Em quinze de novembro de 2004, a explosão do navio de bandeira chilena Vicuña, ancorado no porto de Paranaguá, impediu os pescadores da Baía daquele porto, de trabalharem na época do ano de maior rentabilidade. Cerca de três mil e quatrocentas famílias locais dependem da pesca para sobreviver. O IBAMA decretou a interrupção da pesca devido ao risco de contaminação dos peixes pelo metanol e pelo óleo combustível derramado pela embarcação, deixando assim os pescadores sem trabalho ou fonte de renda. ([www.sindapar.com.br/site/home1.php?id\\_noticia=215](http://www.sindapar.com.br/site/home1.php?id_noticia=215))

De acordo com o que acabamos de ver, o dano ambiental provocado pela explosão do navio não atingiu apenas o eco-sistema local, causando dano e afetando o interesse de toda a população, mas, por extensão ou ricochete, atingiu pessoas que dependiam diretamente deste eco-sistema equilibrado como fonte de manutenção e subsistência. Conforme se percebe, determinados danos ambientais são mais profundos pois, além de atingir de forma todos aqueles que têm interesse no meio ambiente equilibrado, atingem outros de forma pontual e específica. Dentre os membros da sociedade uns são mais fortemente atingidos que os outros.

### 3.4 Leis de repressão por danos ambientais: evolução

Para iniciarmos este assunto é importante citar Meirelles (1986, P. 07) quando assim se pronuncia sobre a matéria proteção ambiental:

A proteção ambiental visa à preservação da natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das ações civilizadas, que em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar. Essa ação destruidora da Natureza é universal e milenar, mas agravou-se neste século, em razão do desmedido crescimento das populações e do avanço científico e tecnológico, que propiciou à humanidade a mais completa dominação da terra, das águas e do espaço aéreo.

A preocupação com a responsabilidade ambiental no Brasil só começou a ganhar formato legislativo sério em meados da década de 70 com a edição de normas protetivas por influência da Declaração do Meio Ambiente, fruto da Conferência das Nações Unidas realizada de 5 a 16/6/72 na cidade de Estocolmo. É a partir daí que o legislador brasileiro começou a exteriorizar de forma mais atenta, através da lei, sua preocupação com os danos ao meio ambiente, começando por responsabilizar em casos específicos aqueles que em determinadas situações viessem a agredir o meio ambiente.

O início se deu com a edição do Decreto 79.347 de 20 de março de 1977, que por sua vez promulgou a Convenção Internacional sobre responsabilidade civil em danos causados através de poluição por óleo. Logo em seguida foi promulgada a Lei 6453 de 17 de outubro de 1977, quando em seu artigo 4º, caput, acolheu a responsabilidade objetiva por danos provenientes de atividade nuclear, cuja redação vale a pena transcrever: “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.”

Ainda no plano infraconstitucional a preocupação legislativa na repressão aos danos causados ao meio ambiente, apareceu com maior vigor no advento da Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente que, além de definir meio ambiente natural, degradação ambiental e poluição, resolveu em seu artigo 14 § 1º responsabilizar objetivamente aquele que viesse a causar dano ambiental, legitimando o Ministério Público a cobrar tal reparação.

Avanço extraordinário ainda no plano infraconstitucional foi o alcançado com a edição da Lei 7.347/85, que instituiu a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente que, além de confirmar o Ministério Público como legitimado para a referida ação reparatória ambiental, elencou no seu artigo 1º, dentre outros objetos de tutela, o meio ambiente, conforme se traduz da leitura do referido artigo e seu inciso I, que assim dispõe: art. 1º regem-se pelas disposições desta Lei sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente.

Convém lembrar que essa preocupação legislativa, até o advento da Constituição de 1988, se exteriorizou apenas no plano infraconstitucional, pois nenhuma emenda constitucional de caráter ambiental fora inserida no texto da C.F. de 1969.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 pela primeira vez numa Constituição brasileira foi abordado o tema “meio ambiente” e desta vez foi dedicado inclusive um capítulo que, além de contemplar um conceito normativo ligado ao meio ambiente natural, reconheceu também a sua extensão como o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho, o meio ambiente cultural e o patrimônio genético, que mereceram também da C. F. tratamento em outros artigos. O legislador constituinte trouxe para o texto constitucional a preocupação com a preservação do meio ambiente, anteriormente protegido apenas no plano infraconstitucional.

Além do capítulo V, inserido no título VIII, quando a Constituição Federal-CF tratou exclusivamente do meio ambiente, outros dispositivos constitucionais espalhados pelo texto demonstram de forma clara o salto que tivemos em matéria de preocupação legislativa, agora em nível constitucional, algo que bem pouco tempo atrás não poderíamos imaginar, ou seja, a CF. dedicou um espaço considerável ao meio ambiente. Mostraremos aqui os dispositivos da nossa Constituição que bem demonstram esse acordar constitucional para um assunto tão importante:

Em sede Constitucional, são encontráveis os seguintes pontos dedicados ao meio ambiente, ou a este vinculados direta ou indiretamente: art. 5º, incisos XXIII, LXXI, LXXIII; art. 20, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XI e §§ 1º e 2º; art. 21, incisos XIX, XX, XXIII, alíneas a, b e c, XXV; art. 22, incisos IV, XII, XXVI; art. 23, incisos I, II, IV, VI, VII, IX, XI; art. 24, incisos VI, VII, VIII; art. 43, § 2º, IV e § 3º; art. 49, incisos XIV, XVI; art. 91, § 1º, inciso III; art. 129, inciso III; art. 170, inciso VI; art. 174, §§ 3º e 4º; art. 176 e §§; art. 182 e §§; art. 186; art. 200, incisos VII, VIII; art. 216,

inciso V e §§ 1º, 3º e 4º; art. 225; art. 231; art. 232; e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os artigos 43 e 44 e §§ (Antunes, 2002, p. 53).

Os dispositivos citados mostram o quanto evoluímos no tratamento legislativo constitucional, quando o assunto é o meio ambiente.

Sobre esta questão Bessa Antunes (2002, p. 53) assim se pronuncia:

A Lei Fundamental reconhece que as questões pertinentes ao meio ambiente são de vital importância para o conjunto de nossa sociedade, seja porque são necessárias para a preservação de valores que não podem ser mensurados economicamente, seja porque a defesa do meio ambiente é um princípio constitucional que fundamenta a atividade econômica (Constituição Federal art. 170, VI). Vê-se, com clareza que há, no contexto constitucional, um sistema de proteção ao meio ambiente que ultrapassa as meras disposições esparsas. Faz-se necessário, portanto, que as normas ambientais sejam consideradas globalmente, levando-se em conta as suas diversas conexões materiais e de sentido com outros ramos do próprio Direito e com outras áreas de conhecimento.

Um outro aspecto muito importante a ser considerado para o nosso trabalho recai nos dispositivos que disciplinam a competência dos entes federados para administrar e legislar em matéria ambiental.

Ao distribuir a competência administrativa entre os entes da Federação no cuidado com o meio ambiente, a Constituição Federal – CF em seu art. 23, incisos VI e VII, o faz da seguinte forma:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) VI – Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – Preservar as florestas, a fauna e a flora.

Após fazer a distribuição administrativa de competências para cuidar do meio ambiente, numa segunda etapa a C.F. também faz uma delegação de competência entre os entes federados para legislarem a respeito do tema, conforme consta do seu art. 24, incisos VI e VIII, que assim descreve:

Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VI – Florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; (...) VIII – Responsabilidade por dano ao meio ambiente<sup>22</sup>, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos.

---

<sup>22</sup> Grifo nosso.

Como se percebe dos dispositivos supratranscritos essa distribuição de competência tem como objetivo realizar a descentralização da proteção ambiental no país. Desta forma, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem ampla competência para administrar e legislar sobre matéria ambiental. Isso se justifica pelo fato de que o prejuízo ambiental é na maioria das vezes de consequência nefasta para toda a população; é por isso que o meio ambiente sadio é encarado na atualidade como direito humano fundamental, merecendo atenção do legislador.

A edição da Constituição Federal de 1988 fez despertar uma consciência ecológica que se espalhou por todo o país, não só do ponto de vista legislativo, mas também do ponto de vista da mobilização de setores da sociedade que se organizaram para enfrentar a também crescente onda de agressões ambientais que se espalhou por todo o território. Várias normas de caráter repressivo a condutas agressivas ao meio ambiente foram editadas tais como as leis:

- 1) Lei 7.802/89 (Agrotóxicos);
- 2) Lei 7.805/89 (Lavra garimpeira);
- 3) Lei 9605/98 (Crimes ambientais);
- 4) Lei 9.765/98 (Energia nuclear);
- 5) Lei 9795/99 (Educação ambiental);
- 6) Lei 10.257/01 (Estatuto da cidade);
- 7) Lei 10.308/01 (Energia nuclear).

São apenas alguns exemplos de normas importantes editadas sob o manto da C.F., para atender aos reclamos de um meio ambiente que, por descuido principalmente do Estado encarregado na sua preservação, vem sofrendo agressões de toda a ordem, inclusive por parte daqueles que deveriam preservá-lo e, no entanto, fazem exatamente o contrário.

Não poderíamos encerrar este item sem citar Silva, G. E. N. e Accioly, H. (2002 p. 321) quando comentam sobre a Eco 92 realizada na cidade do Rio de Janeiro:

As nações Unidas realizaram em junho de 1992, no Rio de Janeiro, outra Conferência destinada não só à solução dos problemas ambientais senão também aos ligados ao desenvolvimento. Constatou-se que, nos vinte anos entre as duas Conferências, a saúde do planeta havia piorado consideravelmente. Como resultado de dois longos anos de preparação, a Conferência aprovou não só uma Declaração, senão também a *Agenda 21*,

onde, para todos os problemas foram apresentadas soluções, inclusive financeiras e técnicas. Foram ainda assinadas duas Convenções, respectivamente sobre Diversidade Biológica e sobre Mudança de Clima.

Dentre os vários princípios desse documento do Rio de Janeiro, um deles, o princípio de número 13, nos chama a atenção para este trabalho quando diz que os Estados deverão elaborar legislação relativa à responsabilidade e à indenização às vítimas de contaminação e outros danos ambientais, bem como deverão cooperar de modo mais incisivo na feitura de novas leis internacionais sobre responsabilidade e indenização pelos danos ambientais causados pelas atividades realizadas sob a sua jurisdição. Com isso percebe-se mais um avanço no sentido de trazer o Estado como co-responsável em matéria de dano ambiental

### 3.5 Reparação do dano ambiental: objeto, procedimento e finalidade.

Para efeito de reparação do dano ambiental, o ordenamento jurídico brasileiro antes de especificar e detalhar como deve ser a indenização ou a reparação de um dano ecológico procura, num primeiro plano, estabelecer e às vezes até impor políticas de prevenção, antevendo a probabilidade do dano com uma orientação voltada à prevenção e com isso à preservação; isso se faz com as exigências de Área de Preservação Permanente, Avaliação de Impacto Ambiental, Estudo Prévio de Impacto Ambiental, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ambiental, ou seja, acautelar para evitar o dano, conforme resolução 237, artigo 8º, 9º e 10º.

Porém, diante da concreção de um dano que se fez de forma abrupta ou silenciosa, antes ainda de se falar em indenização propriamente dita, o nosso ordenamento jurídico procura verificar se é possível a restauração, ou seja, a devolução do meio ambiente agredido ao “*Status quo ante*”, pois, em se tratando de dano ambiental, com certeza é preferível a restauração ou a reabilitação de uma área degradada, a ver todo esse mal ser traduzido em pecúnia, mesmo porque, alguns bens ambientais, como a camada de ozônio, por exemplo, impõem difícil valoração em dinheiro.

Ainda sobre a possibilidade de restauração de dano causado ao meio ambiente é importante atentarmos para o § 2º do art. 225 da CF. que assim dispõe:

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.

Sobre o objeto do dano ambiental a ser reparado, é interessante atentarmos para os termos das conclusões do V Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado na cidade de São Paulo, nos dias 04 a 07 de junho de 2001, quando, no item 5, fazem a seguinte recomendação:

A reparação do dano ambiental faz-se, necessariamente, pela restauração do bem lesado, com o retorno dos processos ecológicos afetados ao seu “*status quo ante*”. Não sendo a restauração tecnicamente viável, aceitasse a compensação *in natura* (substituição de um bem jurídico ambiental por outro funcionalmente equivalente). Só quando essas duas modalidades de reparação

forem impossíveis é que se admite a conversão da obrigação em indenização pecuniária. (CARTA DE SÃO PAULO, 2002, Intr.)

Quando a restauração cabal do prejuízo ambiental tornar-se impraticável porque a natureza do estrago já não mais permite retroceder no dano, interrompendo ou eliminando os seus efeitos através de interdição ou de Termo de Reajustamento de Conduta, ou porque, esse dano ambiental é daqueles que não comporta restauração por tratar-se de obrigação física ou naturalmente impossível, como, por exemplo, a contaminação do lençol freático ou o desaparecimento de uma espécie animal, nessas situações, como forma de se compensar o prejuízo ecológico, só resta a indenização pecuniária, e não só para esses casos, mas também para compensar a diferença daquilo que não se pode restaurar por completo. Conforme pondera Gonçalves (2005, p. 92):

A reparação do dano ambiental pode consistir na indenização dos prejuízos, reais, ou legalmente presumidos, ou na restauração do que foi poluído, destruído ou degradado. A responsabilização do réu pode ser repressiva da lesão consumada ou preventiva de uma consumação iminente. Melhor será, sempre, a ação preventiva, visto que há lesões irreparáveis *in specie*, como a derrubada ilegal de uma floresta nativa ou a destruição de um bem histórico, valioso pela sua origem e autenticidade.

A reparação deve ser a mais completa possível, não apenas do ponto de vista material, mas também do ponto de vista moral. Os danos emergentes (aquilo que o prejudicado efetivamente perdeu e o que dispendeu ou gastou) e os lucros cessantes (tudo aquilo que o prejudicado deixou de ganhar em consequência direta ou indireta do ato lesivo) devem merecer ressarcimento completo.

Sendo o dano difuso, a reparação visa a reconstituir o meio ambiente lesado e para isso o que for arrecadado na condenação será destinado ao Fundo para Reconstituição de Bens Lesados, art. 13 da Lei 7347/85, posteriormente regulamentado pelo decreto nº. 92.302, de 16 de janeiro de 1986 que prescreve:

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 a reconstituição dos bens lesados.

Para concluir, é importante observar, uma vez que se afigure a possibilidade mesmo que remota da ocorrência de um dano ambiental, que se deve buscar a prevenção, porém, se o dano já se verificou, é função de todos nós, inclusive do Estado, repará-lo, e, a partir daí, evitar que outros se repitam.

### 3.6 As ações adequadas e os legitimados a propô-las.

Antes de analisarmos as ações adequadas para reparação dos danos ambientais é importante destacar que, muitas vezes, mesmo antes da propositura de uma ação de natureza reparatória, o poluidor já tenha sofrido sanções de natureza administrativa, mas nem por isso está isento de responder judicialmente pelo mesmo dano. Quem melhor explica esta situação é Rodrigues (2006, p. 113), quando assim se pronuncia:

Com efeito, há independência entre as esferas de responsabilidade civil e administrativa. Por exemplo, se uma empresa causa um derramamento de óleo incorre na sanção administrativa que pode consistir em advertência, multa simples, multa diária, embargo de atividade, suspensão total das atividades e outras previstas no Art. 72, da Lei nº 9.605/98, bem como na sanção civil consistente na reparação integral do ecossistema atingido pela conduta da empresa.

Feitas estas considerações preliminares, passaremos, a partir de agora para a análise do dano ambiental e as ações adequadas para sua reparação. Sabemos que o dano ambiental atinge primeiro um bem difuso, podendo depois alcançar por via reflexa também um bem individual, conforme vimos no item 3.3. O importante agora é mostrar as ações pertinentes para cada caso e quem poderá delas fazer uso.

Quanto ao dano difuso, uma das ações adequadas para a sua reparação é a Ação Popular Ambiental, cujo legitimado é o cidadão ou cidadãos, ação esta prevista na Lei n. 4.717/65, e constitucionalmente consagrada no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal – CF, que assim descreve:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público, ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente<sup>23</sup> e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A Ação Popular ambiental terá sempre no pólo passivo o Estado como causador direto ou indireto do dano ambiental, cuja condenação será revertida em favor da coletividade, uma vez que o autor popular, quando assim procede, não o faz, visando a interesse próprio, mas ao da sociedade como um todo. Conforme julgado: Apelação

---

<sup>23</sup> Grifo nosso.

Civil n. 39585, (2007), da Capital do Estado de Santa Catarina, em cuja ementa ficou decidido:

**Ação Popular – Meio ambiente** – Autorização da FATMA para construção de emissário de esgoto sanitário – ausência do relatório de impacto ambiental – RIMA (RES. N. 001/86 do CONAMA) – ilegalidade e lesividade do ato demonstrando a precedência da ação.

A propositura da Ação Popular pode ser feita de forma individual, mas também admite o litisconsórcio ativo, passivo ou misto em relação aos que se encontram na mesma situação jurídica.

O outro instrumento jurídico adequado para se pleitear a reparação de um dano ambiental ou para cessar a sua prática ou até para inibir o seu início é a Ação Civil Pública Ambiental, cujos legitimados encontram-se descritos no art. 5º caput, e incisos I e II. Da Lei 7347/85:

A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – Esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – Inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, á ordem econômica, á livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, e paisagístico.

Dentre os legitimados ativos, para pleitearem a reparação de um dano ambiental via Ação Civil Pública, quando o dano for difuso, inclusive com reflexos no plano individual, dentre os legitimados que vimos no artigo supracitado, o Ministério Público merece destaque, pois este possui legitimação inclusive constitucional, como se percebe da transcrição do art. 129 da Constituição Federal – CF, que diz: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – Promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do **meio ambiente**<sup>24</sup> e de outros interesses difusos e coletivos”. Além disso, a referida Lei da Ação Civil Pública disponibiliza para o Ministério Público o “Inquérito Civil”, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 8º, nos seguintes termos: “O Ministério Público poderá instaurar, sob a sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá

---

<sup>24</sup> Grifo nosso.

ser inferior a 10 (dez) dias.” Como se percebe, o Ministério Público exerce uma posição de proeminência em relação aos outros legitimados para propositura da Ação Civil Pública.

É importante, para melhor entendermos as disposições legais acima citadas, verificarmos o entendimento de Gonçalves (2005 p. 91 - 92) sobre o assunto, quando assim se pronuncia:

A Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985 disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, legitimando precipuamente o Ministério Público para propô-la, como também as entidades estatais, autarquias, paraestatais e as associações que especifica (art. 5º), sem prejuízo da ação popular (art. 1º) Estas duas ações têm objetivos assemelhados, mas legitimação de autores diferentes, pois a civil pública pode ser ajuizada pelo Ministério Público e pelas pessoas jurídicas acima indicadas, e a popular só pode ser ajuizada por cidadão eleitor (Lei n.º 4.717/65 art. 1º). Ambas têm em comum a defesa dos interesses difusos da coletividade, e não o amparo do direito individual de seus autores. A Lei n. 7.347/85 é unicamente de caráter processual, devendo o pedido e a condenação basearem-se em disposição de alguma lei material da União, do Estado ou do Município que tipifique a infração ambiental a ser reconhecida e punida judicialmente, e independentemente de quaisquer penalidades administrativas ou de ação movida por particular para defesa de seu direito individual.

A Ação Civil Pública, quando de cunho ressarcitório, serve não apenas para recompor o patrimônio difuso afetado, mas também o individual. Porém, não podemos esquecer que o titular do direito individual atingido pelo dano não está obrigado a esperar o êxito de tal ação. Isso porque o sucesso da referida ação permite que o prejudicado individual se habilite na execução da mesma para que possa se recompor do prejuízo que sofreu. O prejudicado individual não está, desde a ocorrência do dano, jungido a essa ação coletiva. Pode valer-se de ação individual para se recompor do prejuízo sofrido.

Quanto à abrangência ou extensão da coisa julgada na ação civil pública, vale a pena transcrever o que diz o art. 16 da Lei 7347/85:

A sentença civil fará coisa julgada ‘erga omnes’, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Fica claro, através do dispositivo citado, que os outros legitimados para pleitear ressarcimento não estão atrelados ao sucesso ou insucesso da ação civil pública, pois que a coisa julgada naquela não irá prejudicá-los, inibindo a propositura de ações outras com o mesmo objeto.

Cumpra observar também que nas ações coletivas já mencionadas os legitimados, para sua propositura, também possuem essa opção de escolha entre os causadores, para responder em conjunto ou isoladamente em face do mesmo princípio, o da solidariedade na causação de dano ambiental quando houver multiplicidade de causadores, conforme veremos adiante no item dedicado à solidariedade.

Para o prejudicado individual, pessoa física ou jurídica, quando aquele que lhe causou o dano ambiental for também pessoa privada ou pública, a ação adequada é a *Aquiliana Objetiva*, pois o § 1º do art. 14 da Lei 6938/81 assim especifica:

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.

Sendo este dispositivo o diploma básico da responsabilidade civil pela prática de dano ambiental, consideramos que o prejudicado individual pode dele valer-se contra aquele que causou o dano difuso e que, por via reflexa, o atingiu. Isso sempre pelo ângulo da responsabilidade objetiva. Entendemos que tal dispositivo serve de supedâneo não apenas para ações coletivas difusas, mas, também, para ações individuais. Todas com fundamento na responsabilidade objetiva.

É desta forma que o direito abre para o prejudicado individual - quando este identifica o causador direto, ou o causador indireto - optar em colocar todos no pólo passivo da mesma ação ressarcitória, quando forem múltiplos os causadores, podendo ainda, no caso, acionar apenas um, responsabilizando-o pela integral reparação, pois são solidários no ressarcimento, conforme veremos adiante.

É evidente que, se o dano ambiental atingiu também de forma isolada pessoa física ou jurídica, como, por exemplo: destruição de floresta de eucalipto destinada à venda; peixes na lagoa de um “pesque e pague”, etc, a reparação do dano nesses casos, consistirá em ressarcir o proprietário, pessoa física ou jurídica, daquilo que efetivamente

perdeu, tanto moral quanto materialmente. Nesse caso, valendo-se da ação *aquiliiana* contra o causador direto, se este também for particular, seja ela pessoa física ou jurídica. Porém, se, associada à conduta do causador direto, estiver presente uma conduta omissiva do Estado que podia, mas não impediu o resultado, a reparação integral do dano correrá também às suas custas.

Conforme estamos demonstrando ao longo deste trabalho, nossa preocupação é responsabilizar o Estado por eventuais danos que a sua conduta omissiva ambiental possa provocar ao patrimônio ecológico difuso bem como ao patrimônio individual que por ricochete tenha também sido atingido. Das ações que mostramos até agora, coletivas ou individuais, nada impede que o Estado figure no pólo passivo em conjunto ou isoladamente, desde que, como qualquer outra pessoa física ou jurídica, de algum modo tenha contribuído direta ou indiretamente para a existência de um dano ambiental.

## **Capítulo IV-A Omissão Como Causa da Responsabilidade Objetiva do Estado Por Dano Ambiental.**

### **4.1 O dever de agir do Estado na prevenção do dano ambiental.**

Nos capítulos anteriores apresentamos a origem e evolução da responsabilidade patrimonial do Estado, e, de maneira geral, como ela está situada no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste capítulo salientaremos a importância do tema “Responsabilidade Patrimonial do Estado” nos casos em que o resultado danoso tem nexos com uma conduta omissiva do agente público, que por sua vez representa o Estado, ou seja, nos casos em que a lei impõe o dever de atuação e, mesmo assim esta não se verifica, gerando a possibilidade da ação ressarcitória coletiva ou individual escorada na teoria do risco.

Considerando que o dano ambiental não pode ser equiparado a um dano qualquer, tem ele proeminência com relação aos outros, ou seja, requer tratamento diferenciado e atenção especial. Por isso, nenhuma outra espécie de dano dispensou tratamento constitucional e infraconstitucional tão específico quanto o dano ambiental. Esta análise diferenciada faz-se, logicamente em razão de suas consequências.

Montesquieu (2004, p. 220) já tinha essa preocupação quando exteriorizou em sua obra a grande importância de se respeitar a natureza, assim se pronunciando:

Afirmarei ainda que o crime contra a natureza jamais progredirá muito numa sociedade, se o povo a ele não tiver sido levado pela força de algum costume, como dos gregos, entre os quais os jovens realizavam nus todos os seus exercícios; como conosco, onde a educação doméstica está fora de uso; como com os asiáticos, entre os quais os indivíduos particulares têm um grande número de mulheres por eles desprezadas, enquanto outros não podem tê-las. Que não se dê espaço para esse crime, que não seja proscrito através de um policiamento preciso, como todas as violações dos costumes, e se verá a natureza defender seus direitos ou retomá-los. Doce, amável, encantadora, ela espargiu os prazeres com mão generosa e, nos cumulando de deleites, ela nos prepara através dos filhos que, por assim dizer, nos fazem renascer, para satisfações maiores do que estes próprios deleites.

Ainda sobre a prevenção para evitar o dano ambiental no Brasil, esse cuidado é recente, uma vez que temos um passado de descuido com as questões ambientais como demonstra Silva (2002 p. 50):

O Brasil, desde o seu descobrimento, não teve o cuidado de preservar o seu patrimônio ecológico. Preocupando-se somente com o lucro, tratou de extrair da terra todas as suas riquezas naturais.

Passamos do extrativismo vegetal, com o corte da nossa madeira de lei (o pau-brasil), para o extrativismo mineral, com garimpo de ouro e de pedras preciosas. Em seguida, foi a vez do extrativismo animal e vegetal, com os ciclos do gado e do café, até que, finalmente, adentramos no ciclo industrial. Preocupados apenas com o ganho fácil, nossos colonizadores, e depois nós mesmos, procuramos apenas extrair da natureza as suas benesses, não renovando as árvores cortadas, causando erosão em nosso terreno histórico, e destruindo a herança deixada pelos nossos primeiros nativos.

Já tivemos oportunidade de ver no item 3.4, que o art. 23, incisos VI e VII da CF distribuiu entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a tarefa comum de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e ainda preservar as florestas, a fauna e a flora. Portanto, do ponto de vista administrativo, é atribuição comum a todos os entes federados prevenir e evitar assim que o dano ambiental aconteça.

Da leitura do preceito constitucional em comento não há mais dúvida de que a prevenção e a preservação do meio ambiente estão num primeiro plano a cargo do Estado. É ele, o Estado, o responsável maior mesmo porque está ele melhor aparelhado material e legislativa para tomar medidas de preservação, é dele que se espera a atitude primeira no agir preventivamente, mesmo porque as medidas de polícia ambiental<sup>25</sup> só podem ser encabeçadas pelo Poder Público.

Do ponto de vista legislativo a CF. também municia de poder legiferante para mobilizar e ajustar o seu agir na prevenção e na repressão aos danos ambientais, uma vez que o art. 24, incisos VI e VIII autorizam também a União, os Estados e o Distrito Federal a legislar concorrentemente sobre conservação da natureza, meio ambiente, controle da poluição e outras matérias de cunho ambiental.

Ainda nessa linha constitucional de prevenção, para melhor compreensão e sustentabilidade do nosso trabalho, embora norma pragmática, o art. 225 caput merece reflexão, pois reafirma essa atribuição do Poder Público em prevenir o dano ambiental quando assim preconiza:

---

<sup>25</sup> Polícia ambiental é uma das muitas variantes da polícia administrativa oriunda do poder de polícia do Estado, prevista no Artigo 78 do Código Tributário Nacional.

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.

Se atentarmos para os exatos termos do art. 225, chegamos facilmente à conclusão de que o dever de cuidado com o meio ambiente é para todos, mas principalmente para o Estado em todas as suas dimensões (autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista), portanto, não há dúvida de que os dispositivos constitucionais até agora citados impõem um dever de agir do Estado na prevenção do dano ambiental e, como se sabe, o não agir quando se está obrigado gera responsabilidade.

Pela preocupação ambiental inserida nos dispositivos supracitados, conclui-se facilmente que o dano ambiental está em um patamar distinto com relação aos outros tipos de dano de maneira geral. Isso, independentemente de quem venha a provocá-lo ou de que maneira o provocou, se por ação, ou omissão. Desta maneira o dano ambiental gera para o seu causador uma responsabilidade especial, com uma repressão mais intensa que qualquer outro dano, em virtude das conseqüências sociais provocadas. Assim sendo, o Estado deve estar sempre na vanguarda da prevenção do dano ambiental para evitar possíveis degradações, pois as suas conseqüências são quase imensuráveis.

Para que possamos entender melhor o que vem a ser degradação ambiental e o que ela pode gerar, é interessante o ensinamento de Silva (1998, p.09):

A ação predatória do meio-ambiente natural se manifesta de várias maneiras, quer destruindo os elementos que o compõem, como a derrubada das matas, quer contaminando-os com substâncias que lhe alterem a qualidade, impedindo o seu uso normal, como se dá com a poluição do ar, das águas, do solo e da paisagem. *Atmosfera* (ar, clima), *hidrosfera* (rios, lagos, oceanos), e *litosfera* (solo) são três órbitas entrelaçadas que mantêm a vida orgânica. A contaminação de uma compromete também a pureza das outras, direta ou indiretamente...

É bom lembrar também que, dentre os bens ambientais que vêm sofrendo degradação ambiental e exigindo vigilância redobrada por parte do Estado e de todos, está a água, cuja importância mencionada por Del' Olmo (2006 p. 291):

O planeta que habitamos é, essencialmente, formado por água, que ocupa mais de três quartos de sua superfície. Esse líquido é vital para a vida na Terra, que dele necessita para quase todas as atividades e os mais variados

empregos. Inúmeras populações vivendo junto ao mar ou às margens de lagos ou rios, têm a sobrevivência através da pesca, fonte principal de sua alimentação e fator gerador de outros recursos. Também é na água que o ser humano encontra o caminho para o mais antigo e um dos mais importantes meios de transporte, a navegação.

Ensinamentos como estes mostram-nos que esse dever de agir na prevenção do dano ambiental se faz visível quando o Estado, para conceder licença, faz determinadas exigências para sua emissão. A falta de cautela para a sua emissão implica omissão no dever de agir na prevenção do dano e, se essa emissão é atribuição exclusiva do Estado, a sua irregularidade, fruto da ineficiência desse mesmo Estado, implicará sua responsabilização. Pois algumas medidas de cautela, como a licença ambiental, são por lei de competência privativa dos órgãos criados para esse fim, o que implica de imediato, responsabilidade pela atribuição que reclamarem para si.

## 4.2 A omissão do Estado em concurso com a ação de causadores diretos.

A existência de um dano ambiental pressupõe logo a existência de um fenômeno causador que pode ser tanto um evento da natureza como chuva, vulcão, terremoto ou furacão, por exemplo, como também a conduta humana consciente ou inconsciente. Para o nosso trabalho nos interessa qualquer forma de causação do dano. Isso porque, a existência de um dano pode ser fruto de uma conduta ou de várias condutas distribuídas entre particulares e agentes públicos. Com isso podemos dizer que na maioria dos danos ambientais, verifica-se que, eles são frutos de um somatório de condutas convergentes praticadas em conjunto, ao mesmo tempo ou em momentos distintos. Porém, tais condutas podem ter sido pré-ordenadas e coordenadas para o mesmo fim e, desta forma, para efeito de reparação e responsabilização, devem ser valoradas no conjunto para se saber a intensidade e a importância de cada uma delas, para distribuir, de forma equitativa, a responsabilidade de cada um dos causadores na medida da sua participação.

Diniz (2007, p. 579) é muito clara em dizer que:

(...) se vários forem os fatos lesivos, mesmo culposos, mas se um deles, podendo evitar o dano interveio e causou prejuízo, só ele é causa. Se todos contribuíram para o evento danoso, que não ocorreria se não houvesse a conjugação deles, todos serão tidos como causas concorrentes (CC, art. 942).

É essa análise da multiplicidade de condutas que vai permitir que o prejudicado aquilate a conveniência em responsabilizar, em conjunto ou isoladamente, os responsáveis; portanto, se o resultado advém de causas, ou seja, multiplicidade de condutas, isso pode conduzir ao raciocínio de que pode ter havido causadores com grau maior ou menor de influência no resultado.

Para isso vejamos a precisa lição de Milaré (1987 p. 37):

Parte passiva da ação ambiental será o responsável pelo dano ou pela ameaça de dano, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, inclusive a Administração pública. Entendemos que o Poder Público poderá sempre figurar no pólo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do meio ambiente: Se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será ao menos solidariamente, por omissão de um dever que é só seu, de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Ao Estado restará, no entanto, voltar-se regressivamente, neste último caso, contra o direto causador do dano.

Em se tratando de dano ambiental, face às atribuições constitucionais conferidas ao Estado na preservação e proteção ao meio ambiente, seriam poucos os casos em que, diante de um dano ambiental, não estivesse presente o Poder Público, concorrendo este com outras condutas de figuras estranhas a ele, mas atreladas por um ponto comum de fato ou de direito.

Queremos com isso demonstrar que muitas vezes a omissão do Estado, embora apareça como causa secundária na causação do evento danoso ambiental, tem importância equivalente à ação do causador direto, que muitas vezes é figura estranha ao Estado. Para efeitos ambientais a apuração de responsabilidades por um dano não pode ser vista apenas por parte do causador direto. Devem participar do ressarcimento todos aqueles que, de uma maneira ou de outra, contribuíram para que tal fato se verificasse. Todos com igual responsabilidade.

Na série causal com multiplicidade de condutas com diferentes causadores, é importante localizar a conduta omissiva do Estado e a forma como ela ocorreu. Pois existem casos em que o Estado, ao conceder a licença ambiental, já conhecia por antecipação a probabilidade de dano além dos limites previamente traçados. Em outras situações em que o dano ambiental verificado já havia dado sinais de que poderia ocorrer, apesar do prenúncio ser do conhecimento antecipado de agente do Estado, com poder e capacidade para agir, esse nada fez por impedi-lo. Como se percebe, nos dois casos, se o Estado não tivesse sido omissivo naquilo que é dever seu, o resultado não teria ocorrido. Por isso, a sua inércia concorre em pé de igualdade com a conduta de outros causadores, muito embora num primeiro instante apareça como causa secundária.

O que estamos demonstrando é que pode haver nivelamento de condutas entre a omissão do Estado e a ação de terceiros, colocando no mesmo pé de igualdade aquele que deixou de vigiar, dado que tinha o dever específico de impedir o resultado, que no caso é o Estado, é aquele terceiro que tem o dever genérico de não causar dano ao meio ambiente.

Um caso concreto poderá demonstrar o ponto sobre o qual discorreremos. Trata-se do vazamento de resíduos químicos do reservatório da indústria Cataguazes de Papel e Celulose, ocorrido no dia vinte e nove de março de dois mil e três, na região da Zona da Mata Mineira, quando atingiu os rios Pomba e Paraíba do Sul, afetando diretamente

trinta e nove municípios do Estado de Minas Gerais e oito do Rio de Janeiro. O acidente causou prejuízos incalculáveis ao eco-sistema e à população ribeirinha, que ficou sem abastecimento de água durante muitos dias. Também, no “caso de Cataguazes”, trinta e quatro produtores rurais foram afetados pela contaminação. ( [www.http/pesquisa internet/cataguazes/cataguazes.htm](http://www.http/pesquisa internet/cataguazes/cataguazes.htm))

Em 1986, a Indústria de Papeis Cataguazes foi acusada pela Comissão de Defesa do Rio Pomba por despejar resíduos químicos diretamente naquele rio. A notícia chega à grande imprensa, embora sem punição, a empresa se compromete a construir reservatório próprio, não mais repetindo agressão ambiental. Após a troca de comando societário na empresa, os novos sócios são autuados pela Fundação do Meio Ambiente de Minas Gerais – FEAM. Os sócios da empresa são intimados a dar solução adequada aos rejeitos químicos da empresa, em conformidade com a Lei de Proteção ao Meio Ambiente. ( [www.http/pesquisa internet/cataguazes/cataguazes.htm](http://www.http/pesquisa internet/cataguazes/cataguazes.htm))

Do exposto, chegamos à conclusão de que não é novidade para os órgãos ambientais que uma empresa, que há dezessete anos vem dando demonstrações de pouca preocupação com o meio ambiente, deve ser vigiada do ponto de vista ambiental com maior atenção. Dessa forma o catastrófico dano ambiental de março de dois mil e três, poderia perfeitamente ter sido evitado, se o Estado, incumbido dessa vigilância, tivesse agido em tempo e tomado dentro de seu poder de polícia ambiental, providências que, com certeza, teriam evitado não só o dano difuso, mas também os danos individuais decorrentes não apenas do desleixo da indústria mencionada, mas também de um Estado omissivo na questão ambiental. Assim sendo, as condutas nivelam-se, abrindo para os prejudicados a possibilidade de escolher nas ações reparatórias qualquer deles, Estado ou empresa, para suportarem os efeitos nefastos de dano ambiental que dificilmente desaparecerá da memória de quem viu e sofreu com tamanha desídia.

### 4.3 A responsabilidade solidária do Estado.

Para melhor compreensão do que vêm a ser solidariedade em matéria jurídica, o art.264 do Código Civil diz que: “Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado à dívida toda.” Com isso o dispositivo em comento estabelece duas modalidades de solidariedade, ativa e passiva. Porém, a solidariedade que realmente nos interessa neste trabalho é apenas a passiva, que se faz clara na definição de Rodrigues (2002, p. 62):

Ocorre a solidariedade passiva quando, havendo vários devedores, o credor tem direito de exigir e de receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum. Ainda que, se incorresse a solidariedade, cada devedor só responderia por uma parcela do débito, dada a subdivisão, por todos do montante da prestação. Se, por exemplo, figurássemos a existência de dois devedores, cada qual só poderia ser cobrado e compelido a pagar a metade do débito. Todavia, a presença da solidariedade suspende a eficácia do princípio *concurso partes fiunt* e cada devedor solidário pode ser constringido a oferecer toda a prestação, embora, em tese, seja devedor apenas de parte.

Questão interessante é a que dispõe o art. 265, também do Código Civil quando diz que: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.” O que o dispositivo em comento estabelece é que existem apenas duas únicas fontes para a solidariedade: a lei ou contrato, ou seja, não havendo previsão legal ou contratual, presume-se inexistente a solidariedade, salvo prova em contrário. Porém, o dispositivo citado precisa ser analisado à luz do art. 942 caput, também do mesmo Código, quando assim estabelece: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; **e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.**” Aqui o princípio da solidariedade passiva aplica-se diante do concurso de agentes na prática do ilícito, ou seja, quando duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas violam direito alheio e causam-lhe dano.

Em matéria de reparação de dano ambiental a aplicação do princípio da solidariedade é fundamental, pois, a evidente dificuldade de se determinar com precisão a medida da participação real e concreta de cada um daqueles que de uma forma ou de outra contribuíram para o dano, dificultaria ao prejudicado a obtenção da sua reparação.

E é por isso que o princípio da solidariedade ao qual estão sujeitos os causadores de dano ambiental facilita para o prejudicado o ressarcimento a que faz jus.

A solidariedade amparada no direito positivo brasileiro, conforme as colocações de Nery (1984, p. 284) faz com que seja:

(...) irrelevante tenha sido produzido o dano por causa principal ou causas secundárias, ou ainda, concausas. Havendo dano causado por mais de uma pessoa, todos são solidariamente responsáveis (...) Em se tratando de dano ambiental, a continuidade delitiva é motivo bastante para a condenação atual da indústria poluente, não obstante tenha sido o dano provocado também por algum antecessor no tempo. É nisso que reside a indenização por responsabilidade objetiva solidária dos danos causados ao meio ambiente.

Ou nos dizeres de Gonçalves (2005, p. 96):

São sujeitos responsáveis pela reparação do dano ambiental todos aqueles que, por conduta ou por força de lei, colocam-se em posição jurídica potencialmente lesiva à qualidade ambiental, criando assim risco de produzir tais danos. Todos que assim se comportarem respondem solidariamente na forma do art. 1518, in fine, do CC [de 1916, correspondente ao art. 942 do novo].

Pelo que podemos perceber, do que foi dito pelo autor supracitado,, todos aqueles que de uma forma ou outra, sejam pessoas físicas ou jurídicas públicas ou privadas, realizam qualquer conduta que concorre para o resultado danoso ambiental, estão jungidos um ao outro pelos laços da solidariedade.

Assim sendo, o que realmente nos interessa para o nosso trabalho é encontrar o espaço onde a figura do Estado omissivo pode ser colocado como responsável solidário, junto a outros causadores de dano ambiental, ou seja, quando a omissão estatal associada a outras condutas comissivas de agentes estranhos a ele, autorizar o prejudicado difuso ou individual a escolher quem melhor responderá pelo dano para cuja formação cada um participou.

Antes de prosseguirmos na análise da solidariedade em que podem incorrer os causadores de dano ambiental, inclusive o Estado omissivo, é interessante atentarmos para o que diz o art. 346 caput do Código Civil e o seu inciso III, que encerram medidas da mais correta justiça:

Art.346. A sub-rogação opera-se de pleno direito em favor: III- do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

É evidente que o obrigado que responder sozinho pela obrigação a que outros também deram causa poderá valer-se da ação regressiva, desde que denunciada em tempo à Lide, contra os demais coobrigados.

Essa solidariedade em que o Estado pode incorrer diante da existência de um dano ambiental não pode ser colocada em termos absolutos. Para tanto passamos a analisar as seguintes situações, para saber se o Estado omissivo deve ou não se responsabilizar solidariamente com outros causadores estranhos a ele.

Sabemos e já vimos no item 3.2 que determinados empreendimentos só podem funcionar mediante a expedição de licença ambiental que deve ser lavrada em estrita obediência à lei e às recomendações técnicas indicadas para cada caso. Assim sendo, levantaremos algumas hipóteses em que, tomando como base a licença ambiental, o Estado poderá ou não em nosso entender responsabilizar-se por eventuais danos daí advindos:

- a) – Nos casos em que a autorização seguiu todos os parâmetros legais e recomendações técnicas, mesmo assim, o dano ambiental que ordinariamente se esperava ampliou-se de forma inesperada e fortuita, ensejando reparação além do esperado. Entendemos nesse caso que o autorizado não poderá se eximir da reparação em virtude do risco proveito, cuja responsabilização está prevista no § 1º do art. 14 da lei 6938/81, transcrito no item 3.6. Porém, em relação ao Estado que autorizou, não seria lógico puni-lo, pois nos termos do que consagra a responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco, o fortuito funciona como excludente dessa responsabilidade; portanto, estabelecer solidariedade entre o Estado e o licenciado seria afastarmos dos princípios de justiça.

Seguindo esta linha de raciocínio, é importante ressaltar o que diz Fiorillo (2007, p. 39) sobre este tema:

Primeiramente, é importante ressaltar que inexistente, a nosso ver, relação indissociável entre a responsabilidade civil e o ato ilícito, de forma que haverá dano mesmo que este não derive de um ato ilícito. Observemos a seguinte situação: suponhamos que uma determinada empresa X emita efluentes dentro do padrão ambiental estabelecido pelo órgão competente. Admitindo que a fauna ictiológica seja contaminada pela referida descarga de

dejetos há, indiscutivelmente, apesar de a empresa ter agido licitamente, o dever de indenizar, pois, em face da responsabilidade objetiva, verifica-se apenas o dano (contaminação da biota) com o nexo de causalidade (oriundo da atividade da empresa), para que daí decorra o dever de indenizar.

Como se vê no texto acima, independentemente da legalidade da licença, ou da execução fiel por parte do poluidor aos termos da mesma, o aparecimento do dano ecológico gera responsabilidade objetiva para o seu causador direto, mas não para o Estado que o autorizou, portanto está afastada a solidariedade.

Apenas para reforçar o que acabamos de ver é importante citar Gonçalves, (2005, p. 88), quando aponta:

Também se mostra irrelevante, *in casu*, a demonstração da legalidade do ato. Em matéria de direito de vizinhança já vem a jurisprudência, de há muito, proclamando que a licença ou permissão da autoridade para o exercício de determinada atividade não autoriza que se causem danos aos vizinhos. Às vezes o ato ou a atividade desempenhada pelo causador do incômodo é perfeitamente normal e não abusiva, estando até autorizada por alvará expedido pelo Poder Público. Mesmo assim, se causar danos aos vizinhos, podem estes pleitear em juízo a redução e até a cessação do incômodo, se exercida no interesse particular, ou uma indenização, se preponderante o interesse público.

- b) – Seguindo a situação acima exposta, e constatando-se que o dano ambiental se verificou além do limite esperado, em virtude da inércia do Estado, quando, após a autorização, percebendo que poderia corrigir ou revoga-la, mesmo porque não existe direito adquirido para poluir (Milaré), podia, e devia evitar o resultado, e assim não o fez, é evidente que não poderá valer-se de qualquer exculpante. Nesse ponto é importante frisar que o Estado que concedeu a licença e tomou conhecimento do excesso ou do desvio da finalidade autorizada, porém não agiu, ou agiu tardiamente, poderá ser responsabilizado por isso, ficando também solidário com o poluidor direto na reparação do dano, ou seja, nessa mesma esteira de solidariedade e responsabilidade pode ser colocado o Estado que autorizou, porém, não fiscalizou.
- c) - Nos casos em que a autorização é feita ao “arrepio” da lei, ou, em desconformidade com as normas técnicas recomendáveis para o caso, e o dano ambiental se verifica dentro ou fora dos padrões esperados, entendemos que a responsabilidade do Estado, além de objetiva, é também solidária com a do

causador direto e imediato. Se, para o caso, foi editada lei de efeito concreto, autorizando os empreendimentos, além dos agentes administrativos, os legisladores signatários da norma respondem também pelo dano, pois, ato administrativo ilegal ou abusivo e lei de efeito concreto que por ventura provoque dano de qualquer natureza vinculam os seus signatários pelos resultados nefastos que por ventura venham a produzir. Com isso, não há dúvida de que em hipóteses como essa está presente o vínculo da solidariedade entre o causador autorizado e o Estado que autorizou.

- d) - Nos Casos de empreendimentos que passam a funcionar sem obtenção da licença exigida por lei e acabam provocando dano ambiental, o Estado conhecedor do fato e omissor diante da degradação causada por ele ou omissor pela sua não interrupção, ou por interrupção extemporânea, tem estabelecida a sua responsabilidade solidária entre ele e o poluidor.

Assim sendo, fica claro que a existência de autorização não deixa tranqüilo o poluidor, pois qualquer anomalia além aquilo que se espera não o isenta da responsabilidade pelos danos que venha a causar.

Após esta reflexão, é importante salientar o que diz Oliveira (1990, p. 51), que assim se pronuncia:

Dessa forma, para obrigar o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais, mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.

Esta posição de Oliveira encontra guarida em Lucarelli (1994, p. 16), em publicação na Revista dos Tribunais – RT 700:

Como não poderia deixar de ser, dado o caráter de ordem pública de que goza a proteção do meio ambiente, institui-se a solidariedade passiva pela reparação do dano ecológico, o que significa dizer que, por exemplo, em um distrito industrial onde seja possível individualizar-se o responsável pelo dano ambiental, todos serão solidariamente responsáveis.

Sobre este ponto, Gonçalves (2005, p. 90) é acorde com as posições de Oliveira e Lucarelli, expressando-se dessa forma:

A solidariedade, como se sabe não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes (CC, art. 265). No caso do dano ambiental, tem sido considerada decorrência lógica da adoção do sistema de responsabilidade objetiva pela legislação brasileira. Em regra, quem tem o dever de indenizar é o causador do dano ambiental. Havendo mais de um causador, todos são solidariamente responsáveis pela indenização, conforme preceitua o art 942, caput, do Código Civil. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação civil pública movida contra diversas empresas poluidoras, pertencentes ao mesmo pólo industrial, que foram responsabilizadas solidariamente (...)

Em matéria de solidariedade passiva decorrente de dano ambiental, é importante observar o grau de envolvimento que se estabeleceu entre os causadores do dano durante a sua formação, o grau de conhecimento que cada um desses autores tinha da probabilidade e da intensidade em que ele poderia ocorrer.

Cumprido observar, por último, que a responsabilidade solidária do Estado omissivo pode ser verificada não apenas nas atividades sujeitas à aprovação pelo Poder Público. Pode também em toda e qualquer atividade clandestina causadora de dano, mas na qual o Estado foi omissivo quando soube da probabilidade ou da existência do dano e nada fez para impedi-lo ou interrompê-lo.

É importante neste estágio mostrarmos Jurisprudência Nacional que reforça a idéia da solidariedade nos casos de omissão estatal.

*Indenização* – danos causados por deslizamento de morro em virtude das chuvas – Concausas – Contribuição omissiva do Estado por falta anônima do serviço e comissiva da empresa loteadora do terreno - Condenação solidária de ambos os réus (CC, art. 1518), sendo dispensável, na hipótese, a invocação à teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público – Atenuação da responsabilidade deste, diante da ocorrência dos fatos da Natureza – Se estes últimos existissem com exclusividade, nenhuma seria a indenização (CC, art 1058), mas, se se apresentam em concorrência com a atividade irregular da Administração Pública e/ou de um particular, opera-se uma atenuação da responsabilidade nos últimos, segundo vêm entendendo a jurisprudência pátria e o parecer da doutrina (RT nº 625, p. 157).

Com isso fica demonstrado que é perfeitamente possível responsabilizar o Estado omissivo de forma isolada ou de forma solidária com aqueles que contribuíram para a formação e concretização do dano ambiental. O que se leva em conta para a responsabilização solidária é a existência de conduta seja ela comissiva ou omissiva,

independentemente do tamanho da parcela com que cada um contribuiu para a realização do dano ambiental, e desde que haja conexão entre as condutas.

Outro caso interessante que vai ao encontro do nosso tema, foi aquele verificado em dez de janeiro de 2007, com o rompimento de uma barragem de contenção de rejeitos da Mineradora Rio Pomba Cataguazes –LTDA, na cidade de Mirai, Zona da Mata Mineira, quando provocou o vazamento de pelo menos dois bilhões de litros de lama misturada com bauxita e sulfato de alumínio no córrego de Bom Jardim, que deságua no ribeirão Fubá. A mancha de lama atingiu o rio Muriaé que abastece cidades do noroeste do Rio de Janeiro. Após o acidente, centenas de construções ficaram alagadas em Mirai. Por causa disso os municípios atingidos ficaram sete dias sem água, com a chegada da lama despejada pela mineradora Rio Pomba Cataguazes. ([http://www.estadao.com.br/ext/especial/extraonline/infograficos/2007/01/lama\\_MG/Veja](http://www.estadao.com.br/ext/especial/extraonline/infograficos/2007/01/lama_MG/Veja) como foi o acidente)

#### **4.4 A responsabilidades objetiva do Estado por omissão na tutela ambiental.**

Uma vez caracterizado o dano ambiental reparável, a dificuldade reside em se saber qual foi a sua causa ou causas, e quais foram os seus causadores, se pessoas físicas ou jurídicas, se públicas ou privadas, para, a partir de então, começar uma outra busca, que é encontrar quem irá por ele se responsabilizar. Como sabemos, o dano ambiental pode ser fruto de conduta única ou de um entrelaçamento de condutas comissivas ou omissivas entre particulares e o Estado, incrementadas muitas vezes por fenômenos da natureza.

Considerando que a linha que percorremos neste trabalho é acerca do dano ambiental difuso ou individual resultante da omissão fiscalizatória da Administração Pública, independentemente da presença de outros causadores estranhos ao Estado, o nosso objetivo é mostrar que diante dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que tutelam o meio ambiente, na maioria das vezes os danos ecológicos foram causados porque o Estado, como fiscalizador primeiro em questões ambientais, não cumpriu o seu papel a contento. Portanto, neste momento, passaremos a analisar a omissão como causa de responsabilidade objetiva do Estado, com suporte na teoria do risco, considerando que o causador imediato do dano ambiental, num primeiro instante, seja terceiro estranho ao Estado, mas não impedido por este quando tinha essa obrigação.

Delineamos, a partir de agora, os contornos da omissão estatal; isto porque, em razão dela, pode aparecer um dano ambiental, cujo causador direto e imediato seja figura estranha ao Estado. Mostraremos que, entre a omissão do Estado e o dano ambiental causado por figuras estranhas a ele, pode haver, uma proximidade, tornando-os co-responsáveis pelo evento, desde que essa omissão estatal seja consciente. Se o Estado tinha conhecimento prévio do que poderia ocorrer ou estava ocorrendo e nada fez para impedir quando podia e devia agir, omitindo-se conscientemente, já não existe mais dúvida de que essa omissão produzirá responsabilidade. Para isso, vejamos o que diz o parágrafo único do art. 927 do Código Civil em vigor, que assim dispõe:

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, riscos para os direitos de outrem.

Machado (2006, p. 337), comentando o mencionado parágrafo, interpreta da seguinte forma:

Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o Juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. “É a responsabilidade pelo risco da atividade”. Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação.

Quando o dano tem apenas uma causa com identificação precisa do seu autor, fica mais simples a análise da responsabilização. Porém, quando o dano é fruto de uma somatória de causas, tendo como autores pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, ou ainda, fatos da natureza, é evidente que cada conduta ou fato que colaborou para o evento danoso mereçam análise detalhada e pormenorizada do seu grau de relevância e importância na série que desencadeou o resultado.

Algumas vezes é possível identificar “de plano” o causador, ou causadores imediatos e, num segundo plano, o causador ou causadores mediatos. É importante tal identificação, uma vez que, para efeito de responsabilização, é relevante e necessário dosar o *quantum* de contribuição de cada um para efetiva concretização do evento danoso.

O ponto central do nosso trabalho é mostrar que a conduta omissiva do agente público que, tendo conhecimento antecipado e podendo agir para evitar o resultado danoso de cunho ambiental, não o fez, quando tinha o dever legal de impedir o resultado (omissão consciente).

Em nosso entender, o instante em que a omissão do agente aparece na série causal é irrelevante para efeito de responsabilização do Estado; basta apenas a constatação de que a omissão funcionou como causa eficiente para produzir o evento que o Estado por lei deveria evitar, independentemente de estar ela associada as outras causas. É desta maneira que a conduta omissiva do agente público faz nascer para o Estado a obrigação de reparar o dano inclusive.

Considerando tais colocações, para termos certeza se a omissão estatal funcionou ou não como causa eficiente na eclosão do dano ambiental, gerando responsabilidade, embora associada a outras maneiras de causação, é só fazermos a seguinte pergunta:

eliminando na série causal a conduta omissiva e colocando em seu lugar a atuação positiva do agente visando impedir o dano, isso modificaria o resultado? Se a resposta for positiva, chegamos facilmente à conclusão de que a omissão funcionou na série de ocorrências como causa eficiente do resultado, independentemente do instante e da posição em que aparece na série de causas que contribuíram para o resultado inaceitável do ponto de vista ambiental. Ora, se o agente estatal com conhecimento podia e devia agir para impedir o resultado danoso e, no entanto, preferiu a inércia, é dispensável por parte de quem sofreu o dano demonstrar se houve dolo ou culpa do agente, pois essa inércia faz nascer na forma do parágrafo 6º do art. 37 da CF. a responsabilidade objetiva do Estado. A falta de atuação consciente e a sua influência no resultado danoso com certeza coloca também o Estado na condição de coobrigado na reparação.

Para reforçar a nossa idéia citaremos o § 2º do art. 14º da Lei 6.938/81, que assim descreve:

No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

Como se vê, o dispositivo citado prevê a responsabilidade administrativa do funcionário público omissor. Ora, se a Lei enxergou no servidor público omissor uma responsabilidade administrativa pela sua inércia, explicitamente está admitindo que, se ele tivesse agido quando podia e devia, o resultado danoso certamente não teria ocorrido, ou pelo menos não como ocorreu.

Percebemos que a doutrina nacional dispensa grande preocupação com o dano advindo da conduta gerada pelo poluidor - pagador, esquecendo que, na maioria das vezes, ele agiu danosamente porque o Estado fiscalizador contribuiu, ou então consentiu de forma silenciosa que tal conduta assim se realizasse. Mas é certo que muitas vezes o poder público conhecia o risco e nada fez para inibi-lo ou, então, evitá-lo. Frisa-se que, nesses casos a conduta do causador direto se emparelha com a omissão estatal e, de forma concomitante produz o resultado que deveria, pelas normas de proteção ambiental, ser evitado. Estas situações ficam mais claras quando às vezes o Estado que deveria atuar se limita apenas a uma simples atuação, aplicando o seu poder de polícia à interdição do poluidor - pagador.

Conforme pondera Oliveira (1990, p. 50):

(...) o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, poderá ser a causa e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave do representante do Estado ou não, para se detectar a responsabilidade subjetiva do Estado por culpa “*in omittendo*”.

Em situações assim, não há como negar que o poder público tinha conhecimento antecipado, podendo e devendo agir; mas, preferindo a inércia, fica evidente que desde o início existe uma linha evolutiva de responsabilidade civil do Estado em formação.

Quando se discute a responsabilidade Civil do Estado pelos danos que venha a causar a terceiros, o dispositivo constitucional que cuida da matéria é o § 6º do art. 37 da Constituição Federal – CF, conforme transcrito no item 1.4. Sobre esse dispositivo, alguns autores, dentre os quais Mello (2003, p. 873), como principal expoente, Gasparini (2003, p. 875), Di Pietro (2005, p. 569), entre outros, entendem que o termo “causar”, quando advindo de conduta omissiva, gera apenas responsabilidade subjetiva. Não concordamos com essa posição, pois, quando a omissão for causa, não pode deixar o Estado menos distante da reparação do dano do que deixaria a ação (comissão), principalmente em se tratando da reparação de dano de natureza ambiental. Em sentido contrário a essas posições, concordamos igualmente com a posição de Gandini e Salomão, (2007, p. 18) que apontam:

O que se pretendeu com toda a evolução da responsabilidade do Estado foi exatamente evitar que o lesado tivesse de provar a culpa do agente, nem sempre – e quase nunca – um exercício fácil. Por que o legislador, cômico dessa evolução, teria marchado em ré? Especialmente quando ele mesmo, legislador constitucional, previu a responsabilidade objetiva, com o mesmo desiderato, para questões relacionadas com o meio ambiente e com o direito do consumidor? Implica tal conclusão, num contra-senso! Até porque, na omissão, em regra, é muito mais difícil à regra da culpa.

Em se tratando de dano ambiental, se atentarmos para os termos do parágrafo 3º do art. 225 da CF, citado no item 4.1 e no parágrafo 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 citado no item 3.6, fica claro que o legislador ordinário e o legislador constituinte de 1988 catalogaram o dano ambiental como um dano especial e que, por isso, requer uma atenção maior do que qualquer outro dano. É por isso que, em se tratando de meio ambiente diante das conseqüências do dano, é natural que haja um alargamento na abrangência da tutela.

A responsabilidade civil por dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro já está consagrada como responsabilidade objetiva, independentemente de quem venha a causá-lo, conforme aponta o já citado § 1º do art. 14 da lei 6938/81, avalizado posteriormente pelo art. 225, caput, e seu parágrafo 3º da Constituição Federal – CF, ou seja, quando o dano é proveniente de uma ação praticada por qualquer pessoa física ou jurídica, quer seja pública ou privada, a responsabilidade objetiva já está consagrada. O que a doutrina discute, a partir daí, é se a teoria a ser aplicada é a do risco ou a do risco integral. Para entender melhor a discussão que se trava em torno do tema, mostraremos o item 4 da Carta de São Paulo, extraída das conclusões do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizada em São Paulo, de 4 a 7 de junho de 2001, na qual se recomenda:

A Constituição Federal em seu artigo 225 abraça a teoria da responsabilidade civil objetiva, na forma da teoria de risco integral, obrigando a reparação do dano ambiental, mesmo na hipótese de conduta lícita, bastando para tanto a simples prova da lesividade. (Carta de São Paulo, 2002, Intr.)

Discussão maior ainda trava-se no tema referente à omissão como causa da responsabilidade objetiva. Grandes controvérsias têm se estabelecido na doutrina e na jurisprudência sobre este ponto.

Quando o §6º do art. 37 da Constituição Federal afirma que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes (...) **causarem** a terceiros,” não é difícil imaginar que esse dano funcional poderá advir da prática de um ato comissivo ou omissivo. O fato de o legislador constituinte não ter enunciado expressamente esses termos, a têm gerado controvérsias. O ponto de polêmica é se a responsabilidade do Estado omissivo é objetiva ou subjetiva.

No nosso caso, por exemplo, entendemos que, em sede de dano ambiental, principalmente quando o Estado aparece como causador, de forma isolada, ou então concorrendo com condutas de figuras estranhas a ele, a sua responsabilidade será sempre objetiva, independente da sua conduta ser comissiva ou omissiva, e, assim sendo, é a teoria do risco administrativo que irá fornecer a direção para a reparação do dano daí advindo, independentemente de o Estado ser o ator principal ou coadjuvante.

Como o Estado omissivo também deve, ou poderá, conforme o caso e grau de conhecimento, ser considerado como causador indireto do dano ambiental, entendemos que, na série causal com multiplicidade de condutas, nada impede que a conduta omissiva do Estado, que poderia ter evitado o dano, possa ser considerada como preponderante para a eclosão do evento. Isso, dado que a conduta omissiva colocada ao lado daquela última que causou diretamente o dano, venha a se destacar em grau de importância, no conjunto de causas que contribuíram para um resultado nefasto. Se imaginarmos que, retirando a conduta omissiva do Estado na série causal, chegaremos à conclusão de que o resultado danoso não teria ocorrido, ou não teria ocorrido como ocorreu, com certeza não há como eximir o Poder Público da indenização. É claro que essa indenização deve ser questionada em juízo pelo ângulo da teoria do risco.

Discordamos de Stocco (2001, p. 668) que, em comentários ao § 2º do art. 14 da lei 6.938/81, diz que essa mesma lei não previu a responsabilidade civil do agente estatal omissivo. A lei previu apenas a responsabilidade administrativa, ficando com a responsabilidade civil tão somente o poluidor. Apesar de não concordarmos com a afirmação do autor citado, aproveitamos a oportunidade para buscarmos uma análise de abrangência do termo “poluidor”, de que trata o § 1º do art. 14 da lei supracitada.

Entendemos que o termo abrange todo aquele que, de forma comissiva ou omissiva, contribuiu para o resultado danoso através de condutas relevantes sem as quais o resultado não teria ocorrido. Não podemos enxergar o dano ambiental tendo como causa apenas uma conduta. Na maioria das vezes, como já tivemos a oportunidade de demonstrar, o dano pode ser fruto de um conglomerado de condutas comissivas e omissivas jungidas por um fio condutor que entrelaça as vontades num mesmo sentido, fazendo, assim, com que esse dano seja fruto de um somatório de condutas convergentes verificadas às vezes em momentos distintos ou em momento singular. Porém, direcionadas para um mesmo fim, devendo, portanto, ser valoradas do conjunto.

A constatação da conduta omissiva do agente público quando tinha consciência de que sua atuação evitaria o dano e, além disso, podia e devia agir, mas assim não procedeu, não deixa dúvida de que, com isso, pode ter causado ou contribuído para causar o dano e, desta forma, vinculou o Estado a responsabilizar-se de forma objetiva pelo que deixou de fazer. Sobre este ponto vale a pena observar o que diz Oliveira, (1990, p. 50):

No que concerne à responsabilidade da Administração por danos ao meio ambiente, esta poderá ocorrer por ação, omissão, por fato de outrem, bem como daquela decorrente do poder de polícia administrativa. Nesse sentido o Estado será responsável por suas ações predatórias no papel de empreendedor. Neste caso não há dúvida de que se trata de responsabilidade objetiva.

Percebemos que, num primeiro instante, a autora citada insere a omissão como causa de responsabilização estatal por dano ambiental sem, ainda, afirmar que essa responsabilidade é também objetiva. Mas logo em seguida faz uma outra afirmação que nos faz concluir que o Estado também poderá se responsabilizar objetivamente por omissão, dependendo apenas do grau em que ela se dá. Se não vejamos:

Portanto, se uma agressão for conhecida e anunciada com tal antecedência e vistos de certeza que a polícia administrativa deva e possa evitá-la, e, não obstante a inércia injustificável das autoridades, o atentado se realizar, animado ou auxiliado pela indiferença dos agentes públicos, ao Estado, caberá indenizar o dano causado. Ressalta-se, contudo, que somente os danos produzidos por terceiro, em que a Administração possa ter atuado com culpa grave, omissão injustificável, é que poderão vir a empenhar a responsabilidade estatal. (Oliveira, 1990, p. 51).

Nesse contexto é importante ressaltar que o Estado, em matéria ambiental, deve figurar sempre como responsável primário, e não secundário. Isso ocorre porque o cerne desta discussão aparece no art. 225 da Constituição Federal – CF que impõe um dever. Portanto, num primeiro instante, o Estado deve aparecer sempre como o responsável maior, até prova em contrário, que deverá sempre ser feita pelo próprio Estado. Se a sua conduta é comissiva ou omissiva, já o vincula independente da posição em que se encontra na série causal. Basta apenas que a sua conduta apareça como causa eficiente, independentemente de estar mais próxima ou mais distante do resultado.

Mais uma vez, Oliveira (1990, p. 51) se aproxima da nossa posição quando assim se pronuncia:

Observa-se, de outra parte, que, se o acidente ecológico decorrer de ação ou omissão da Administração, em relação a materiais ou equipamentos (ou deles decorrentes) de sua titularidade ou cujo manuseio, guarda, fiscalização etc., ou ainda, cuja competência constitucional e/ou lhe pertença, quanto à exploração, a responsabilidade é direta e objetiva.

Admitindo que o direito segue uma linha progressiva - evolutiva, verificamos no desenrolar dos argumentos da autora, lembrando ainda tratar-se essa obra o final da década de oitenta, com publicação em 1990, que a mesma paulatinamente, sem afirmar de maneira incisiva, acaba aceitando que, dependendo do grau da omissão, aplica-se a teoria objetiva para responsabilizar o Estado.

É a culpa *in ommitendo* que irá legitimar o prejudicado difuso ou individual a responsabilizar o Estado, uma vez que, não tendo vigiado ou impedido a ação de terceiros, causadores imediatos, descumpriu o dever constitucional de impedir o evento.

A inércia funcional pode ser fruto de vários fatores como inaptidão, indulgência, vingança, corrupção, etc.; o importante mesmo é saber se o agente tinha consciência clara do risco e, além disso, se estava obrigado a agir, impedindo o resultado, e nada fez para evitá-lo.

Das hipóteses que acima aventamos não é difícil constatar se o agente em seu íntimo anuiu, ou até aplaudiu, o resultado danoso a que por dever de função deveria impedir. É por isso que não podemos aceitar a idéia de que a responsabilidade civil do Estado, por culpa *in ommitendo*, é subjetiva. Principalmente quando, da omissão, o resultado advindo é um dano ambiental. Em função de toda a proteção constitucional e infraconstitucional que até agora se dispensou ao assunto, mesmo não sendo o causador direto e imediato, não há como isentar da responsabilidade objetiva o Estado fiscalizador e garantidor de um Meio Ambiente sadio, quando estava tão próximo daquilo que poderia ter evitado. Nem o argumento da discricionariedade, pelo qual por conveniência, ou oportunidade – mérito – o agente está livre para decidir quando e como melhor agir, pode ser aceito.

Conforme verificamos no mérito, o agente pode retardar o seu agir, procurando o melhor instante para a prática do ato. Porém, aquilo a que temos assistido em matéria de dano ambiental são situações em que o Estado omissor não esboçou desde o início qualquer gesto no sentido de neutralizar um resultado danoso e em que muitas vezes o dano começou a se manifestar e a evoluir na presença e aquiescência de agentes do Estado que tinham, pela lei, a obrigação de evitar o pior. A lei impunha vigilância, e o agente conhecia de forma antecipada todos os riscos que a sua inação poderia causar.

Embora não concordemos com o extremismo com que Gonçalves (2005, p. 97) trata a questão, vale a pena citá-lo para melhor equilibrar a nossa posição sobre este ponto:

Remanesce a responsabilidade objetiva e solidária do Estado nas questões ambientais, sem qualquer possibilidade de excludentes, pois o Poder Público é o sujeito responsável pelo controle, vigilância, planificação e fiscalização do meio ambiente. A responsabilidade do Estado por danos ambientais encontra fundamento no art. 225 § 3º, da CF, e não no art. 37, § 6º, da mesma Carta, pois neste a proteção é de bens individuais, naquele, de direito difuso insuscetível de desamparo jurídico.

Percebe-se claramente o extremismo da posição do autor supracitado, quando, por exemplo, não aceita as excludentes como forma de isenção da responsabilidade, e com isso está implicitamente admitindo a teoria do risco integral. Teoria esta exacerbada para o caso.

Quando o Estado não exige do poluidor as medidas necessárias e aptas para evitar o dano, não há dúvida de que passa a ter conhecimento prévio de um resultado futuro e de suas conseqüências nefastas. Se em razão disso alguém sofre prejuízo e prefere responsabilizar o Estado, a responsabilizar o causador direto, e exigir da vítima, por ocasião da reparação, fazer prova de que o Estado agiu com culpa, está menosprezando o texto constitucional em seu art. 225 e parágrafos.

Quando se trata de dano ambiental, tenha este sido provocado por ação ou omissão estatal, o que se deve levar em conta não é apenas o texto frio do que diz o § 6º do art. 37 da Constituição Federal – CF, mas, uma interpretação sistemática entre os dispositivos constitucionais acima citados, para percebermos que, em sede de dano ambiental, a responsabilidade do Estado deve ser vista com maior rigor.

Considerando que as conseqüências de um dano ambiental muitas vezes se perpetuam no tempo, com efeitos quase irreversíveis, comprometendo assim a saúde e a vida de presentes e futuras gerações, como exemplos: o ocorrido em Goiânia em 1985, chamado Cézio 137; a poluição em Cubatão; as mineradoras em Criciúma, no Estado de Santa Catarina. Podemos afirmar que o dano ambiental é daqueles que se protraí no tempo, com efeitos muito superiores a outros tipos de dano. É por isso que danos dessa natureza exigem rigor maior no combate, inclusive quando tem também como causa a inércia comprovada do Estado. Dessa forma, a sua reparação deve ser tratada com maior

rigor, pois, só assim os agentes do Estado, encarregados na função de evitar ou inibi-los, ficarão mais atentos.

A proeminência real do dano ambiental em relação a outros tipos de danos requer também proeminência no seu combate e também na sua reparação. São razões como esta que nos fazem entender que a responsabilidade patrimonial do Estado, quando uma de suas condutas, seja comissiva, ou omissiva, figurando como causa única, ou, como concausa, no dano ambiental, deve ser considerada também como objetiva, e, se agiu em concurso, também solidária. Nesta análise é importante observar que, por se tratar de dano ambiental, independe do quantum de parcela que o Estado contribuiu no conjunto de causas. Conforme já vimos no item 4.3, na responsabilidade solidária, cada um dos responsáveis responde integralmente pelo dano, independentemente do percentual com que participou podendo, apenas, no final da indenização, voltar-se contra todos aqueles que participaram junto com ele na provocação do dano (direito de regresso).

Responsabilizar objetivamente o Estado omissivo em questões ambientais, quando tinha conhecimento prévio do dano, é medida de justiça. Segundo Montoro (1997, p. 127) “a justiça não é um sentimento que cada um tem de seu próprio bem-estar ou felicidade, como pretendem alguns. Mas, pelo contrário, é o reconhecimento de que cada um deve respeitar o bem e a dignidade dos outros.”

O interesse na reparação de um dano ambiental paira acima de qualquer outro, pois compromete a existência humana, até, muitas vezes, colocando em risco a própria sobrevivência na terra, pois é a partir daqui que podemos reafirmar que o dano ambiental merece atenção e responsabilidade diferenciada dos demais. Se o dano é decorrente de omissão em uma atividade própria do Estado, caracterizando a culpa *in ommitendo*, não pode este querer eximir-se dessa responsabilidade, com o argumento de que o “não agir” não pode gerar responsabilidade objetiva. Em nosso entender, não apenas gera responsabilidade, cujo ônus da prova cabe ao causador omissivo, podendo apenas, eximir-se nos casos em que se aplicam as excludentes, conforme vimos anteriormente no item 2.9: a, b, c, e d.

É o que se infere também dos termos do § 1º art. 14 da Lei 6.938/81. Esse tipo de responsabilidade do causador direto está claro na doutrina e na jurisprudência, porém, o que propomos discutir, como vimos inicialmente e retomaremos a seguir, é a

reparação desse dano, também por parte do Estado, que tinha conhecimento prévio do que poderia ocorrer ou estava ocorrendo e nada fez para impedir, quando podia e devia agir, omitindo-se conscientemente.

## **Considerações Finais**

Nesta presente dissertação procuramos demonstrar que a omissão estatal em matéria de dano ambiental traduz para o Estado uma responsabilidade patrimonial fulcrada na teoria do risco. Para isso, tivemos, num primeiro instante, que enfrentar os argumentos da doutrina e da jurisprudência nacional, que, na sua maior parte, não aceitam o fato de que a omissão estatal possa gerar responsabilidade objetiva, pois entendem que a responsabilidade advinda da omissão do Estado produz, no máximo, responsabilidade subjetiva.

Para sustentar a nossa defesa procuramos mostrar que o dano ambiental reparável não pode ser equiparado a qualquer outra modalidade danosa, pois, em se tratando de meio ambiente, qualquer dano daí advindo atinge boa parte da população de forma mediata ou imediata, prejudicando o seu patrimônio mais valioso, que é a saúde e a vida. Por isso, procuramos demonstrar que o dano ambiental deve ser visto e tratado com maior cuidado e responsabilidade redobrada, não só por parte dos administrados, mas principalmente por parte do Estado, que tem o dever constitucional de zelar pelo meio ambiente.

Para chegarmos a esse resultado foi necessário fazermos uma análise da origem e da evolução da responsabilidade patrimonial do Estado no Brasil e no mundo, mostrando que ela é fenômeno que está sempre se ajustando aos novos desafios que o Estado Social moderno se propõe para atingir os seus fins, que são o bem estar de toda a população.

Da análise feita sobre o dano ambiental, tivemos oportunidade de mostrar os seus desdobramentos e os seus efeitos em cada uma das modalidades em que se apresenta: difuso e individual. Após isso, mostramos os danos ambientais passíveis de reparação e aqueles que são toleráveis pela população em virtude do preço que se paga pelo progresso. Procuramos mostrar também as ações judiciais que visam a proteger e reparar o meio ambiente agredido do ponto de vista particular (microbem) e difuso (macrobem), tendo como alvo os causadores diretos ou indiretos.

Nosso maior esforço no transcorrer deste trabalho foi demonstrar que a inércia estatal, quando colocada ao lado de outras condutas causadoras de danos ambientais, deixa o Estado tão responsável objetivo por omissão pelo dano, quanto os causadores

diretos ou imediatos que não foram contidos ou impedidos pelo Estado, quando este podia e devia evitar o resultado danoso ambiental, mas assim não agiu. Para isso tivemos o cuidado de dividir a omissão estatal em própria e imprópria, para mostrar que a teoria do risco criado deva ser aplicada apenas às situações em que o Estado tinha conhecimento prévio da possibilidade do dano ambiental e estava por lei obrigado a impedi-lo.

Como melhor forma de sustentarmos essa convicção de que o Estado deverá ser responsabilizado pelo ângulo da teoria do risco diante de danos ambientais que poderia ter evitado, tivemos que fazer uma análise não só da legislação ordinária que cuida das questões ambientais no Brasil, mas principalmente da Constituição Federal, quando dá tratamento amplo ao meio ambiente. Numa interpretação sistemática extraímos daí a conclusão de que o Estado tem a sua responsabilidade patrimonial exaltada quando a reparação do dano for de ordem ambiental.

Também invocamos para o nosso trabalho o princípio da precaução e, com isso, associamos e mostramos casos concretos cujos resultados catastróficos só se verificaram por ausência de cautela por parte do causador direto e também por parte do Estado, que não exigiu em tempo medidas de prevenção.

No transcorrer da dissertação notamos que, do ponto de vista legislativo, muito ainda precisa ser editado, não só do ponto de vista acautelatório, mas principalmente do ponto de vista reparatório para as situações que envolvam danos ambientais, incluindo não só o particular, mas principalmente o Estado, em todas as suas dimensões (União, Estados e Municípios) uma vez que este ainda reluta em ser responsabilizado quando não exerce o seu poder ordenador ambiental.

Notamos que a falta de uma norma constitucional ou infraconstitucional clara e específica, que cuida da responsabilidade do Estado em matéria ambiental, tem contribuído para que determinado agente a Administração Pública – que têm o dever de evitar que os administrados causem danos ambientais, com sua inércia – propiciem, cada vez mais, condutas agressivas ao meio ambiente, com o beneplácito de quem deveria fazer exatamente o contrário: evitar o dano.

Assim sendo, com essa análise esperamos ter contribuído para a melhoria do meio ambiente que reclama ações urgentes por parte não só dos particulares, mas principalmente do Estado. Pois, só com a responsabilização - cada vez maior do Poder

Público por omissão e, por via de consequência, dos seus agentes - é que o Estado irá tomar a dianteira definitiva no combate à degradação ambiental que vem se fazendo cada vez mais de forma acelerada, exatamente por falta da ação necessária e prevista.

## Referências Bibliográficas

- ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- Acidente Ambiental Interrompe Única Fonte de Renda de Pescadores: ([www.sindapar.com.br/site/home1.php?id\\_noticia=215](http://www.sindapar.com.br/site/home1.php?id_noticia=215)), acesso: 07 de abr. 2005.
- BAHIA, S. J. C. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BENJAMIN, A. H. (org.) *10 anos da ECO 92: O direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002.
- BITTAR, C. A. *Responsabilidade Civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Barueri: Manole, 2006.
- CAHALI, Y. S. *Dano Moral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1983.
- CARTA DE SÃO PAULO, *Conclusões do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, in BENJAMIM, A. H. (org.). São Paulo, IMESP, 2002.
- CHIMENTI, R. C. [et. al] *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CRETELLA JR., J. *Curso de direito administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 1990.
- CUSTÓDIO, H. B. *Avaliação de Custos Ambientais em Ações Jurídicas de Lesão ao Meio Ambiente*. São Paulo, RT: 652: Ed. Revista dos Tribunais, fev/1990.
- DEL' OLMO, F. S. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DE PLACIDO E, S. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DIAS, J. A. *Da Responsabilidade Civil*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.
- FARIA, E. F. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey: 2001.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIORILLO, C. A. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 2007.

GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GANDINI J. A. D. e SALOMÃO D. P. S. *A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva*, texto *Jus Navigandis*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>, acesso: out/2007.

GASPARINI, D. *Direito administrativo*. Saraiva: São Paulo, 2003.

GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRITO DAS ÁGUAS: Procuram-se os responsáveis: ([www.http/pesquisa.internet/cataguazes/cataguazes.htm](http://www.http/pesquisa.internet/cataguazes/cataguazes.htm)), acesso em 19 mai. 2007.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. *Concretização do dano ambiental: Objeções à teoria do "risco integral"*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso em: 03 ago. 2007.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAMA PODE DEIXAR 100 MIL PESSOAS SETE DIAS SEM ÁGUA NO RIO: ([http://www.estadao.com.br/ext/especial/extraonline/infograficos/2007/01/lama\\_MG/Veja como foi o acidente](http://www.estadao.com.br/ext/especial/extraonline/infograficos/2007/01/lama_MG/Veja%20como%20foi%20o%20acidente)), Acesso em 19 de novembro. 2004.

LUCARELLI, F.D. *Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*. São Paulo: RT: 700, Ed. Revista dos Tribunais, Fev./1994.

MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELES, H. L. *Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Proteção Ambiental e Ação Civil Pública*, São Paulo: RT: 611, Ed. Revista dos Tribunais, set/1986.

MELO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

- MILARÉ, E. *O Ministério Público e a responsabilidade civil do profissional nas atividades modificadoras do meio ambiente*, São Paulo, RT: Revista dos Tribunais 623, set/1987.
- MONTESQUIEU, C. L. S. *Do espírito das leis*. São Paulo: Ed EDIPRO, 2004.
- MONTORO, A. F. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MORAES, L. C. S. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MUKAI, T. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NOROSCHNY, R. *Responsabilidade extracontratual do Estado*, in: HARGER, M. (org). *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 285-408.
- OLIVEIRA, H, A. *A Responsabilidade do Estado por danos ambientais*, Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- RODRIGUES, G. A. *Ação Civil Pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática* Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES, S. *Direito Civil*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SABATOVSKI, E. e FONTOURA, P. I. (org.) *Súmulas do STJ*. Curitiba: Juruá, 1998.
- SANTA CATARINA. *Poder Judiciário: Apelação Civil*, n. 39585. decisão 24/02/1993. Acesso: <http://www.tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>
- SILVA, G. E. N. e ACCIOLY, H. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, J. G.; GENOFRE, F. e LAVORENTI, W. *Leis Penais Especiais anotadas*, Campinas: Millennium, 2002.
- SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- STOCCO, R. *Tratado de responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

TÁCITO, C. “*O poder de polícia e seus limites*”. In: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1966. vol. 27, p. 5-22.

## **Bibliografia Consultada**

ACETI JÚNIOR, L.C. *Direito ambiental e Direito empresarial*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARACHO JÚNIOR, J. A. O. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BITTENCOURT, R. D. e MARCONDES, K. R. *Lineamentos da responsabilidade civil ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho 1997.

CARDOSO, A. R. A. *Vocabulário técnico de termos ambientais e sua capitulação jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

CARNEIRO, R. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CASELLA P. B. *Contratos internacionais e Direito econômico no MERCOSUL*, LTr, 1996.

COIMBRA, A. *O outro lado do meio Ambiente: uma incursão humanística na questão ambiental*, Campinas: millennium, 2002.

CONDESSO, F. R. *Direito do Ambiente*, Coimbra - Portugal: Almedina, 2001.

DERANI, C. *Direito ambiental econômico*, São Paulo: Max Limonad, 2001.

FALKENBERG, L. *O desafio da integração na área do Direito ambiental*, in: CASELLA, P. B. (org). *Contratos internacionais e Direito econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996, p. 235-255.

FERREIRA, M. F. A. *Dano ambiental: dificuldades na determinação da responsabilidade e valoração no direito positivo brasileiro*, in BENJAMIN A. H. (org.), São Paulo: IMESP, 2002.

FERREIRA FILHO, M. G. *Estado de direito e constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, V. P. e FREITAS, G. P. *Crimes contra a natureza*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

GALLO, Z. *Ethos a grande morada humana: economia, ecologia e ética*, Itu (SP): Ottoni Editora, 2007.

JUCOVSKY, V. L. R. S. *Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais*, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

LEITE, J. R. M. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MONTES, M. L. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*, in: BENJAMIN, A. H. (org.), São Paulo: IMESP, 2002.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. N° 192. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SÉGUIN, E. *O Direito ambiental: Nossa Casa Planetária*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIRVINSKAS, L. P. *Manual de Direito ambiental*, São Paulo: Saraiva, 2007.