



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

YAN SOARES DE SAMPAIO NASCIMENTO

OBJEÇÕES À TEORIA DO RISCO EM MATÉRIA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS
CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE

SOUSA - PB
2007

YAN SOARES DE SAMPAIO NASCIMENTO

OBJEÇÕES À TEORIA DO RISCO EM MATÉRIA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS
CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Maria do Carmo Élide Dantas Pereira

SOUSA – PB
2007

Yan Soares de Sampaio Nascimento

OBJEÇÕES À TEORIA DO RISCO EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE
CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
da Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos
requisitos necessários para obtenção
do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: de de 2007

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Maria do Carmo Elida Pereira

Nome – Titulação - Instituição
Professor (a)

Nome – Titulação - Instituição
Professor (a)

Aos meus pais,

Para Allana, minha mãe, por sua luta infundável, força, sensatez, honestidade e equilíbrio.

Tu cumpres fielmente seu desígnio de mãe, com carinho e afeto. Nosso Senhor tem orgulho de ti.

Para João, meu pai, humano, generoso, fonte inesgotável de amor.

Tu me deste a bondade

Vocês me proporcionaram este feito, desistiram de muito pela minha felicidade.

Obrigado, vocês são minha vida.

"A natureza criou o tapete sem fim que recobre a superfície da terra. Dentro da pelagem desse tapete vivem todos os animais, respeitadamente. Nenhum o estraga, nenhum o rói, exceto o homem."

(Monteiro Lobato)

RESUMO

Tema de suma importância na atualidade, o presente trabalho repousa suas análises em matéria de Direito Ambiental, no que concerne aos atos praticados pelos agentes do Poder Público, que nessa qualidade, lesionam bem ambiental difusamente considerado ou direito subjetivo individual ligado ao dano ambiental. Nas primeiras linhas, estão delineados os aspectos gerais do termo responsabilidade e seu conceito, as noções do que seja responsabilidade ambiental, em seus diversos campos de atuação, a saber, penal, administrativo e finalmente cível. Matéria esta, que no capítulo posterior, é trazida detalhadamente, com referências às razões históricas do instituto, das sociedades antigas à contemporaneidade, desaguando no Diploma Civil brasileiro atual, os conceitos da responsabilidade civil, seus elementos formadores e suas espécies, e ainda, excludentes da responsabilidade, com enfoque para a “força maior”, “caso fortuito”, e “culpa exclusiva da vítima”, excludentes que causam debates entre os jus-ambientalistas. O terceiro capítulo desta investigação traz à tona o dano ambiental, suas peculiaridades, conceito e pressupostos para sua caracterização e classificação proposta pela melhor doutrina nacional. Ao quarto e último capítulo, está reservado à demonstração da hipótese deste estudo, com os aspectos da responsabilidade do Poder Público, e as teorias que a informam, no que se faz críticas à teoria do risco integral, e ressalta-se a teoria do risco administrativo ou também chamada de risco proveito, como a mais segura e, principalmente, a mais justa. Ao final, estão apresentados os vários procedimentos de tutela ao meio ambiente, de atuação popular, do Ministério Público, de entidades ligadas à temática ambiental, partido político, etc. Vários dispositivos da Constituição Federal apóiam este estudo, bem como, as principais leis infraconstitucionais de política ambiental, e leis que informam os procedimentos para as demandas de caráter ambiental. O método dedutivo é o utilizado na pesquisa, que eminentemente se efetiva pela pesquisa bibliográfica, em doutrina, revistas especializadas, artigos e textos retirados da internet. A análise visa o objetivo de mostrar a importância do instituto, mormente, ao Poder Público, ente de maior expressão da Nação, trazendo à baila, as excludentes que pode se valer para eximir-se do dever de reparação e para refutar a teoria do risco, que chamada de “brutal” por parte da doutrina, promove a injustiça e desigualdade nas inter-relações.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Poder Público. Dano ambiental. Teoria do risco.

ABSTRACT

Subject of utmost importance in the present time, present work rests its analyzes in substance of Environmental law, in that it concerns to the acts practised for the agents of the Public Power, who in this quality, lesionam diffuse well ambient considered or right subjective individual, on to the ambient damage. In the first lines, the general aspects of the term are delineated responsibility and its concept, the slight knowledge of that are ambient responsibility, in its diverse fields of performance, to know, criminal, administrative and finally civil. Substance this, that in the posterior chapter, is brought at great length, with referencias the historical reasons of the institute, of societies the old the contemporaneidade, emptying in our novel brasilian Civil Diploma, the concepts of the civil liability, its elements structural and its species, and, still exculpatory of the responsibility, with approach for "bigger", "fortuitous" force, and "exclusive guilt of the victim", exculpatory that they cause debates between the ambientalistas. The third chapter of this inquiry brings the ambient damage, its peculiarities, concept and estimated for its characterization and classification proposal for the best national doctrine. To the room and last chapter, this private to the demonstration of the hypothesis of this study, with the aspects of the objective responsibility of the Public Power, and the theories that they inform it, in that if makes critical the theory of the integral risk, and standes out it theory of risk the administrative one or called by others risk advantage, as more the insurance and, mainly, more the joust. To the end, the some procedures of guardianship to the environment, popular performance, the Public prosecution service, on entities are presented thematic the ambient one, political party, etc. Some devices of the Federal Constitution support this study, as well as, the main laws infraconstitutional of ambient politics, and laws that inform the procedures for the demands of ambient character. The deductive method is the used one in the research, that eminently effective for the bibliographical research, in doctrine, reviewed specialized, articles and texts removed of the InterNet. It analyzes it aims at the objective to show the importance of the institute, mainly, to the Public Power, being of bigger expression of the Nation, bringing the exculpatory ones that it can be used to exempt itself of the repairing duty and to refute the theory of the risk, that called "brutal" on the part of the doctrine, promotes the injustice and inquality in the Inter-relations.

Word-key: Civil liability. To be able Public. Ambient damage. Theory of the risk.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL	
1.1 Histórico da Responsabilidade Ambiental	12
1.2 Aspectos da Responsabilidade administrativa e penal.....	13
1.3 Conceito de responsabilidade	15
CAPÍTULO II DA RESPONSABILIDADE CIVIL	
2.1 Aspectos Históricos	17
2.2 Conceito de Responsabilidade Civil	19
2.3 Natureza Jurídica	20
2.4 Elementos da Responsabilidade Civil	21
2.4.1 Conduta	21
2.4.2 Dano	23
2.4.3 Nexo de Causalidade.....	25
2.5 Excludentes da Responsabilidade Civil.....	26
2.6 Responsabilidade Civil subjetiva e Responsabilidade Civil objetiva.....	30
2.7 Responsabilidade Civil contratual e extracontratual.....	32
CAPÍTULO III DO DANO AMBIENTAL.....	
3.1 Conceito	34
3.2 Classificação	36
3.3 Característica do dano ambiental.....	39
3.4 Reparação por ocasião do dano ao meio ambiente (Existência do prejuízo e relação de causalidade)	40
CAPÍTULO IV OBJEÇÕES À TEORIA DO RISCO INTEGRAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE E INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA.....	
4.1 Responsabilidade Civil do Estado – Regra da Objetividade.....	45
4.2 Teoria do Risco Integral e objeções	48
4.3 Meios Processuais de Defesa Ambiental	51
4.3.1 Ação Popular Ambiental	52
4.3.2 Ação Civil Pública	53
4.3.3 Mandado de Segurança Coletivo Ambiental.....	55
4.3.4 Mandado de Injunção ambiental	56
4.3.5 Ação de desapropriação ambiental.....	57
4.3.6 Procedimentos processuais comuns em matéria ambiental.....	58
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é inegável que a matéria ambiental apresenta-se como tema de acalorados debates entre organizações mundiais, Estados soberanos, círculos científicos e a sociedade civil como um todo. As previsões dos estudiosos acerca das condições do planeta, para um futuro não muito distante, são alarmantes. Em decorrência do modo de vida pautado no modelo de desenvolvimento econômico em detrimento a outros segmentos, acabou por desenhar profundas desigualdades sociais, além da voraz degradação ao bem ambiental.

Se entendido os recursos ambientais como finitos, o pensamento social deve ser voltado para o desenvolvimento pautado na sustentabilidade, ou seja, desenvolvimento que possa atender aos limites do meio ambiente. São idéias conservacionistas, estruturadas em ações no sentido de preservar o que ainda nos resta, bem como, inseri-las em um contexto político-social das sociedades.

A raiz do problema que hoje se vivencia esta no crescimento industrial desenfreado, a produção agrícola desordenada, a extração predatória dos recursos não renováveis e a falta de consciência da sociedade contribuíram em grande monta para o atual estágio do planeta.

A preocupação com a temática ambiental, inversamente ao que se pensa, não é atual. No Brasil, pouco adiante à época do descobrimento, já existiam leis editadas em Portugal para proteção dos bens naturais daqui. Porém, ao analisar a motivação da norma percebe-se outro fim – interesse econômico – que não a proteção meio ambiente em si.

Mais tarde, o legislador pátrio dá verdadeiros tons de proteção ao meio ambiente, expedindo, na década de 80 importantes leis, e que em 1988, com a Constituição Federal, erigiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a Direito Humano Fundamental.

Consagra em um dos dispositivos constitucionais (art. 225) a responsabilização das pessoas que causam dano ao meio ambiente com o conseqüente dever de reparação. Nessa linha de raciocínio, são objetos deste estudo, a responsabilidade civil, no que se refere ao Estado como o responsável, o dano ambiental, e os meios de tutela do meio ambiente.

Estas são, portanto, as palavras que nortearão esta análise, que tem por objetivo, esboçar em termos gerais as noções de responsabilidade civil do Poder Público, pelos danos causados por seus agentes. Ainda, analisar as teorias que norteiam a responsabilidade civil objetiva, e traçar algumas objeções em desfavor aos elementos da teoria do risco integral. No mais, delinear as formas de atuação de que a sociedade pode se valer para proteção aos recursos ambientais.

Justifica-se esta pesquisa, pela indagação dos problemas ligados a responsabilidade do ente estatal, ante a dificuldade de se enfrentá-lo como uma das partes de uma demanda, por sua imensidão. Pois como se verá, em tempos antigos, a “irresponsabilidade” do Estado soberano já prevaleceu, sem o dever de reparação. Outra justificativa está na importância de se declinar os elementos do dano ambiental, inclusive o moral, que não obstante, causa dificuldades na sua compreensão. Além dessas comprovações que se pretende, esta investigação atenta, como já referido, para a problemática do dano ambiental, e que nessa linha, possa fazer sinal aos profissionais do direito, no sentido de atuar em favor da tão almejada proteção ambiental, e em consequência, pela melhoria da qualidade de vida e sobrevivência das gerações futuras.

Para atingir os fins desta investigação, utilizou-se de uma análise qualitativa, bem como, bibliográfica-descritiva, em consulta à doutrina especializada em matéria ambiental, civil, administrativa e processual, para buscar subsídios necessários em firmar o corpo teórico.

Para tanto, no primeiro capítulo, delinear-se-á as razões do termo responsabilidade e já o insere no contexto ambiental, através da responsabilidade ambiental como um todo, envolvendo, em sumárias linhas, aspectos de outras vertentes, quais sejam, o campo administrativo e penal. As anotações históricas acerca da responsabilidade ambiental também estão presentes neste capítulo, que conta com a evolução do instituto desde os anos 70 a normatização atual.

Posteriormente, no capítulo que se segue, serão esboçadas as raízes históricas, especificamente, do instituto da responsabilidade civil, que remonta as antigas civilizações, principalmente Roma, que dentre todas, deu importantes contornos a matéria, de como hoje a conhecemos. Através da *Lex Aquilia*, desenhava-se a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, e posteriormente, na Idade Moderna e Contemporânea, o instituto tivesse plena evolução, com a criação de novas teorias da responsabilidade. Após a apresentação

histórica, serão abordados os principais aspectos do instituto da responsabilidade civil, denotando seu conceito, natureza jurídica e elementos necessários para sua existência. Tratará também, de forma sucinta, o dano, não o ambiental, mas o de forma genérica e suas peculiaridades, para concluir com a análise das excludentes da responsabilidade, importante tema a ser destacado, pois dará sustentáculo as objeções desenvolvidas a *posteriori*, e as nuances da responsabilidade civil, em objetiva e subjetiva, outro importante aspecto a ser desenvolvido.

Num próximo passo, no terceiro capítulo, a abordagem será acerca do dano ambiental, traçados seus conceitos, classificação e modalidade. Serão delineados também seus pressupostos e sua reparabilidade.

No quarto e último capítulo, far-se-á a discussão acerca das teorias que informam a responsabilidade do Poder Público pelos danos ambientais causados por seus agentes, com relevância sobre a teoria do risco integral, sua abordagem crítica e a teoria do risco administrativo. Ainda, elencará os meios de proteção ambiental, com a descrição dos procedimentos da Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de Injunção, ambos em matéria ambiental, bem como, ações comuns, de procedimento ordinário e sumário e ação de desapropriação ambiental.

Dessa forma, através da pesquisa bibliográfica, utilizando conceitos amplos e gerais, chega-se, pelo método dedutivo, ao resultado obtido, em deslindar os aspectos da responsabilidade civil do Poder Público, e lançar críticas a teoria do risco integral, que inadmitte excludentes da responsabilidade. Assim, mostra-se a pesquisa importante para tentar esclarecer este conturbado tema que paira sobre a doutrina e a legislação pátria.

CAPÍTULO I NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

1.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

Data dos anos 70, o reconhecimento da responsabilidade das pessoas por danos causados ao meio ambiente. Foi na I Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, organizada pela ONU, em Estocolmo, que se discutiu vários temas concernentes a matéria ambiental. Emanou-se pela Assembléia Geral das Nações Unidas a "Declaração sobre Ambiente Humano". De seus enunciados infere-se a responsabilidade ambiental, da obrigação do homem em preservar e administrar o patrimônio natural, bem como do Estado, de planificar o desenvolvimento econômico com respaldo na importância da conservação do meio ecológico. Houve o compromisso das nações signatárias em resguardar o meio ambiente e a manutenção do equilíbrio ecológico. A obrigação assumida não é só do Estado e sim de toda sociedade presente, não cumprida a obrigação surge a responsabilidade ambiental, em suas três esferas de atuação.

Depois de várias reuniões organizadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, por uma agenda global, de 1983 a 1987, com intuito de apresentar soluções para problemática da degradação dos recursos naturais renováveis ou não, a falta de equilíbrio ecológico, a saúde das sociedades, miséria, desenvolvimento econômico pautado na livre destruição do meio ambiente, foi editado um relatório final, contendo princípios para proteção ambiental. O Estado tem o dever de apresentar medidas de conservação da qualidade ambiental e é obrigado a ressarcir prejuízos por danos causados.

A legislação brasileira não ficou inerte, e editou em 1981 a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938), que tem por objeto a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia a vida e desenvolvimento sócio-econômico atendendo a princípios de proteção ambiental. A responsabilização por prejuízos está presente no dispositivo, impõe sanções aos transgressores pelo não cumprimento de medidas adequadas necessárias à preservação ou pela não

correção dos inconvenientes ou danos causados pela degradação da qualidade ambiental.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade ambiental passou a ser matéria prevista em seu corpo legal. O § 3º do art. 225, prevê que “as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Ainda, expressa em outros artigos o dever de responsabilização por danos, como nos casos de atividades nucleares, ou por cessionárias de serviço público.

Em 1991 e 1992, foram realizadas no Brasil conferências internacionais de Direito Ambiental, inclusive o ECO-92, no Rio de Janeiro. Instituiu-se na “Declaração do Rio” princípios a serem cumpridos pelos Estados. Em matéria de responsabilidade, determina que as vítimas de danos ao meio ambiente devem ser indenizadas e a agressão a este desnaturada.

1.2 Aspectos da Responsabilidade Ambiental administrativa e penal

Desenvolvido o contexto histórico, o instituto da responsabilidade na esfera jurídica não se restringe apenas ao Direito Civil, mas pode ser aplicado a todos os outros, respeitando as peculiaridades inerentes a cada um.

O Direito Ambiental, entendido hoje como uma matéria dotada de autonomia científica, não se torna diferente. O instituto em questão tem pleno vigor, e ainda se enche de importância frente às mazelas de que sofre o meio ambiente. É o ramo jurídico que pronuncia regras de proteção ao meio ambiente em seus desdobramentos, natural, cultural, artificial, do trabalho e luta contra a degradação destes.

A par disto, um dos novos anseios sociais é o de proteção aos meios naturais e repugna que o transgressor (poluidor) reste incólume. Aqui encontra-se a atuação da responsabilidade ambiental, dever de determinada pessoa física ou jurídica em desnaturar (ou compensar) o dano ecológico.

Américo Luís da Silva (2004, p. 682), com propriedade conceitua:

A responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ou simplesmente "responsabilidade ambiental", diz respeito à obrigação de determinada pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responder por um fato omissivo ou comissivo que causa dano ou lesão ao meio ambiente e reparar tal dano de maneira in natura ou pecuniária.

O constituinte de 1988 propugna na Carta Maior, sob o Título DA ORDEM SOCIAL, em seu capítulo VI, disposições sobre meio ambiente. O art. 225, § 3º trata das condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente e impões aos infratores, seja pessoa física ou jurídica, a sanção administrativa e penal, sem exclusão da obrigação de reparar os danos. Infere-se da leitura do texto legal a responsabilidade nas três esferas: administrativa, penal e civil. A lei nº 6.938 de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, no seu art. 14, § 1º também afirma a responsabilidade civil de forma objetiva, em que o poluidor tem a obrigação de reparar evento danoso sem perquirir a existência de sua culpa. Outros dispositivos legais em matéria ambiental se preocupam com a responsabilização dos agentes causadores de danos ecológicos é o caso da Lei nº 6.453 de 1977, que no art. 4º trata da responsabilidade por dano nuclear, ou o Decreto-lei nº 79.347 de 1977, trata da responsabilidade civil por danos causados pela poluição de óleo, etc.

Importante notar, que a competência para expedir normas gerais a respeito de responsabilidade ambiental cabe a União, e suplementarmente aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Responsabilidade administrativa ambiental, assevera José Afonso da Silva (apud Martins da Silva, 2004), "resulta da infração ambiental a normas administrativas, sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza administrativa". Está afirmada no poder de polícia que se vale a administração, em restringir o uso e gozo de direitos individuais em proteção ao meio ambiente e a favor da coletividade. Nesse diapasão, a co-responsabilidade do organismo estatal pode ser reconhecida caso haja complacência ou inércia por parte da administração pública com atividade poluidora.

Responsabilidade penal ambiental ocorre ante a infração, na forma doloso ou culposa, em ação ou omissão, no que o Estado considera punível (crime ou contravenção) sujeitando às penas, pecuniárias, restritivas de direitos e até

privativas de liberdade. Nesse tema, Elida Séguin (apud Martins da Silva, 2004), observa:

em matéria penal , o direito do meio ambiente e dos recursos naturais andou em passos lentos, pois a gravidade da pena e a incompreensão da importância do bem jurídico protegido faziam com que a impunidade fosse a tônica, aplicando o magistrado o princípio da insignificância.

Assim, o legislador editou a Lei nº 9.605/98 que dispõe sobre crimes ambientais, atendendo as demandas dos ambientalistas.

1.3 Conceito de responsabilidade

O homem, em suas diversas atividades, pratica atos, que podem ser relevantes ou não para a esfera jurídica. Um abraço de um casal enamorado é um ato humano, mas que teoricamente, nada importa para o mundo jurídico. Já a constituição de uma empresa ou a agressão de um indivíduo ao patrimônio público adentra o campo de interesse legal, sendo juridicamente relevante. São esses atos que condensam a vida em sociedade, na qual exige certo grau de organização. O Direito Positivo congrega regras necessárias para uma convivência social harmônica, sendo uma delas, o dever de não praticar atos nocivos a outrem. A ninguém é lícito dar causa a evento danoso a outro indivíduo. Assim, é necessário que os agentes de condutas prejudiciais respondam por seus atos. Surge então o termo "responsabilidade".

Termo que se origina do latim *respondere*, indicando a obrigação de responder por atos e fatos, e da raiz *spondeo*, no Direito Romano, resposta pertinente para aquele que se responsabilizava pela obrigação, firmada entre *sponsor* e *responsor*, devedor e credor, nos contratos verbais

Responsabilidade é obrigação derivada, um dever sucessivo, consequência de atos ou fatos danosos praticados pelo agente transgressor, que se solidifica na reparação de danos ou punição pessoal, de acordo com o mandamento da norma.

Certo é que todo indivíduo tem o dever de não praticar atos antijurídicos, ou seja, atos em que ferem a norma legal. Ademais, quando por consequência do ato antijurídico há lesão ao direito subjetivo de outrem, fica obrigado a repará-lo de forma pertinente e satisfativa.

O instituto da responsabilidade, visa manter o equilíbrio da relação jurídica desequilibrada, ou seja, relação em que determinada pessoa experimenta uma diminuição patrimonial ou extrapatrimonial, este, gravado no dano moral. Desse modo, revela-se de suma importância a análise deste instituto, como fonte verdadeira da justiça e igualdade das partes, além da contribuição que se firma ao Direito Ambiental, como forma de persecução dos fins e objetivos colimados em matéria ecológico-social.

CAPÍTULO II DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Aspectos Históricos

As raízes históricas da Responsabilidade civil encontram-se na antiguidade, onde as primeiras sociedades organizadas registravam a vingança privada como forma primitiva de reparar o mal sofrido, impondo uma pena física ao agente causador do dano. Não se tem certeza da origem do instituto, que de modo arcaico apareceu nas civilizações do mediterrâneo. O Código de Hamurabi, bem como o Código de Manu propunham algo nesse sentido. Movido pelo sentimento da emoção, e no puro sentido da reação à ação - espontânea e natural - agia o prejudicado sob a égide da Lei de Talião, retalhando o dano a quem o deflagrou. O Estado nesse momento aparece somente como regulador desta sanção, manifestando se injusta ou não a vingança a quem se tencionava. Era a vingança privada, tendo por fim a reparação do mal pelo mal.

Posteriormente surgiu o instituto da *composição*, não mais o castigo corpóreo como forma de reparação e sim uma *poena*, que poderia exprimir-se em dinheiro ou bens, em razão da lesão causada. Nesse momento a composição era privada, dependente de acordo. Na medida que o Estado passou a se preocupar com a repressão das ofensas ao particular, surge a idéia de composição legal, e já esboça a dissociação das responsabilidades penal e civil.

A *Lex Aquilia* solidifica o avanço, e denota desde já traços da responsabilidade civil extracontratual ou aquilina como hoje aplicamos. Seu surgimento, explica Raymond Monnier (apud Caio Mario, p. 09):

é originária de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilio, conforme se vê de um texto de Ulpiano, in Digesto, Livro IX, Tít. II, fr. I, § 1: Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit. Abre, em verdade, novos horizontes à responsabilidade civil, posto não haja enunciado um princípio geral. Seu maior valor consiste em substituir as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.

A culpa aparece como elemento necessário para configuração da responsabilidade, sem a qual não haveria de que se punir. Em artigo, Nelson Biagio Junior (2000, p. 02) explica:

A Lex Aquilia de damno cristalizou a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo ao patrimônio de quem provocou a lesão o ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal forma que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade caso agisse sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. Esta mesma lei estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor.

A concepção romanista primitiva era de apenas reconhecer o dano, sem a noção do elemento culpa. Ainda hoje, a melhor doutrina diverge quanto a existência ou não desse elemento subjetivo na mentalidade do legislador romano. Certo é que estava descrita na Lex Aquilia, como expõe José Carlos Moreira Alves (apud Caio Mario, p. 10):

Para que se configure o *damnum injuria datum*, de acordo com a Lei Aquilia, era necessário determinar três elementos: a) *damnum*, ou lesão na coisa; b) *iniuria*, ou ato contrário a direito; c) culpa, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa.

Já na Idade Média, com os avanços do instituto, permitiu-se separar a responsabilidade civil da penal, em que a composição era obrigatória e o *quantum* determinado pelo poder estatal. Essa técnica se manteve em várias compilações na modernidade, a exemplo, o Código Civil Italiano, que obriga a reparação por ato que cause prejuízo a outrem. Nessa esteira, o Código Germânico, Grego e o Código Civil de Napoleão de 1804, no qual já se encontravam idéias acerca da responsabilidade objetiva. No Brasil, as Ordenações do Reino eram ainda obscuras quanto a responsabilidade. O Código Criminal de 1830 traz a idéia de ressarcimento, e oferece subsídios para apreciação dos casos de responsabilidade civil.

O progresso social, o desenvolvimento das idéias, a criação de novas formas de atuação humana, os avanços tecnológicos, culminaram com a necessidade de se

estabelecer novas formas de responsabilidade. A teoria da culpa tão somente não satisfazia ao anseio social. Vários prejuízos causados ficaram descobertos por ser imperioso destacar o elemento anímico *culpa*. E nesse processo de modernização da civilização, o direito, reflexo social, foi inserido. Admitiu uma inovação a teoria da responsabilidade – sem desprezo a teoria da culpa -, trazendo a baila uma nova faceta: o risco. Determinadas atividades que oferecem riscos de lesão ao direito subjetivo de outrem, devem ser garantidas. É a responsabilidade objetivamente considerada, em que o elemento *culpa* prescinde. Alvino de Lima (apud Gagliano e Pamplona 2003, p. 13), exprime brilhantemente esse aspecto:

O movimento inovador se levanta contra a obra secular; a luta se desencadeia tenazmente e sem tréguas; Ripert proclama Saleilles e Josserand os 'sindicatos da massa falida da culpa', e, a despeito das afirmações de que a teoria do risco desfaleceu no ardor de seus ataques, seus defensores persistem na tarefa, e as necessidades econômicas e sociais da vida moderna intensa obriga o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade. Ambas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam determinar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos dos lesados.

O Código Civil Brasileiro de 2002 apresenta essa teoria da responsabilidade objetiva, sem abandonar logicamente a teoria clássica da culpa.

2.2 Conceito de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil nada mais é do que a obrigação de reparar, imposta ao praticante do ato ofensor. Nessa esteira, asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 03) que:

responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses do lesado.

Responsável, portanto, é aquele que dá causa a uma lesão. Torna-se então obrigado a desfazer ou tentar amenizar o fato lesionante. É a restauração da situação anterior, ou a restituição do *status quo ante*. Manifesta-se como princípio deste instituto, a *neminem laedere*, de Ulpiano, a máxima de que a ninguém é permitido lesar, limitação imposta aos cidadãos de uma sociedade civilizada.

A Responsabilidade é decorrente da violação de uma norma jurídica, ou deriva-se objetivamente de uma atividade que oferta riscos, ou até de uma ação lícita, permitida pelo direito, como por exemplo o disposto no Código Civil em seu artigo 1.313, § 3º, *in verbis*:

O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso para: I – dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório; II – apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente. (...). § 3º Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento (destaque nosso).

O estado de necessidade também configura a hipótese de ação admitida pelo direito, mas com o dever posterior de indenizar ao prejudicado, tendo ação regressiva contra o causador do perigo. Nasce a responsabilidade também, por ato de terceiro, fundamentado na negligência por quem tem o dever *in vigilando* ou *in eligendo*.

2.3 Natureza Jurídica

A responsabilidade civil é um dever jurídico imposto ao transgressor da norma legal, que por ato ilícito, ou inexecução contratual, causa prejuízo na esfera material ou moral de outro indivíduo. É conseqüência lógica de tal ato, que finda persecutindo a reparação, ou ao menos, compensação do mal sofrido. Como já anotado, promove a justiça, igualdade das partes, restabelece o equilíbrio e segurança das relações humanas.

Com efeito, através de uma sanção, imposta ao que não cumpriu com seu dever jurídico, gerando desarmonia no seio social, possibilita-se atingir as três funções da reparação civil: “compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva” (Gagliano e Pamplona Filho, 2003, p. 23).

Compreendida estas noções, pode-se afirmar que a natureza jurídica é eminentemente *sancionadora*.

2.4 - Elementos da Responsabilidade Civil

Da leitura do artigo 186 do Código Civil de 2002, retiram-se três elementos formadores da responsabilidade, comuns a todas situações fáticas.

São pressupostos gerais:

- a) conduta humana
- b) dano
- c) nexo de causalidade

O dispositivo supracitado usa os termos “negligência” e “imprudência”, elementos presentes na culpa. A doutrina não adota esse elemento anímico como pressuposto da responsabilidade civil. Conforme ver-se-á, a responsabilidade objetiva prescinde da culpa para sua caracterização. Dessa forma, falta o caráter geral ao elemento subjetivo, considerado apenas como acidental.

2.4.1 Conduta

“Aquele que, por ação ou omissão”, são essas as primeiras palavras do art. 186 do Código Civil, que traduzem o elemento da conduta humana.

Fundamental para formação da responsabilidade, por que sem ela não se poderia atribuir obrigação ao fortuito ou evento da natureza. Em outras palavras, “apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado” (Gagliano e Pamplona Filho, p. 31).

Faz-se necessário na ação humana, a *voluntariedade*, ou seja, o pleno discernimento para a prática do ato que deságua no dano. Aquele que não entende o ato que pratica ou o pratica involuntariamente, não poderá ser alvo da responsabilidade por prejuízo que venha a ocorrer. A voluntariedade não é a vontade de praticar o dano ou a consciência de causar o prejuízo - fatos estes que representam o dolo – mas o simples entendimento da ação em si.

A ilicitude da conduta do agente causador do dano também não é necessária para a construção da responsabilidade. É certo que na grande maioria das ações geradoras de dano, a antijuricidade anda atada, mas não se pode classificá-la como essencial ao instituto, pois há obrigação de reparar acompanhada de ações lícitas. Pegue-se os artigos já supracitados. Naqueles casos a atuação é lícita do infrator, pois age amparado por norma legal.

O dispositivo do Código Civil apresenta a “ação” ou a “omissão”, classificada pela doutrina em condutas positivas ou negativas. Nesse sentido, as primeiras indicam um “agir”, “operar”, “realizar”, “atuar”. Cite-se o exemplo de alguém que despeja substâncias tóxicas em um rio prejudicando as populações ribeirinhas. A segunda são entendidas por um não fazer, pela inércia do transgressor. Importante notar que tal torpor deve ser consciente. A empresa que não utiliza os filtros necessários para suas chaminés e que venha a causar doenças respiratórias nos moradores ao redor, é exemplo da conduta negativa tratada.

A análise desse pressuposto abre espaço para verificação da responsabilidade civil por ato de terceiro ou por fato do animal e de coisa. Os arts. 932, 936 e 937 do Diploma Civil revelam o tema, em que os pais, tutores e curadores, empregadores e comitentes, donos de hotéis ou que participaram gratuitamente dos lucros de atividades criminosas respondem pelos danos cometidos por filhos, tutelados e curatelados, empregados e serviçais no exercício do trabalho, hóspedes, moradores e educandos, respectivamente. O dono de animal tem dever de reparar prejuízos por este causado, bem como o dono de construção, dos danos que provierem das ruínas destes ou o habitante de apartamento, pelos prejuízos provenientes da queda de objetos.

2.4.2 Dano

Para a configuração do dever de reparar o prejuízo, mister se faz a existência do dano. Sem este elemento, impossível se falar em responsabilidade.

O dano é o prejuízo sofrido por alguém, é a lesão ao direito subjetivo seu, que se concretiza na diminuição de um bem, patrimonial ou não. Observando a importância desse tema, Rodolfo Panplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2003, p. 40), conceitua o dano “como sendo a lesão a interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Nessa mesma linha de pensamento Caio Mario (1998, p. 27):

(...) inscreve-se o dano como circunstância elementar da responsabilidade civil. Por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado. Existe uma obrigação de reparar o dano, imposta a quem quer que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem.

Fernando de Noronha (2002, p. 12), assim classifica o dano: dano patrimonial e dano moral (ou extrapatrimonial); material e pessoal; direto e indireto.

Dano patrimonial é aquele que atinge a esfera econômica do prejudicado. Há nessa espécie de dano a possibilidade de se mensurar valor; enquanto o dano moral, ou extrapatrimonial, essa possibilidade é nula, porquanto afeta interesses personalíssimos, tais como o direito a vida, a integridade moral, a saúde psíquica, etc.. No dizer de Paulo Sérgio Moura e Ana Paula Dalbosco (2001, p. 15) “é moral aquele dano que afeta o patrimônio intelectual, consistindo em dores físicas ou sofrimentos psíquicos, resultantes da violação de direitos da personalidade”.

Quanto ao dano material, é aquele que afeta o patrimônio do lesado, seus bens. Dano pessoal atinge ao patrimônio imaterial (físico-psíquico).

Fala-se em dano direto quando o prejuízo decorre diretamente da conduta infracional. Fala-se em dano indireto, quando o fato não tenha o condão de promover diretamente o dano, mas de desencadear condição que o tenha

Nem todo dano enseja a possibilidade de ser ressarcido, só o será aquele que cumpra com os requisitos necessários.

A doutrina elenca três requisitos fundamentais para a caracterização da responsabilidade. São eles:

a – *a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica*: para reparação do dano, necessário é que exista agressão ao patrimônio material ou imaterial do lesionado;

b – *certeza do dano*: o dano deve ser certo, existente. Ninguém se obriga por dano abstrato, imaginário ou eventual.

c – *subsistência do dano*: para fins de responsabilização, o dano, no momento da sua exibibilidade, deve subsistir. Se houve reparação, não há que se falar em responsabilidade civil

Para o dever de reparar, imprescindível ainda, que o dano seja atual. Não há de que se construir a responsabilidade de dano futuro, se não há prejuízo não há obrigação. Não é pacífico o entendimento desse assunto, há de ser feita uma ponderação. Assim, parcela da doutrina entende que possa ser ressarcido um prejuízo ainda não efetuado, se a sua realização é desde logo previsível pelo estágio de evolução e andamento dos fatos, mas incerto no que se refere à sua quantificação; ou, ainda, resumir-se em seqüência de um fato danoso atual, como por exemplo o dano causado a uma pessoa, implicando sua incapacidade laborativa posterior. Exige-se, entretanto, a certeza de que o dano ocorrerá.

O dano reflexo ou em “ricochete” não é responsabilidade civil indireta. Como tratado, essa firma-se por ato de terceiros ou coisas de quem cabe o dever in vigilando ou in eligendo. Trata-se de uma dano sofrido indiretamente ou reflexo de um dano causado a outra pessoa. Mister se faz a comprovação do prejuízo pela pessoa que indiretamente foi atingida. Para ilustrar melhor o tema, cite-se o exemplo do indivíduo que alveja outrem de raspão, e o projétil acaba acertando terceiro que no momento do sinistro por ali passava.

Diante da modernidade e evolução das relações da sociedade, toma fôlego a temática ligada aos danos coletivos, difusos e individuais homogêneos. A tutela jurisdicional nesses casos abarca os interesses de um grupo de pessoas, que ultrapassa a barreira dos danos individualmente considerados para um dano de dimensões coletivas.

A legislação consumerista a propósito de ser específica, traz o conceito legal desses tipos de direitos. Considera direitos difusos, os transindividuais (excede o interesse de um só indivíduo), de natureza indivisível, no qual a indeterminação das pessoas é inerente e que são ligadas por circunstâncias de fato. Quanto aos direitos coletivos, são também de natureza transindividuais e indivisíveis, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte jurídica contrária. Os interesses individuais homogêneos são aqueles ligados por uma origem igual.

Outra espécie de dano importante ser analisada é o dano moral. Entretanto far-se-á por detalhe em capítulo posterior, a tratar acerca do dano ambiental, com quem mantém estreitas relações. Seria repetitivo e redundante descrevê-lo aqui e posteriormente, voltar a tratar do assunto. Agora, eis o exame do último pressuposto da responsabilidade

2.4.3 Nexo de causalidade

Trata-se o nexo de causalidade do liame entre a conduta humana e o evento dano, sendo imperioso sua indagação como fator indispensável à responsabilidade. Dentre as diversas teorias explicativas acerca do nexo causal, o Código Civil alinha-se com a *teoria direta*, destarte a leitura do seu art. 403. Esta vertente prega que só pode dar causa a um evento danoso o último acontecimento fático na cadeia das ações. Assim, qualquer fato superveniente, mesmo que independente da cadeia de acontecimentos, que produza danos, determina a responsabilidade. Tome o exemplo de alguém que ingere comida envenenada e a caminho do atendimento hospitalar a ambulância se envolve em um acidente levando a óbito o indivíduo intoxicado. O responsável nessa hipótese é o motorista da ambulância, se não verificada nenhuma excludente que o exima da obrigação.

Outro fato importante a ser tratado diz respeito às causas concorrentes, quando a vítima favorece juntamente com o agente o evento danoso, hipótese essa, que o transgressor irá responder na medida de sua atuação.

Com brilhantismo que lhe é peculiar, Caio Mario (1998, p. 54) preleciona: “ocorre a situação fática quando se positiva o nexo causal entre a conduta do agente

e o dano causado. Mas, na apuração dos fatos, eclode a circunstância eventual de haver a vítima concorrido para o desfecho”. Mais adiante em sua obra, conclui (p. 179):

A solução ideal, portanto, é especificar matematicamente a contribuição da culpa da vítima para o efeito danoso. Se for possível determinar, na estimativa da situação fática, qual o grau de participação da vítima no resultado danoso, cabe ao juiz estabelecer a proporcionalidade na reparação. Não sendo possível, como na maioria dos casos não o é, calcula-se essa contribuição, e uma vez determinado que para o dano concorreu o fato da vítima, sem quantificar a causa, somente resta a partilha por igual, reduzindo a indenização à metade.

Com isso, deve-se levar em conta com que a vítima contribui para auferir o *quantum* indenizatório, atenuando a responsabilidade do agente.

2. 5 Excludentes da Responsabilidade Civil

Causas excludentes da responsabilidade civil são aquelas que quebram o liame de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, e conseqüentemente, o eximem do dever de reparar.

No dizer de Gagliano e Pamplona (2003, p. 112): “todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexos causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.”.

Nessa linha, são excludentes: *a legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, e por fim, com cabimento na responsabilidade contratual, a cláusula de não indenizar*

Analisar-se-á cada uma das excludentes.

Proclama a primeira parte do inciso I, do art. 188 do Código Civil, que não constituem ato ilícito os praticados em legítima defesa. Com isso, não se obriga à reparação aquele que repele injusta agressão, atual ou iminente, contra si ou terceiro. Deve essa repulsa ser proporcional a injusta agressão, utilizando-se dos

meios necessários, posto que se utilizados imoderadamente, incide em excesso de legítima defesa, proibido pelo direito. Entretanto, se do ato praticado para defesa resultar em dano a terceiro, este terá de ser ressarcido pelo agente, ressalvado o direito de ação regressiva contra o que causou a injusta agressão. É a acepção do parágrafo único, do art. 930 que dispõe:

Art. 930. [...] se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.
Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (destaque nosso).

Existe uma diferenciação da legítima defesa, em *real* e *putativa*, em que esta última não tem o condão de excluir a obrigação de indenizar. Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 175) explana:

A legítima defesa putativa também não exime o réu de indenizar o dano, pois somente exclui a culpabilidade e não a antijuridicidade do ato. [...]. Na legítima defesa putativa, ato de quem a pratica é ilícito, embora não punível por ausência de culpabilidade suficiente para condenação criminal. No cível, entretanto, a culpa mesmo que levíssima obriga a indenizar. E não deixa de haver negligência na apreciação equivocada dos fatos.

Na legítima defesa putativa, o agente supõe, cria, fantasia uma injusta agressão, que a repele de forma moderada.

O fundamento do exercício regular do direito esta na própria atuação do agente, envolvida pela norma legal. “Se alguém atua pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito” (Pamplona e Gagliano, p. 117). Consoante essa noção, Caio Mario (1998. p. 177) observa: “o fundamento moral da escusativa encontra-se no enunciado do mesmo adágio: *qui jure suo utitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém”.

O estrito cumprimento do dever legal esta inserido na noção de exercício do direito, porquanto de quem atua em consonância do seu dever, atua no exercício de seu direito. A *contario sensu*, quem atua de forma irregular em seu direito incorre em abuso, de que não se vale como excludente.

As normas a respeito do estado de necessidade estão delineadas no art 160, II c/c arts. 929 e 930, todos do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

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

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

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

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

Com efeito, o estado de necessidade consiste na lesão de direito alheio no iminente perigo de ofensa a direito seu, quando de outra forma não for possível atuar. Portanto, autoriza a lei, agredir direito alheio para proteção de bens próprios, na situação de vê-los na iminência de ser ofendido, quando outra possibilidade não existir e não excedendo o limite do indispensável. Argumenta Aguiar Dias (apud Caio Mario, p. 178):

quem age por necessidade, assim como aquele que procede em legítima defesa, 'não quer o mal, nem estaria em condições de evitá-lo, mediante maior atenção, prudência ou diligência. O dano é o único meio de que dispõe para escapar ao perigo.

Tema que gera controvérsias doutrinárias, o caso fortuito ou de força maior está consignado no art. 393 da Lei Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

O legislador não fez a distinção dessas figuras, que aliás, utiliza-as como sinônimos. A polemica esta assentada na doutrina, que emprega esforços para uma definição dos institutos, ante a falta legislativa.

Sem querer exaurir os debates, conceituar-se-á as duas figuras.

Força maior é o evento movido pelas forças naturais, com a característica da inevitabilidade, que rompe o nexo de causalidade, como, por exemplo, um raio ou enchente, terremoto, que impeça o cumprimento de uma obrigação. A força maior reside em um acontecimento que provém de forças humanas, que causa prejuízos ou impede adimplemento contratual, por exemplo, a guerra, revolução popular, invasão de propriedade. Ainda lembra Caio Mario (1998, p. 181):

Desta noção, decorrem os seus requisitos: 1) Necessariedade, pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao ato danoso. 2) Inevitabilidade. Para que se exima o agente, é mister que o evento não possa ser impedido nos seus efeitos. Alguns autores acrescentam ainda a imprevisibilidade. Reportando-se à obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca, e com amparo em precedentes jurisprudenciais, Aguiar Dias entende que os elementos da imprevisibilidade e inevitabilidade dos efeitos constituem matéria de fato, não havendo espaço para se discutir se ocorreu o mesmo no fato necessário, precisamente por ser necessário. A meu ver, a imprevisibilidade não é requisito necessário, porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara como força indomável e irresistível. A imprevisibilidade é de se considerar quando determina a inevitabilidade.

Essas excludentes fulminam o nexo causal, impedindo assim a responsabilidade. No que concerne a responsabilidade objetiva, para afastar a responsabilidade, necessário se faz a comprovação efetiva da falta de um ou mais elementos componentes da responsabilidade civil.

Não há também de se falar em responsabilidade do agente, quando o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Quebra-se dessa forma o vínculo causal por ação da pessoa que sofre o prejuízo. Ou se de outra forma, apenas concorreu para o evento danoso, atenua-se a responsabilidade do agente, que apenas ira arcar com o mal causado na proporção de sua ação (culpa concorrente). O legislador não inseriu previsão legal, estando assentada apenas na doutrina e jurisprudência. Uma hipótese é o caso de um ciclista que imprudentemente entra na frente de um veículo, causando o abalroamento destes. Vê-se portanto, que o motorista do automóvel não tem responsabilidade, porquanto o acidente ter se dado pela conduta exclusiva do ciclista.

Nessa mesma linha, o fato e terceiro é excludente da responsabilidade, porquanto, incide diretamente no liame de causalidade. Dessa forma, terceiro que não é o agente ou a vítima, atua modificando os efeitos ou resultados. A matéria não é pacífica, existindo decisões ora por reconhecer a excludente, ora por não empregá-la, ressalvando, nesse caso, o direito de regresso do autor contra o terceiro que atuou para o resultado.

Como observado, no campo das relações contratuais incide a excludente da cláusula de não indenizar. Trata-se de cláusula convencionada pelas partes em que afasta o dever de ressarcir prejuízos por não cumprimento contratual. Importante notar que tal acordo de vontades não poderá transgredir normas de ordem pública e que deva existir igualdade entre as partes. Daí, devido a hipossuficiência da parte em de algumas relações, não ser permitido a cláusula de não indenizar, por manifestar-se prejudicial a parte economicamente mais fraca.

2. 6 Responsabilidade Civil subjetiva e Responsabilidade Civil objetiva

A doutrina da responsabilidade civil subjetiva é aquela que se funda na culpa (em sentido estrito) ou dolo por parte do agente transgressor. Assim, toda ação ou omissão que o resulte em dano terá de ser ressarcida, se ocorrer por imprudência, negligência, imperícia ou dolo. A noção de culpa advem dos romanos, mas definiu-se em linhas sólidas com o Código civil francês. Como ensina Caio Mario (1998, p. 14):

A doutrina da culpa assume todas as veras de uma fundamentação ostensiva e franca com o Código Napoleão. No art. 1.382 ficou terminantemente explícita: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par faute duquel il est arrivé, à le réparer.* Sobre este preceito a corrente exegética assentou que o fundamento da reparação do dano causado é a culpa. Os autores franceses desenvolveram-na em seus caracteres e construíram por todo o século passado, e ainda neste século, a doutrina subjetiva.

Entretanto, há reconhecida a responsabilidade sem o elemento anímico culpa, nesse caso, estamos frente as hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Havendo a prova do dano e se estabelecendo um nexos causal entre uma conduta, irrelevante se faz a prova da culpa, para se recompor os prejuízos. Ora, o desenvolvimento do nosso tempo criou uma gama de situações em que ocorria evento danoso mas não se conseguia comprovar a antijuridicidade do agente, restando a vítima sem a recomposição dos danos. Nessa linha, reconheceu-se a necessidade de uma doutrina nova, capaz de abarcar esses casos que se tornavam peculiares. Conforme Alvino de Lima (apud Caio Mario, p. 160):

Dentro neste movimento, cada vez maior e mais absorvente, foi que se esboçou e tomou corpo a teoria da responsabilidade sem culpa. A jurisprudência, e com ela a doutrina, convenceu-se de que a responsabilidade civil fundada na culpa tradicional não satisfaz para a solução de numerosos casos. A exigência de provar a vítima o erro de conduta do agente deixa o lesado sem reparação, em grande número de casos. Com esta conotação, a responsabilidade, segundo a corrente objetivista, “deve surgir exclusivamente do fato”.

O Código Civil adota a teoria da culpa, ou seja, a responsabilidade subjetiva como regra geral, mas não exclui a responsabilidade objetiva, que pode ser encontrada no art. 927, onde cita: “independente de culpa”. Assim, de acordo com a atividade desenvolvida pelo agente ou por determinação legal, é adotada a teoria da responsabilidade sem culpa.

2. 7 Responsabilidade Civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil é em sua essência una, pois independentemente de sua classificação, o dever de reparar é sanção a ser cumprido pelo agente causador do dano. As divisões se estabelecem para melhor entendimento didático. Explica Caio Mario (1998, p. 150):

Não têm razão os que procuram encontrar distinção ontológica entre culpa contratual e culpa aquilina. Como se verá mais adiante, uma e outra apresentam pontos diferenciais no que diz respeito à matéria de prova e à extensão dos efeitos. São porém aspectos acidentais. O que sobreleva é a unicidade ontológica. Numa e noutra, há de estar presente a contravenção a uma norma, [...] Culpa contratual e culpa extracontratual sujeitam o contraventor a responder civilmente pelos prejuízos causados. Embora se confundam ontologicamente (repito) e nos seus efeitos, a distinção subsiste no tocante as exigências probatórias.

Com isso, pode-se classificar a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Nessas espécies, a base da divisão se faz quanto a natureza da norma jurídica violada, se tal decorre da obrigação prevista em contrato ou se decorre de mandamento legal. No dizer do multicitado Caio Mario (1998, p. 151):

A responsabilidade contratual, em paralelo com a responsabilidade extracontratual ou aquilina, está sujeita aos mesmos extremos desta: a contrariedade à norma, o dano, a relação de causalidade entre uma e outra. Ontologicamente, portanto, as duas modalidades confundem-se e se identificam nos seus efeitos, como visto acima.

Nesse último caso, a atuação do infrator é ilícita, que infringe um dever jurídico *lato sensu*, classificada como responsabilidade civil extracontratual ou aquilina. Está presente nos artigos 186 a 188 do Diploma Civil.

Quando decorre do descumprimento de cláusula contratual, estamos diante da responsabilidade civil contratual, inscrito nos dispositivos 389 e seguintes e 395 e seguintes, todos do Código Civil.

Com efeito, a culpa nessas diferentes espécies de responsabilidade pode ser destacada quanto ao ônus da prova. Na hipótese da violação contratual, o devedor tem a obrigação de provar que não tem culpa ou está sobre a égide de excludente da responsabilidade. Na relação extracontratual, a vítima tem o dever de provar para poder ser ressarcido.

Sobre este tema, preleciona Carvalho de Mendonça (apud Caio Mario, p. 151):

Difere uma da outra mais no campo da prova: a vítima, na responsabilidade extracontratual, tem de demonstrar a existência de todos os elementos, ao passo que, na contratual, fica estabelecida ex re ipsa a culpa, o que significa ser a posição do credor mais vantajosa.

CAPÍTULO III DO DANO AMBIENTAL

3.1 Conceito

Apesar da doutrina bem conceituar o dano ambiental, existe certa dificuldade em defini-lo, tendo em vista que a Constituição ou a legislação ambiental não traça uma noção exata de dano ao meio ambiente, a qual limita-se apenas a noção de meio ambiente, degradação ambiental e poluição.

Nessa linha, pela leitura do art. 3º da Lei nº 6.938 de 1981 tem-se, *in verbis*:

Art. 3º. Para fins previstos nessa Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

A partir do conceito de degradação e poluição, pode-se conceituar dano ambiental como sendo o prejuízo causado a um fator ambiental ou natural ou um de seus elementos, tendo por conseqüência alterações de forma negativa, que cause degradação ou poluição. Édis Milaré (2001, p. 422), por sua vez, propugna que “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. E ainda continua a dizer que recurso natural não se confunde com recurso ambiental, mas este é gênero em que aquele é espécie, bem como, meio ambiente não se resume aos elementos naturais, mas também aos elementos artificiais ou culturais (Edis Milaré, 2001).

Américo Luís Martins da Silva (2004, p. 712 e 713) entende por:

[...] dano ambiental (*environmental damage*, em inglês; *dammmage environnemental*; em frances; *daño ambiental*, em espanhol; e *danno ambiental*, em italiano) deve ser entendido os prejuízos diretos ou indiretos causados pelas diversas formas de agressão ao meio ambiente cometidas pelo homem ou pela própria natureza [...].

Salienta-se a importância das Convenções Sobre a Responsabilidade Civil por Danos Resultantes do Exercício de Atividades Perigosas para o Meio Ambiente, em Lugano, realizadas pelo Conselho da Europa, que dão expressão ao tema e definem o dano ambiental. Na primeira parte do texto, trata o dano ambiental como todo prejuízo ou dano resultante da alteração do meio ambiente, sendo meio ambiente composto de todos os recursos naturais abióticos e bióticos, tais como o ar, a água, o solo, a fauna e a flora, bem como a interação entre fatores, os bens que compõem a herança cultural e os aspectos característicos da paisagem. Por sua vez, a parte final do texto traz o art. 2.7, que aduz:

- a) a morte ou lesões corporais;
- b) qualquer perda ou qualquer prejuízo causado a bens outros que a instalação ela mesma ou bens que se achem no local da atividade perigosa e situados sob controle de quem a explora;
- c) qualquer perda ou prejuízo resultante da alteração do meio ambiente, na medida em que não seja considerada como dano no sentido das mencionadas alíneas a ou b, desde que a reparação a título de alteração do meio ambiente, excetuada a perda de ganhos por esta alteração, seja limitada ao custo das medidas de restauração que tenham sido efetivamente realizadas ou que serão realizadas;
- d) o custo das medidas de salvaguarda, assim como qualquer perda ou qualquer prejuízo causado por essas medidas, na medida em que a perda ou dano previsto nas ditas alíneas a e c originem-se ou resultem das propriedades das substancias perigosas, de organismos geneticamente modificados ou de microrganismos, ou originem-se ou resultem de rejeitos.

Nestas definições, percebe-se a existência da “agressão” ao bem jurídico “meio ambiente”. Para a formação deste, é necessário que vários bens jurídicos autônomos (ex. ar, água, recursos minerais) se agreguem, e assim encontrará tutela no Direito Público ou Privado.

O dano ambiental propriamente dito é aquele que atinge o patrimônio natural, artificial e cultural, distinto, portanto, do dano comum, que causa diminuição a um bem jurídico na esfera patrimonial ou dano imaterial, que não seja bem jurídico ambiental. Ressalta-se que os danos causados ao meio ambiente podem atingir a direitos subjetivos e bens privados de forma indireta, como também, bem ambiental apropriado pelo particular; ou bens públicos, entendidos como bem jurídico ambiental de interesse coletivo.

Sobre o tema, José Rubens Morato Leite (apud Luciano Furtado Loubet, 2005, p. 12), esclarece:

Da análise da lei brasileira, pode-se concluir que o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.

3.2 Classificação

O art. 14 da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938 de 1981) classifica duas modalidades de dano ambiental. Prevê na primeira parte, que os prejuízos podem alcançar o meio ambiente - como bem jurídico autônomo –, ou, de outra forma, a terceiros, bem como, obedece a divisão clássica, em dano patrimonial ou extrapatrimonial, lesionando bem jurídico coletivo ou individual.

Sobre o modo quanto à pessoa, destarte a unicidade que da o Direito ao dano ambiental, pode-se distingui-lo em dano coletivo ou individual. Eis o texto do referido artigo:

Art. 14. [...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência e culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por suas atividades (destaque nosso).

Assim, o dano ambiental em sentido *amplo, coletivo, ou propriamente dito*, é aquele que atinge os fatores ambientais. Já os que atingem o particular, em ricochete, posto que atingiu primeiramente aos recursos ambientais, são chamados de danos *individuais* ou em *sentido estrito*. Neste o patrimônio do particular é lesionado de forma específica, precedida por um sinistro de lesão ao patrimônio ambiental, por exemplo, o agricultor que tem seu plantio contaminado por produto venenoso derramado na propriedade contígua com a conseqüente contaminação do solo, vindo a impedir a venda do seus produtos e causando-lhe prejuízos.

Essa classificação também diz respeito à titularidade da ação para proteção e conseqüente composição dos danos causados. São titulares desta ação, referente ao dano coletivo, a sociedade, legítima titular da ação pelo meio ambiente quando afetado como bem jurídico independente, o Ministério Público, entidades ambientalistas ou o próprio cidadão comum. Com relação ao dano individual, tem titularidade a vítima específica do dano, por ação ordinária e até mesmo por ação cautelar ou mandado de segurança se satisfeitos os requisitos. Nos Tribunais do país, a dicotomia desse dano se faz presente. O Tribunal de São Paulo, em acórdão, já decidiu:

Dano contra o meio ambiente: rompimento de tanque construído precariamente, ocasionando um derrame de lama fétida e poluentes – *Irrelevância do fato de a empresa ré ter indenizado alguns proprietários, porque, indubitavelmente, não foram eles os únicos atingidos – Ação civil pública que, outrossim, não se confunde com uma ação qualquer de responsabilidade civil por danos causados a particulares*". (Apelação cível 135.914-1-j. 18.02.1991 – Rel. Godofredo Mauro).

No modo quanto à espécie, segue-se a divisão comum em danos ao patrimônio material ou imaterial da vítima. Em se tratando de dano materiais buscase a indenização dos prejuízos para aqueles já consumados ou a recomposição ao *status quo ante*, se possível, como resguardado no art. 225 na Constituição Federal. Na grande parte dos casos de degradação ambiental é impossível a reabilitação do ambiente, restando somente ao agente causador do dano a reparação indireta como compensação ao mal causado. Tanto para ações coletivas ou ações ordinárias o causador do dano deverá pagar quantia em dinheiro, mas a destinação será diversa,

para um fundo nacional de defesa dos direitos difusos ou diretamente a quem sofreu o dano individualmente.

Na ceára do dano moral, o assunto é controvertido e da margem a discussão doutrinária. Parte pequena da doutrina entende pela não existência de dano moral em sede de dano ambiental. Propugna a impossibilidade da coexistência das duas espécies de danos, por a Constituição, no capítulo pertinente, dispor no sentido de preservar o meio ambiente, e não a direitos personalíssimos das pessoas.

Certo é que o dano moral é expressamente indenizável, por estar respaldado na Constituição Federal e no Diploma Civil de 2002. Comete ato ilícito aquele que causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186 – Código Civil). Num conceito simples o dano moral é aquele que atinge a esfera subjetiva do indivíduo, violando sua privacidade, honra, imagem, saúde, intimidade. Mas como inserí-lo no contexto do dano ambiental ?.

A priori, a acepção *dano moral ambiental* enseja certa estranheza, por ser impossível imaginar lesão a esfera moral de um interesse difuso, neste caso, o meio ambiente.

Em matéria de Direito Ambiental, além do meio ambiente, o que se pretende tutelar é a saúde, a tranqüilidade, a integridade física, que sem dúvida, fazem parte dos direitos subjetivos das pessoas. Aquela lesão no campo subjetivo de determinada comunhão de valores de um grupo é encarada como dano moral ao um bem difuso. Meio ambiente, bem difuso que é, sob agressões, pode ensejar danos a certo grupo, por afetar a saúde, por exemplo.

Ademais, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 1985) estabelece expressamente a possibilidade de compensação do dano moral por danos causados ao meio ambiente, *in verbis*:

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* (destaque nosso).

Observe o acórdão da Desembargadora Maria Raimunda de Azevedo, do Tribunal do Rio de Janeiro, que condena indivíduo a pagamento de indenização por danos morais (apud Talden Farias, 2007, p. 96):

A condenação imposta com o objetivo de restituir o meio ambiente ao estado anterior não impede o reconhecimento de reparação por dano moral ambiental. Pacífico o entendimento por este Colegiado de que a indenização por dano moral comporta pedido genérico, deixando-se ao arbítrio do julgador a quantificação, a ausência de pedido certo e determinado não impede a condenação, uma vez que existe pedido genérico. Em se tratando de proteção ambiental a responsabilidade é objetiva, bastando a demonstração do dano existente com a prova do fato perpetrado contra a coletividade pela degradação do ambiente. Uma coisa é o dano material consistente na poda de árvores e na retirada de sub-bosque cuja reparação foi determinada com o plantio de 2.000 árvores. Outro é o dano moral consistente na perda de valores ambientais pela coletividade (Ação civil pública nº 2001.001.14586 - março de 2002 – rel Maria Raimunda Azevedo).

Com a jurisprudência exposta fica patente a íntima relação ente direito ambiental e o dano moral, que de impossível reparação, se condensa na possibilidade de uma compensação do dano ao direito subjetivo.

De natureza jurídica *sancionadora*, tem o dano moral – especialmente o dano moral ambiental -, como uma forma de repressão ao mal causado. Não constitui efetivamente uma pena civil, mas uma sanção pública na tutela dos interesses sociais. Não é de natureza de *ressarcimento* dos prejuízos, pois não é possível a extinção do mal e conseqüências. Ressarcir tem como resultado lógico eliminar o prejuízo, fato impossível ao dano moral ambiental por não compreender pecúnia.

3.3 Características do dano ambiental

O dano ambiental tem suas próprias características que orientam o ordenamento jurídico. A *pulverização das vítimas* é uma característica que faz frente ao dano comum. Enquanto este apresenta um dano específico a um indivíduo ou conjunto determinado de indivíduos, o dano ambiental atinge a uma coletividade difusa de vítimas, ainda que certos danos possam ser individualizados a certos sujeitos. Dessa forma, em um abalroamento de carros conhecem-se as vítimas (dano tradicional), mas uma empresa que expele substâncias prejudicial pelas suas chaminés afeta a todos difusamente considerados (dano ambiental).

Outra característica diz respeito à *difícil valoração*, ou seja, a dificuldade de se mensurar valores dos prejuízos ou cálculo econômicos por danos causados aos recursos ambientais. Cabe aqui a seguinte indagação: qual o valor material de uma espécie extinta ou de uma parte da Mata Atlântica devastada ?

Nesse diapasão, nosso ordenamento jurídico ainda prevê a compensação de danos morais por danos ao meio ambiente, ensejando mais uma gama de dificuldades para o estabelecimento de uma avaliação correta, de modo a apreciar os valores reais e que seja suficiente para completa reparação dos bens lesados.

Assim como a difícil valoração, a *difícil reparação* se mostra na incapacidade da retomada do *status quo ante* pelo prejuízo, cingindo-se apenas a mera reparação em dinheiro, não adequada a extinguir o mal causado. O princípio da prevenção, nesta realidade, seria a melhor solução, o qual impede a lesão ao meio ambiente antes atuando antes de consumada a lesão. O comentário de Fábio Feldmann (apud Moura Franco e Dalbosco, p. 18) é pertinente:

É essa – a prevenção - a ótica que orienta todo o direito ambiental. Não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte razo? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?.

3.4 Reparação por ocasião do dano ao meio ambiente (Existência do prejuízo e relação de causalidade)

A Constituição Federal Pátria, no art. 225, em seu § 2º dispõe que “aquele que explora recursos minerais fica obrigado a *recuperar* o meio ambiente degradado (...)” e acrescenta no § 3º que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentes da *obrigação de reparar* os danos causados”.

Nessa esteira, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) ressalta a imposição ao “poluidor e ao predador, da obrigação de *recuperar e/ou*

indenizar os danos causados, e ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos”.

É esclarecedora a lição de Américo Luís Martins da Silva (2004, p. 722) acerca da reparação:

A reparação nada mais é do que isto: fazer reparo no que foi danificado, fazer conserto, fazer restauração etc. A reparação constitui o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o *status quo ante*; é restabelecer as coisas conforme o seu estado original (*restitutio in integro* – restituição integral – dever de quem lesa a outrem de reparar o dano). Todavia, muitas vezes é impossível se restabelecer as coisas ou a pessoas ao *status quo ante* (reparação natural ou *in natura*). Em tais hipóteses se diz que reparação deve ser entendida como ato de indenizar, compensar ou ressarcir.

Portanto, pode-se distinguir duas formas de reparação para o dano causado ao meio ambiente:

- a) restabelecimento do *status quo ante*
- b) indenização pecuniária

É imperiosa a tentativa da primeira opção por se mostrar a “modalidade ideal” (Edis Milaré, 2001). Nesta, existe a busca da reversão do mal causado, a restituição do estado encontrado antes dos danos causados e não a simples entrega de dinheiro. Mesmo que mais onerosa para o agente causador do dano é a solução a ser empregada. Infelizmente nem sempre é possível este tipo de reparação, com as dimensões que certas atividade poluentes interferem e agredem os sistemas ecológicos. Ao aplicador da lei deve restar a atenção e dar aplicabilidade as medidas de retorno ao estado anterior, ou pelo menos a minoração da degradação.

Diferentemente das sanções penais e administrativas, que tem caráter de punição ao agente causador do dano, na reparação ambiental, fica o caráter de recomposição do degradado, procurando impor ao poluidor que pague por sua atividade lesiva (princípio do poluidor-pagador), e não se deve entender por pagar para poder poluir, e sim pagar por ter desestabilizado o equilíbrio ecológico e a qualidade de vida, direito subjetivo de toda coletividade. Ainda há o caráter exemplar, para dissuadir que outros venham a incidir no mesmo comportamento.

Ademais, quando a restituição ao estado anterior não se faz possível, necessário o pagamento de indenização. Importante anotar que essa medida se

toma de forma excepcional, pois a medida ideal é a reversibilidade do mal causado. O pagamento em dinheiro é forma de reparação indireta, e deve ser efetuado da maneira mais ampla possível, compreendidos os danos emergentes, lucros cessantes e danos futuros, tomando os cuidados necessários para não se configurar enriquecimento ilícito ou sem justa causa.

A Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) é um importante instrumento na tutela do meio ambiente (art. 1º, I). Reza o art. 3º que “a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, e adiante, no art. 11, acrescenta:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Quanto a reparabilidade do dano moral ambiental de forma difusa ou individualmente considerado, impossível é a prestação de fazer ou retomar ao estado anterior. O sofrimento causado não se reverte. Assim resta apenas a compensação pecuniária. Nessa matéria, Américo Luís Martins da Silva (2004, p. 743) elenca alguns quesitos em que a jurisprudência tem acatado para arbitramento do valor do dano moral ambiental:

- a) intensidade da culpa ou dolo do infrator (responsabilidade por ação ou omissão), inclusive pelo exame do proveito do agente com a degradação ao meio ambiente por ele perpetrada;
- b) capacidade econômica e cultural do infrator responsável pelo dano ambiental;
- c) necessidade de a reparação se um verdadeiro desestímulo a reiteração de atos ilícitos ambientais (caráter punitivo), ou seja, valor suficientemente pesado, o qual possa gerar prevenção de futuros danos ambientais; e
- d) extensão do dano ambiental, analisando-se, por sinal, a eventual reversibilidade, bem como, conforma o caso (quando caracterizado o dano moral ambiental temporário), eventual prejuízo moral interino.

Para haver a reparabilidade, se fazem mister a *existência do prejuízo* e a *relação de causalidade*.

O prejuízo causado ao meio ambiente deve ser de modo anormal. A fumaça que excepcionalmente foi expelida de maneira modesta ou um ruído ocasional acima do nível permitido não podem ser qualificados como dano ambiental. Assim, revela-se o dano ambiental não apenas quando manifesto o dano ambiental decorrente de um único fato, chamado por Patrick Girod (apud Paulo Affonso Leme Machado, p. 277) de “anormalidade no estado puro”, mas também por repetição de determinados acontecimentos que vão além da capacidade de assimilação dos ciclos biológicos.

A anormalidade que se destaca no parágrafo anterior deve ser em relação à vítima, e não quanto à atividade realizada. Uma atividade normal pode dar causa a resultados anormais. A razão de ser do dano ambiental está na suportabilidade da vítima e os limites que esta pode assimilar. É o caso de uma fábrica que, imprime ruído, de forma que durante o dia misturado aos outros sons do ambiente se dá quase imperceptível, mas que em meio ao silêncio da noite, horário de sossego e descanso, causa perturbação à coletividade próxima. Neste exemplo, portanto, se demonstra o limiar da anormalidade, no qual durante o dia o homem médio pode absorver determinados ruídos, já pelo período noturno, a atividade ultrapassa a utilização normal do ambiente, tornando impróprio para o uso dos outros.

Além da existência do prejuízo, deve-se anotar a relação de causalidade. Esta se condensa pelo liame causal entre a ação do agente e os danos causados. Para o dano ambiental não é diferente, e se descobre esta causalidade entre a ocorrência do dano e a ação poluidora. A dificuldade se dá em outro plano, quando para se estabelecer o nexos de causalidade do prejuízo ao meio ambiente existem vários agentes poluidores

Nesta hipótese, os vários autores contribuem para a ocorrência do dano que é único. Difícil seria atribuir os índices de degradação ou prejuízo de cada poluidor na ocorrência do dano e com isso apurar o montante de que cada um deve reparar. Em contrapartida, essa situação não poderia prejudicar a responsabilidade do dano sofrido pela vítima. Em um distrito industrial seria impossível apontar o causador de doenças respiratórias nos habitantes circunvizinhos.

A solução encontrada reside na possibilidade da escolha entre os poluidores, pela vítima, daquele que lhe convier para solver seus prejuízos ou reparar dano. Não é necessário acionar todos os poluidores, tarefa que se mostra árdua e onerosa. O juiz na apreciação destes casos deve levar em conta a probabilidade de tal atividade

ser também causadora das lesões e não ser exigente em demasia quanto às provas da causalidade, pois se assim proceder, tendo em vista as dificuldades aqui exortadas, o mister da responsabilidade civil restará descumprido.

CAPÍTULO IV OBJEÇÕES À TEORIA DO RISCO INTEGRAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE E INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA

4.1 Responsabilidade civil do Estado – Regra da objetividade

Durante muito tempo as regras que norteavam a responsabilidade do Estado fundamentavam-se no Direito Público, inseridas no Direito Constitucional e Direito Administrativo. Foi somente no princípio do século passado a tomada pelo Direito Civil dos princípios da responsabilidade do ente estatal.

Outrora, a regra da “irresponsabilidade” preponderava para os atos da administração, que coberto pelo manto da imunidade de seus atos e sob a alegação de que não se contraria o Estado soberano, dava-se à impossibilidade de obter reparação deste. As expressões “*Le roi ne peut mal faire*” e “*The king can do no wrong*”, ou, no vernáculo pátrio, “o rei não pode fazer mal” e “o rei não erra” condensam bem a idéia. Com o fim do absolutismo a situação não se modifica, pelo contrário, agora com a separação dos poderes ficava o Poder Judiciário inativo frente aos atos de outros poderes, impedido pela proibição da interferência nos mesmos.

Somente com as idéias inovadoras do início do século passado, foi possível igualar o Estado ao cidadão comum. Em determinadas matérias o Estado age sob a égide do Direito Público, invocando seu *jus imperium*, noutros, como no caso da responsabilidade civil, as normas reguladoras são de Direito Civil, e enseja a possibilidade do cidadão acioná-lo para obter reparação por danos causados.

As teorias que informam a responsabilidade civil do Estado sofreram nítida evolução, desde a teoria da culpa, passando pela teoria do acidente administrativo e, enfim, desaguar na teoria do risco.

A primeira assentava a responsabilidade do Estado somente após ser apurado a ação culposa do agente público. Nesta, a responsabilidade civil subjetiva, como analisada alhures estava adaptada para o campo público, se fazendo necessário à atuação do servidor no exercício de sua função e de forma culposa.

Deveras, com a aceitação da teoria subjetiva, que é necessário provar a ação culposa do agente e ainda, ante a desigualdade que se avulta entre o Estado e a vítima, muitas destas restavam sem a reparação dos prejuízos sofridos. Assim, uma nova teoria se tornava imperiosa para abarcar os casos de injustiça. A teoria do acidente administrativo ganha impulso neste momento. Por esta, não mais existia a necessidade de se averiguar a atuação culposa do agente, bastando a prova da existência de uma falha, irregularidade ou mau funcionamento no serviço público para se configurar a responsabilidade estatal.

Num próximo caminhar evolucionista, estabeleceu-se por fim a teoria do risco. Aqui, nos contornos como hoje se conhece, não se procura a culpa ou mau funcionamento do serviço, mas apenas provar-se o nexo de causalidade entre a conduta do agente que age sob o nome do Estado e o evento danoso.

Dessa forma, a Constituição Federal Pátria é esclarecedora ao dispor que as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que atuarem como prestadoras de serviço público, ficam obrigadas a reparar dano que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de ação regressiva contra o responsável que agiu de forma dolosa ou culposa (§ 6º, art. 37).

E o art. 43 do Código Civil reafirma o mandamento constitucional, *in verbis*:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos 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.

A proibição de Ulpiano, de que “ninguém deve lesar” aplica-se ao Estado também, que não tem o direito de causar dano a direitos ou bens de outrem. O vocábulo “agente” deve ser entendido por aquele que no momento da evidência do dano exercia atividade ligada à função do Estado, ou seja, operava sob o nome deste.

No contexto ambiental, as regras quanto à responsabilidade não se diferenciam. Pelos danos que o Estado venham a produzir sobre o meio ambiente ou que indiretamente por este, ataque a direito subjetivo de terceiros, deverá este responder objetivamente. A responsabilidade civil objetiva, portanto, é quem informa

as regras quanto atuação prejudicial do Estado. Como ensina o art. 14, § 1º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, *in verbis*:

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

Em termos de dano ecológico, o poluidor é obrigado a reparar, mormente a prova do nexos causal entre a prática danosa e o evento sinistro. Aqui, prescinde a discussão do elemento “culpa” como caracterizador da responsabilidade. A regra da objetividade se baseia nos princípios de equidade, por certo de que determinadas atividades que resultam benefícios, responde pelo risco dela decorrente. De qualquer atividade que o Estado desenvolve decorre o risco.

Pelo dano ecológico, as condutas que o ensejam não estão tipificadas, ou reguladas em norma jurídica, tampouco é relevante a licitude da ação. Mesmo que autorizada por licença ambiental, ou ter sido elaborado Estudo de Impacto Ambiental ou em acordo aos padrões de segurança exigidos, a atividade, se causar dano, surge o dever reparatório. Não importa a legalidade do ato, basta a simples potencialidade danosa e logicamente uma ação desprevedora.

De fato, não é só por ação positiva que resulta o dever de indenizar, as ações omissivas do ente estatal também tem o condão de auferir responsabilidade. O dever de proteção do meio ambiente é mandamento constitucional disposto no art. 225 da Carta Magna, em que “todos tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] impondo-se ao Poder Público [...] o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Com isso, quando o Estado deixa de empregar medidas que tutelem o meio ambiente esta incorrendo em inércia, passível portanto, de ser responsabilizado. Cite-se o exemplo do Município que deixa de dar destinação especial ao lixo hospitalar, e que por esta omissão, cause degradação ambiental.

Nesse mesmo contexto, o Estado pode ser responsável solidário por dano causado por terceiros aos recursos ambientais. Como expresso no artigo supracitado, tem o dever de fiscalizar e obstar o evento danoso, e não agindo desta

forma, mas sim por inação, desmazelo ou de forma deficiente, poderá ser demandado em ações reparatórias, ressalvado seu direito de regressão ao efetivo causador do dano. Édis Milaré (2001, p. 437), com a sabedoria que lhe é peculiar sobre este tema explicita:

Na prática, para não penalizar a própria sociedade, que teria, em última análise, de indenizar os prejuízos decorrentes do dano ambiental, convém, diante das regras de solidariedade entre os responsáveis, só acionar o Estado quando puder ser increpada a ele a causação direta do dano. É que se é possível escolher um dos responsáveis, segundo as regras da solidariedade, por que não se valer da opção mais conveniente aos interesses da comunidade?!

4.2 – Teoria do risco integral e objeções

Hodiernamente o instituto da Responsabilidade Civil é reconhecido universalmente, expresso em várias legislações e jurisprudências de povos civilizados. É consenso nessas sociedades que o Estado deve ser responsabilizado, de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de prova do elemento da culpa, por danos causados em virtude de ações ou omissões de seus agentes. Como anotado em simples linhas alhures, nem sempre ao ente estatal evidenciou-se este dever de recomposição dos danos, ao passo que homem e Estado evoluíram conjuntamente, para, atualmente, atuar o ideal de igualdade formal de todos perante a lei, e o Estado suportar o ônus decorrente dos riscos de sua atividade.

Nesse passo, a regra da objetividade admite a teoria do risco como seu sustentáculo. Logo, os juristas não tardaram a apresentar diferenciações dentro dessa nova teoria, que apesar de manter a característica principal, qual seja, a desnecessidade de provar a culpa, elaboram inovações ao que havia sido criado. Classicamente várias subdivisões a teoria do risco se moldaram, mas que apenas duas, atualmente ganharam respaldo e reconhecimento no Direito Comparado. Uma delas, e objeto de análise deste trabalho, é a teoria do “risco integral”. Modalidade extremada da teoria, se resume na impossibilidade do agente causador do dano, *in casu*, em dano ambiental provocado pelo Estado, de alegar alguma das excludentes

da responsabilidade civil para se eximir da obrigação de recompor os danos. Para Cavalieri Filho (2006, p. 157 e 158):

A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Dado o seu extremo, o nosso Direito só adotou essa teoria em casos excepcionais.(...) (destaque nosso).

Justamente pelo extremismo da teoria é que insurge as críticas, não como uma maneira de propagar o afrouxamento das leis ambientais, ou travar a evolução e as conquistas do Direito Ambiental, mas de dar segurança as condenações por responsabilidade e sugerir outras linhas de argumentação nesse delicado tema.

A teoria do risco integral encontra vários adeptos na melhor doutrina nacional, com o discurso de que ela serve para repartir por todos os administrados o ônus dos danos atribuídos ao Estado, devido a sua atividade gerencial. Ainda justifica, em dizer que o Direito Ambiental tem um único fim, que é interesse público, motivo da aplicação da teoria do risco integral.

Com enorme respeito à argumentação, não se pode atender a essa teoria, por dela decorrer injustiça e insegurança social. São incisivas as palavras do sábio administrativista Hely Lopes Meirelles (2004, p. 627):

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

Dessa forma, as excludentes do caso fortuito ou força maior, bem como a da culpa exclusiva da vítima não são válidas para exclusão da responsabilidade do Estado. Na integralidade do risco, até mesmo, na falta do nexo de causalidade,

quando a própria vítima dá ensejo ao dano causado, onera o Estado com o dever de reparação. Entende-se impossível, nessa ótica, conferir responsabilidade ao Estado, pela inexistência de elemento do “liame de causalidade”, imperioso para caracterização de responsabilidade.

O texto constitucional não deixou dúvidas quanto à objetividade da responsabilidade estatal, expressa no § 6º do art 37, e não obstante, implicitamente a teoria do “risco administrativo” ou “risco proveito”. Nas Constituições anteriores, especificamente, a de 1946, pioneira em atribuir a responsabilidade objetiva do Estado, e nas de 1967 e 1969, a Suprema Corte já registrava que a teoria do risco integral não deveria ser reconhecida, e aceitava a teoria do risco administrativo, para prevenir excessos e injustiça (RE 68.107-SP, Rel. Min. Thompson Flores, RJT 55/50-54 e RE 66.013, RJT 51/704), dando a possibilidade de eximir-se da reparação por comportamento exclusivo da vítima.

O multicitado Meirelles (2004, p. 627), no mesmo sentido do exposto assevera:

Essa teoria jamais foi acolhida entre nós. Embora haja quem tenha sustentado sua admissibilidade no texto das Constituições da República. Contestamos formalmente esse entender, que se desgarrar da doutrina acolhida pelo nosso Direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do *risco administrativo*, e não do *risco integral*.

Sobretudo, abstrai-se da Constituição Federal que o Estado só responde por danos causados pelos seus “agentes, nessa qualidade”. Com isso, adotou a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade estatal, se não, teria previsto que responderia por danos causados por atos de terceiros ou por danos causados por eventos naturais, mas não o fez. Assim, decorre responsabilidade somente da relação entre a atividade administrativa e dano ao meio ambiente. Sem esta relação, impossível seria estabelecer o “liame de causalidade”, como o é na relação dano ao meio ambiente e culpa exclusiva da vítima, dano ao meio ambiente e evento fortuito ou de força maior, ou dano ao meio ambiente e fato de terceiro, por falta de previsão legal. Todas essas relações excluem o nexo de causalidade da responsabilidade do Estado.

O risco administrativo permite que o Poder Público demonstre a culpa de terceiros para poder ser eximir da responsabilidade. Ao particular ou ao Ministério Público não é necessário provar culpa do Estado, pois a regra é objetiva, mas nada impede que o Estado faça prova da sua isenção do evento danoso.

Cumpra destacar quanto ao caso fortuito ou força maior, para que o Estado possa alegá-los e obter a exclusão da sua responsabilidade, é necessário que os mesmos sejam inevitáveis. Não é de se aplicar a excludente de forma automática. Deverá ser analisado se o fato da natureza era previsível, e poderia ser evitado, ou de que era impossível evitar ou impedir os danos, que nesse caso, se provado, válido para desconfigurar a responsabilidade do Estado. Para ilustrar o delineado, cite-se o exemplo em que a União instala uma usina nuclear em área sujeita a inundações, vindo a ocorrer o referido sinistro, danificando as estruturas daquela, com conseqüente vazamento de substância radioativa. *In casu*, a responsabilidade do Estado esta configurada, pois o fato natural era previsível e as providencias necessárias não atendidas para se evitar ou impedir os danos ao meio ambiente, ou mesmo porque a usina fora instalada em lugar indevido.

Desta forma, ficam patentes as intempéries que causa a teoria do risco integral, que com respeito aos brados de boa doutrina, não tem razão de ser aplicada.

4.3 – Meios processuais de defesa ambiental

Com esteio no princípio 10, da Declaração do Rio de Janeiro, elaborada na Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad) em 1992, afirmou-se que “deve ser proporcionado acesso aos procedimentos judiciais e administrativos, incluindo compensação e reparação”, se faz mister a análise das espécies processuais de proteção ao meio ambiente. A Constituição traz como garantia fundamental a “apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que garanta uma sadia qualidade de vida (art. 225).

A apreciação pelo poder jurisdicional da questão ambiental é por demais importante e que se pode considerar uma evolução, dada a situação que a temática,

em tempos não muito longínquos, se encontrava. Somente com o advento da Constituição de 1988 que a matéria ganhou relevância, e que se avulta na atualidade pelas conseqüências agora sofridas pela humanidade por séculos de degradação e poluição.

São diversas as vias a serem esquadrihadas por quem foi vítima de dano ambiental. Tanto o particular como a coletividade – meio ambiente considerado como bem difuso - podem ser titulares da variedade de procedimentos a serem observados. Delinear-se-á então, algumas dessas ações de que o cidadão lesionado pode se valer para obter reparação/compensação de seus prejuízos.

4.3.1 Ação Popular Ambiental

A Constituição Federal dispõe no inciso LXXIII, do artigo reservado aos direitos e as garantias fundamentais (art. 5º) que, *in verbis*:

Art. 5º. (...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, *ao meio ambiente* e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (destaque nosso).

A Ação Popular é o meio processual de defesa do meio ambiente de que pode se valer qualquer cidadão. Entenda-se que é condição para ser titular da almejada ação aquele que está no gozo de seus direitos políticos, ou seja, que é eleitor. A inovação trazida pela Carta Magna de 1988 se dá quanto a isenção de custas e ônus da sucumbência para o autor da demanda, que na legislação ordinária, a Lei nº 4.717 de 1965 previa no seu art. 10 que “as partes só pagarão custas e preparo a final”. Desse modo, o legislador constitucional facilitou o acesso a este procedimento e atingiu o fim colimado para da ação popular, que é verdadeira ação do povo, ensejando a possibilidade de ser utilizado por todo cidadão. A necessidade de advogado para peticionar ao juiz ainda constitui entrave para maior acessibilidade do povo.

Como se observa no artigo supracitado, “qualquer cidadão” é parte legítima para propor a Ação Popular, que para tal, a cidadania deverá ser provada pela exibição do título eleitoral ou documento correspondente (§1º, art. 1º, Lei nº 4.717/65). Nestes termos, um celeuma se constitui. Cidadão é aquele em perfeito gozo de seus direitos políticos, ou seja, o eleitor. Mas de acordo com o *caput* do art. 5º, bem como o *caput* do art. 225 que trata do meio ambiente, ambos da CF/88 utiliza o termo “Todos (...)”, inferindo-se que qualquer do povo, apto para os atos da vida civil, eleitor ou não, poderá se utilizar desta ação popular.

A Ação Popular Ambiental, como o próprio nome indica, tem por objeto a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, quanto a atos lesivos contra eles praticados. Visa assim a ação, a prática do ato lesivo ao meio ambiente, e figura no pólo passivo da demanda o autor ou pessoa responsável pela conduta que causou o evento danoso.

Fica competente o juiz do local em que ocorreu ou deva ocorrer o dano, independentemente de local da origem deste. A propositura da ação prevenirá o juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e com os mesmos fundamentos (§ 3º, art. 5º, Lei nº 4.717/65).

4.3.2 Ação Civil Pública

Acentua-se a Ação Civil Pública como um dos principais instrumentos na defesa dos direitos difusos e coletivos. Consagrado no art. 129 do texto constitucional, o inciso III define que ação civil pública é meio de proteção do patrimônio público e social *do meio ambiente* e de outros interesses difusos e coletivos.

Este procedimento não visa atuar em prol da indenização dos danos de caráter individual, e sim em defesa dos direitos metaindividuais, os direitos tutelados são os considerados coletivamente. A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de julho de 1985) condensa as ações de responsabilidade, sem prejuízo de ação popular, por danos morais ou patrimoniais causados ao meio ambiente, ao

consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e outros interesses supra-individuais (art. 1º).

Nesse mister, o procedimento tramita no juízo civil, e tem pelo foro competente o local de onde ocorrer o dano. Estará este juízo prevenido para futuras ações de mesma causa de pedir e objeto.

Os legitimados para ação principal ou cautelar estão descritos no art. 5º da citada lei, quais sejam, o Ministério Público, União, Estados e Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Ministério Público quando não for autor da ação intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei.

Aspecto que merece destaque é a atuação do Ministério Público. Com a autonomia que a CF/88 lhe confere, a peça de maior relevo desta ação é a participação do Ministério Público, claro que não desprezada a atuação dos outros legitimados. Mas a participação ministerial vai além da simples petição ao juiz cível, pois que a Lei nº 7.347 e a Constituição Federal instituíram o “inquérito civil”, de sua competência exclusiva. A ser presidido pelo Ministério Público, tem este poder de agir *ex officio*, com poderes para intimação e notificação de testemunhas, requerer documentos, perícias e outras informações suficientes a demanda que poderá propor. A este inquérito civil, não está obrigado o pedido em juízo. Poderá ser arquivado sob fiscalização do Conselho Superior do Ministério Público.

Far-se-á a defesa dos bens e interesses tutelados pela lei de três formas: obrigação de fazer, de não fazer e pagamento em dinheiro, ou todas cumuladas. Os valores obtidos com a indenização, não serão destinados a vítimas dos danos causados, que podem demandar em causa própria, mas para um Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, geridos por um Conselho Federal ou Conselhos Estaduais, com a função de reparar e recuperar os danos causados ao meio ambiente e outros interesses difusos (art. 13, Lei nº 7.347/85)

Sobre a importância e eficiência desta ação, Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 356) preconiza:

A Ação Civil Pública pode realmente trazer a melhoria e a restauração dos bens e interesses defendidos, dependendo, contudo, sua eficácia, além da sensibilidade dos juízes e do dinamismo dos promotores e das associações, do espectro das ações propostas. Se a ação ficar como uma operação “apaga incêndios” muito pouco se terá feito, pois não terá peso para mudar a política industrial e agrícola, nem influenciará o planejamento nacional. Ao contrário, se as ações forem propostas de modo coordenado, poderemos encontrar uma das mais notáveis afirmações de presença social do Poder Judiciário.

No âmbito da questão ambiental, esta visão deve ser aclamada, e as decisões dos magistrados possam dar exemplo aos que pretendem degradar ou que exercem atividades potencialmente poluidoras de forma negligente. Deve “pesar no bolso” das grandes corporações e indústrias que afetam a sadia qualidade de vida em prol de lucros próprios, a mercê das vidas que habitam esse chão. Além disso, o órgão ministerial deve agir com rapidez para poder estancar os danos com maior eficácia, e sempre que possível, lastreado pelo princípio da precaução/prevenção, agir antes da ocorrência do sinistro, para se evitar o decréscimo ecológico.

4.3.3 Mandado de Segurança Coletivo Ambiental

Outro importante instrumento de proteção aos interesses coletivos, e nestes englobado, o meio ambiente, é o mandado de segurança coletivo. Se conjugar a acepção do inciso LXX, da CF/88, com o art. 1º da Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 extrair-se-á o conceito dessa espécie de ação. O mandado de segurança coletivo é meio apto a proteção de direito líquido e certo, que não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando alguém sofrer ou haja receio de sofrer-la, ilegalmente ou por abuso de poder, violação por ato de autoridade, seja de que a categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Como referido, tem por objeto direito líquido e certo metaindividuais, homogêneos e difusos que sofreram abusos por ato de autoridade. Por direito líquido e certo, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 36 e 37) assevera com maestria:

é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Há de vir expresso em norma legal e trazer em todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. (...). Quando a Lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano.

São legitimados para propor esta ação mandamental partido político com representação no Congresso Nacional, como interesse da sociedade em geral, ou organização sindical, entidade e classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, como interesse dos membros associados e que tenha pertinência temática com o direito subjetivo violado (alíneas *a* e *b*, inciso LXX, art. 5º). O Supremo Tribunal Federal entende que a necessidade da exigência de um ano de constituição e funcionamento aplica-se somente as associações e não aos sindicatos (STF 1ª T. – Rextr. Nº 198.919-DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 15-6-1999 – Informativo STF nº154)

No pólo passivo figurará a autoridade que praticou o ato que violou o direito líquido e certo, que poderá ser tanto dos Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, como das entidades autárquicas ou paraestatais, ainda daqueles que prestam serviço por concessão, autorização ou permissão do Poder Público.

4.3.4 Mandado de Injunção ambiental

Na lição de Alexandre de Moraes (2004, p. 180):

o art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal prevê, de maneira inédita, que conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdade constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Com isso, esta ação constitucional, juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa suprir a falta legislativa de norma regulamentadora, que impede a fruição dos direitos e prerrogativas prevista na Carta

Constitucional, e tão somente a esta. Não é instrumento hábil para edição de norma relativa a lei infraconstitucional.

Objetiva a proteção de quaisquer direito e prerrogativas constitucionais, de pessoa física ou jurídica, interesse individual ou coletivo que não possa ser gozado por falta de norma regulamentadora. A titularidade para a ação injuncional é de qualquer pessoa que se esteja prejudicada por não poder exercer liberdade ou garantia constitucional em virtude da inexistência de norma regulamentadora. Às associações, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção coletivo, com as mesmas formalidade reclamadas para mandado de segurança coletivo.

A fruição de um meio ambiente equilibrado é assegurado constitucionalmente, onde confere no art. 255 o “direito de todos” e “essencial à sadia qualidade de vida”, portanto, objeto de mandado de injunção na falta de norma que regulamente tal gozo.

No pólo passivo da demanda figurará o Estado, pois somente ele tem poder normativo. Quanto aos efeitos da decisão, existem das mais variadas posições, porém, o entendimento dominante se dá para chamada *posição não concretista*, em que o Poder Judiciário reconhece a inexistência de norma regulamentadora, mas não implementará a norma, apenas comunicará a decisão ao órgão competente para edição da norma, que não está adstrito a decisão judicial. A crítica que se releva a este posicionamento, é exatamente o fato da decisão jurisdicional não dar exequibilidade desde já a garantia e liberdade prevista na norma constitucional, e tão somente a ciência ao competente da edição normativa pertinente.

4.3.5 Ação de desapropriação ambiental

Incumbe ao Poder Público a tarefa de promoção do *bem estar social*, e através da justiça social, assegurar a todos, existência digna e proporcionar os meios necessários para satisfação da coletividade. Nessa ordem, a defesa do meio ambiente esta inserida como princípio a ser observado. Para consecução do fim colimado em epígrafe, o Estado pode lançar mão da possibilidade de intervenção no domínio da propriedade privada. Por diversas formas esta intervenção pode ser

aduzida, mas que tem interesse prático ao nosso estudo somente a desapropriação da propriedade particular.

A Lei Maior, estabelece que faz parte do patrimônio cultural brasileiro, os “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216) e que inclui o conjunto ecológico nesse rol (inciso V, art. 216). E esclarece adiante, no § 1º, que o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por vários meios, inclusive mediante *desapropriação*.

Nesse diapasão, poderá a União, os Estados, os Municípios e Distrito Federal, por interesse da coletividade, desapropriar propriedade particular para condicioná-la ao uso movido pelo bem estar social, mormente aos limites traçados na constituição e respeitados os trâmites legais para o procedimento.

Consoante lição de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 576) desapropriação ou expropriação:

è a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou, ainda, por *interesse social*, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (destaque nosso).

No pólo passivo da demanda atuará pessoa física ou jurídica, proprietária do bem a ser expropriado. A Lei nº 4.132 de 10/09/62, elenca os casos de desapropriação por interesse social (art. 1º) e da sua aplicabilidade. Em caso de omissão desta lei, aplicam-se as normas legais que regulam o processo de desapropriação por utilidade pública.

4.3.6 Procedimentos processuais comuns em matéria ambiental

Os procedimentos comuns, sumário e ordinário, na ordem civil, podem também emanar-se com vistas a proteção ambiental. Diferentemente do que ocorre com os procedimentos aludidos neste capítulo, em que o meio ambiente é tratado

como objeto específico a ser protegido, nas ações comuns este não é referido, mas podem ser invocadas em certos casos. No dispositivo que remonta ao processo sumário (art. 275, CPC), encontramos na alínea "c", "o ressarcimento por dano em prédio urbano ou rústico". Assim, se ocorrido dano a bem ambiental que faz parte de prédio urbano ou rústico, à vítima restará o procedimento sumário para obtenção da reparação dos prejuízos deflagrados.

O procedimento ordinário é largamente utilizado pelas vítimas que pretendem obter indenização nas ações de reparação de dano, inclusive quanto ao dano moral. A titularidade ativa deste procedimento é de quem foi lesionado no seu direito e sofre prejuízo, no outro pólo assentará o agente causador do dano. Além do objetivo da reparação dos danos, poderá ser objeto desta ação a prestação de uma obrigação de fazer ou abstenção de determinado ato (obrigação de não fazer).

As ações relativas ao direito de vizinhança, que envolvam bens ambientais e direitos relacionados, com resultado final de evento danoso, serão objeto das ações que seguem este procedimento, bem como as ações civis públicas e ações populares, seguem, no que couber, o procedimento ordinário. Além disso, as ações de responsabilidades subjetiva, com a exigência de prova de culpa, na relação dos particulares, serão movidas pelas normas do procedimento em discussão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No campo do Direito Ambiental, umas das matérias que se mostra de suma importância é a responsabilidade por danos aos recursos ambientais, por ser este instituto meio apropriado de tutela do meio ambiente. No presente estudo, a responsabilidade tratada é a civil, no que tange ao Poder Público, ou melhor, as ações que seus agentes praticam.

Sobre a responsabilidade civil que pode ser subjetiva, baseada na teoria da culpa, sendo necessário a prova deste elemento para sua configuração; ou objetiva, em que prescinde a culpa, apenas a prova do dano e de seu liame causal com a conduta praticada, a Constituição Federal apregoa esta última para configuração da responsabilização do ente público. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981), também dispõe em consonância a Carta Magna, atribuindo a responsabilidade civil objetiva ao praticante de degradação ambiental e poluição.

Na atualidade, a conscientização ambiental toma espaço na sociedade no sentido de dar proteção e preservação aos meios naturais e repugna que o poluidor reste incólume. Aqui encontra-se a atuação da responsabilidade ambiental, dever de determinada pessoa física ou jurídica em reparar ou compensar o dano ecológico. A responsabilidade ambiental pode se manifestar nas diferentes esferas jurídicas, penal, administrativa e cível, cada qual dotada pelas sus peculiaridades.

Como referido, são nos campos do Direito Ambiental e Direito Civil as bases desta investigação. A responsabilidade civil é a obrigação de reparar, imposta ao praticante do ato ofensor, que de forma sancionadora, possibilita a reparação ou compensação do dano causado a outrem. Do ponto de vista ambiental, responsável civilmente é todo aquele que causa dano ambiental ou ecológico, degradação ou poluição. Degradação é a alteração adversa das características do meio ambiente e poluição é degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que prejudiquem a saúde, afetem negativamente a biota, que criem condições adversa à atividades sociais e econômicas, lancem matéria em desacordo com os padrões ou que afetem as condições sanitárias e estéticas do meio ambiente, em síntese, que afetem desfavoravelmente o meio ambiente.

Importante lembrar que o dano ambiental não é só aquele que afeta aos recursos naturais, mas que diminuam o patrimônio artificial, paisagístico e cultural. Pode ser coletivo ou individual, a depender de como são considerados os bens que atinge. No primeiro, o bem atingido é o meio ambiente, este considerado como bem jurídico autônomo, ou “macrobem”, direito esculpido na Constituição Federal, de que todos têm o direito a um meio ambiente equilibrado, propício a sadia qualidade de vida. Pelo segundo, o direito atingido se dá na esfera individual. Nessa modalidade o patrimônio do particular é atingido, em reflexo a uma lesão aos recursos ambientais.

Quanto à espécie do dano, pode se refletir na esfera patrimonial ou material do ofendido, bem como, na sua esfera moral ou imaterial. Para os danos materiais, busca-se a recomposição ao estado anterior, ou *status quo ante*, forma de reparação mais apropriada, pelo que importa para a coletividade não o valor material do bem ambiental (se é que se possa mensurar valores), e sim seus benefícios ao equilíbrio e sadia qualidade de vida no planeta. No que tange ao dano moral, apesar da estranheza que causa o tema, é perfeitamente indenizável, pelo que se infere do Código Civil, da Constituição Federal e Lei da Ação Civil Pública. Aquele que sente lesionado em seus direitos personalíssimos, como a saúde, a tranquilidade e a integridade física, pode propor demanda por danos morais contra o causador da lesão. Se para o dano material é fácil a mensuração de valores, encontra-se dificuldade para valoração do dano moral, porquanto, afeta valores subjetivos.

Dito que a responsabilidade do Poder Público segue a regra da objetividade, a teoria do risco se apresenta como fundamento. Anos de evolução foram necessários para se alcançar o pleno desenvolvimento desta teoria. Diante da soberania do Estado, para seus atos de administração, mesmo que alargados ao dano, não se podia caracterizar o dever de reparação, era a regra da irresponsabilidade estatal. Com os anseios sociais, e evolução no pensamento jurídico, novas teorias surgiram. A primeira delas era a teoria da culpa, que em rápido desenvolvimento passou-se à teoria do acidente administrativo e por fim culminou na teoria do risco. Também não tardou para os juristas elaborarem, na mesma teoria do risco, subespécies, que de várias, somente as teorias do risco integral e do risco administrativo ganharam respaldo.

Nessa linha, a teoria do risco peca por ser extremada, em que não se admite excludente algum para se eximir do dever de reparação, no caso desta pesquisa, não se admite excludente em que o Estado possa se apoiar, se causador de dano

ambiental. A teoria do risco administrativo, por sua vez, previne excessos e injustiças, porquanto, admite excludente, quais sejam, o caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima. Ademais, se aceita a teoria do risco integral, estaria excluindo toda a teoria acerca da formação da responsabilidade civil. Nesta, é imperiosa para sua caracterização a presença de três elementos, quais sejam, a conduta, o nexo de causalidade e o dano. Ora, se algum dano ocorrer por somente culpa da vítima, e ao Estado, mesmo assim, fosse imposto o dever de indenizar, estaria caracterizado além da injustiça, o afastamento da teoria dos pressupostos da responsabilidade civil, por neste caso, não se poder encontrar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano ocorrido.

Cumprido destacar que no ordenamento jurídico pátrio, encontra-se diversos meios de proteção e tutela do meio ambiente. Tanto ao particular como a coletividade, podem recorrer as vias judiciais para oferecimento de demanda em matéria ambiental. A Ação Popular e Ação Civil Pública tomam relevância, por serem verdadeiros instrumentos que se vale à coletividade, através do Ministério Público, União, Estados, Municípios, entidades que tem por escopo a proteção ambiental, e até mesmo o próprio cidadão, para tutela dos recursos ambientais. Outros instrumentos, que não de menor importância, são o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, ambos ligados à matéria ambiental, o primeiro por proteger direito líquido e certo metaindividual que sofreu abuso ou violação por parte de autoridade, e o segundo com a finalidade de fazer suprir omissão do legislador de norma regulamentadora de direito previsto na Carta Maior, e que pela falta, esteja sendo impedido de fruir tais direitos.

Além das referidas ações, encontra-se ainda, as ações cíveis comuns, de procedimento sumário e ordinário, aptas a serem invocadas para obtenção de reparação individual por danos materiais e/ou morais ocorridos em reflexo ao dano ecológico.

Desse modo, revela-se de suma importância a análise do instituto da responsabilidade civil objetiva, do dano ambiental e suas peculiaridades, das críticas acerca da teoria do risco integral e dos meios processuais de proteção do meio ambiente, como fonte verdadeira da justiça e igualdade das partes, além da contribuição que se firma ao Direito Ambiental, como forma de persecução dos fins e objetivos colimados em matéria ecológico-social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de nº 1, de 1992, a 38, de 2002, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de nº 1 a 6, de 1994*. 19. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.

_____. Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial da República Federativa, Brasília, DF, 29 de junho de 1965.

_____. Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de agosto de 1981.

_____. Lei nº. 7.347, de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública e da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e da outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de junho de 1985.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código Civil. Diário Oficial da República, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002.

BIAGIO JUNIOR, Nelson. *A responsabilidade civil e o direito ambiental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, nº 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1693>>. Acesso em: 28 ago. 2007.

DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. *Responsabilidade civil ambiental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 905, 25 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7689>>. Acesso em: 28 ago. 2007

FARIAS, Talden. *Direito Ambiental: tópicos especiais*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANCO, Paulo Sérgio de Moura; DALBOSCO, Ana Paula. *A tutela do meio ambiente e responsabilidade civil ambiental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2357>>. Acesso em: 28 ago. 2007.

FRIZZO, Juliana Piccinin. *Responsabilidade civil das sociedades pelos danos ambientais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4129>>. Acesso em: 28 ago. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume 3*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: Parte Geral, volume 1*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. *O dano ambiental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3055>>. Acesso em: 28 ago. 2007

LOUBET, Luciano Furtado. *Delineamento do dano ambiental: o mito do dano por ato ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 1095, 1 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8568>>. Acesso em: 28 ago. 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

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

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, O Controle Incidental das Normas no Direito Brasileiro, A representação Interventiva, A Reclamação Constitucional no STF*, 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, Fernando, *Responsabilidade Civil: Uma Tentativa de Ressistematização*. Revista de Direito Civil nº 64: São Paulo, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.