

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL DECORRENTE DA OMISSÃO FISCALIZATÓRIA

CIVIL LIABILITY OF STATE DUE TO ENVIRONMENTAL DAMAGE CAUSED BY OMISSION IN SURVEILLANCE

Sumário

1 Introdução – 2 Aspectos Conceituais e Históricos da Responsabilidade do Estado – 3 A Evolução da Responsabilidade Estatal no Brasil – 4 Teorias de Responsabilidade – 5 Responsabilidade por Danos Ambientais – 6 A Omissão Fiscalizatória do Estado – 7 Conclusão – 8 Referências.

Carlos Eduardo Volante

Mestre em Direito pela UNIFIEO, Especialista em Direito, Professor da FIEO e da FALC

volanteadv@gmail.com

Resumo

No presente artigo apresenta-se uma descrição das teorias existentes sobre a responsabilidade civil do Estado, sua evolução e sua aplicação no direito ambiental. Nesse sentido, busca-se demonstrar os fundamentos jurídicos e legais para a responsabilidade objetiva do Estado por eventuais danos ambientais quando da sua omissão fiscalizatória, na modalidade de risco integral, haja vista que a Constituição Federal não diferencia a atitude lesiva comissiva ou omissiva do Estado.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade. Omissão Objetiva. Estado. Ambiental. Omissão Subjetiva.

ABSTRACT

In this paper we present a description of existing theories about state responsibility, its evolution and its application in environmental law. Accordingly, we seek to demonstrate the legal basis and the legal responsibility for the objective of the State for any environmental damage when its omission on surveillance, in the form of full risk, given that the Federal Constitution does not differentiate from act of commission or omission of the State.

KEYWORDS

Responsibility .Objective Omission. Subjective Omission. State. Environmental.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade do Estado por danos de caráter ambiental tem desencadeado um intenso debate entre doutrinadores e juristas e até mesmo entre membros de diferentes setores da sociedade, especialmente quando as autoridades públicas deixam de fiscalizar áreas protegidas que sofrem os mais diversos danos ambientais, violando, conseqüentemente, direito fundamental da pessoa humana.

O Estado no cumprimento de suas atribuições constitucionais de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado e pela sadia qualidade de vida, por vezes, se vê diante de conflitos entre interesses econômicos e ambientais e em situações de falta de aparato de pessoal e material para vigiar as práticas da sociedade no que diz respeito ao trato do meio ambiente, como no caso da produção e comercialização de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) em meados da década de 90.

Para que as vítimas de danos ambientais, os entes que protegem o meio ambiente e o próprio Estado possam conhecer melhor a responsabilidade da Administração Pública nestas questões, de modo a proporcionar uma maior segurança jurídica para todas as partes envolvidas em eventual lide e a própria sociedade, apresenta-se este artigo com o intuito de buscar o tipo de responsabilidade do Estado por danos ambientais quando sua atitude for omissiva na fiscalização.

Para lidar com este problema discorrer-se-á no segundo item deste trabalho sobre os aspectos conceituais e históricos da responsabilidade estatal, desde a total irresponsabilidade do Estado, passando pela responsabilidade subjetiva, chegando até as mais recentes teorias de responsabilidade objetiva.

No terceiro item será abordada a evolução da responsabilidade do Estado no Brasil e, sucintamente, como o tema foi tratado pelas legislações

brasileiras. Apresentar-se-á, ainda, como a atual legislação e a Constituição tratam à questão da responsabilidade da Administração Pública.

O quarto item apontará as duas principais teorias de responsabilidade existentes, quais sejam: a responsabilidade subjetiva ou aquiliana e a objetiva.

A responsabilidade nas questões ambientais será objeto de estudo no quinto item, em que serão expostas as normas que versam sobre a responsabilidade do poluidor, bem como as teorias do risco integral e da mitigação do risco.

Por fim, analisar-se-á a omissão fiscalizatória do Estado e suas repercussões no mundo jurídico de modo a responder se a Administração Pública na hipótese de dano ao cidadão-administrado responde de forma subjetiva ou objetiva.

Para ter bem cumpridos os objetivos deste artigo utilizar-se-á o referencial metodológico da pesquisa dogmática, pois se pretende discutir, com base em pesquisa majoritariamente doutrinária e documental, a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais quando da omissão fiscalizatória. O método de pesquisa que será adotado é o dedutivo, pois trata-se de um método lógico que partindo das teorias, e leis, na maioria das vezes, prediz a ocorrência dos fenômenos particulares – conexão descendente. Utilizaremos como técnica a pesquisa bibliográfica de autores nacionais sobre o tema.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação que lhe é atribuída de reparar danos materiais ou imateriais extracontratuais causados aos cidadãos-administrados por atos dos agentes públicos, no desempenho de suas funções ou pelo próprio ente prestador do serviço público e se esgota com a compensação¹.

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos (MELLO, 2007, p.957)².

A responsabilidade civil da Administração evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade com culpa (civilista) e desta para a da responsabilidade pública objetiva, em que nos encontramos.

Durante os Governos absolutos, em especial o inglês, negou-se a responsabilidade do Estado, haja vista a inefabilidade do monarca, extensiva aos seus representantes. O rei era, portanto, infalível – *The King can do no wrong* –. Os Estados Unidos e a Inglaterra, últimos a defenderem a tese de não existir dever estatal de reparar as vítimas de seu comportamento danoso, acabaram por assumi-la em 1946 e 1947, respectivamente, mas com algumas restrições (MEIRELLES, 2011, p.698)³.

A doutrina que defende a responsabilidade com culpa, por sua vez, vem perdendo força nas últimas décadas, tendo em vista que não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, ausente de condições técnicas e econômicas ou de autoridade

1 Preferimos usar os termos compensação ou ressarcimento no lugar de indenização, tendo em vista que não se pode falar em voltar ao estado anterior como sugere o termo indenização (tornar indene) quando se trata de dano imaterial, diferentemente dos dois primeiros que representam uma forma de minimização por meio da pecúnia já que desfazer o dano não é mais possível.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.957.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: RT, 2011, p.698.

de. Restaram, por isso, inaplicáveis os princípios subjetivos da culpa civil, pois seria tarefa árdua, quando não impossível à vítima, demonstrar a negligência, imprudência ou imperícia do agente público ou do prestador do serviço público.

Para equilibrar e harmonizar a relação entre os cidadãos-administrados e o Estado foi então proposto que este respondesse por critérios objetivos, surgindo, assim, as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral.

A responsabilidade civil da Administração sem a perquirição de culpa, na visão de Alice Gonzales Borges (2006, p.21)⁴ se funda ainda na crescente amplitude de ação do Estado em atividades interventivas nos inúmeros setores da sociedade, respaldada pelo uso de meios coercitivos e pela presunção de legitimidade de seus atos, bem como a evidência de que o Estado ao atuar nas mais diversas atividades é potencialmente produtor de riscos.

Hely Lopes Meirelles⁵ sintetiza as três principais correntes derivadas da responsabilidade objetiva da Administração Pública, quais sejam: culpa administrativa, risco administrativo e risco integral.

A teoria da culpa administrativa corresponde ao primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva e a tese objetiva do risco administrativo. Considera-se que o Estado é responsável quando houver a falta do serviço. Neste caso, portanto, observa-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, não se perquirindo a culpa subjetiva. Assim, a vítima tem que além de demonstrar a lesão sofrida, a falta de serviço. Continua, no entanto, extremamente difícil o cidadão-administrado, vítima do evento danoso, comprovar a falta do serviço para a obtenção de uma compensação.

A teoria do risco administrativo consiste na obrigação de reparar o dano que nasce da existência do ato lesivo e injusto causado à vítima pelo Esta-

4 BORGES, Alice Gonzales. *A responsabilidade civil do estado à luz do Código Civil*: um toque de direito público. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.21.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: RT, 2011, p.698-700.

do ou seus agentes. A culpa está inferida no fato lesivo da Administração, se diferenciado da teoria da culpa administrativa que pressupõe a culpa na falta do serviço. Basta que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Esta teoria se justifica na tentativa de equilibrar ou compensar a desigualdade entre o Estado e os cidadãos-administrados, em que o risco da atividade estatal e a solidariedade social dos membros da coletividade dão guarida a esta doutrina.

O risco administrativo, todavia, não significa que o Estado deve reparar todo e qualquer dano, pois há casos que rompem onexo causal, como na hipótese do evento danoso se originar na própria conduta da vítima. Esta e outras hipóteses que rompem onexo de causalidade afastam, portanto, a ideia do Estado responder segundo o risco integral.

A teoria do risco integral, por fim, diz respeito à teoria extremada da doutrina do risco administrativo, que não tem recebido apoio na prática. Segundo esta teoria o Estado ficaria obrigado a reparar todo e qualquer dano suportado pelas vítimas, ainda que resultante de culpa ou dolo do próprio lesado.

No Brasil a evolução da responsabilidade Administrativa acompanhou, resguardada as suas particularidades, o desenvolvimento da ideia de que no caso de evento danoso o Estado tem a obrigação de reparar à vítima.

3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NO BRASIL

Acompanhando as ideias que se fortaleciam na França, desde o Império os juristas mais avançados buscavam a implementação da teoria da responsabilidade objetiva de modo a afastar a ideia ainda arraigada da tradição civilista.

Mas foi a partir da Constituição Federal de 1946,

que o Brasil passou a adotar oficialmente a responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, tendo como requisito apenas o dano e o nexo de causalidade, não se cogitando, conseqüentemente, a culpa⁶.

O Código Civil de 1916, todavia, em seu art. 15, consubstanciada nas Constituições anteriores, previam a responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes, porém desde que fosse evidenciada a culpa civil (imprudência, negligência ou imperícia).

Art. 15. As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito de regresso contra os causadores do dano⁷.

A demonstração da culpa do agente público, por se encontrar em uma posição se superioridade técnica e economicamente diante dos administrados, é tarefa árdua, senão impossível, e, por isso, quase nunca se conseguia responsabilizar o Estado, ficando este e seus agentes sem qualquer punição e a vítima do evento danoso sem qualquer compensação de modo a atenuar os efeitos sofridos.

O constituinte de 1946 afastou a perquirição da culpa estatal quando ao prescrever no art. 194 que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”⁸. O art. 15 do Código Civil de 1916, dessa forma, não fora recepcionado quando do surgimento da Constituição de 1946, restando derrogado de modo que já não se podia mais falar em responsabilidade com culpa ou subjetiva, mas de responsabilidade objetiva do Estado.

6 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.703.

7 BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 20 abr. 2012.

8 BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 25 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

Porém, mesmo antes desse marco, as Constituições brasileiras jamais se desprenderam da responsabilidade do Estado. Estabeleciam as Constituições anteriores a 1946 a solidariedade estatal em relação aos atos de seus agentes⁹.

A Carta de 1988 prescreveu no seu art. 37, §6º, seguindo as constituições anteriores e mantendo a responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco administrativo:

Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.¹⁰

Seguindo a linha da Constituição de 1988 em seu art. 37, §6º, que adotou a teoria objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, o art. 43 do Código Civil¹¹ estabelece que 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. Neste caso, deve-se restar também demonstrado o nexo causal.

Para melhor compreender as diferenças entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, se faz necessário analisar cada uma delas de forma mais minuciosa.

4 TEORIAS DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade subjetiva ou aquiliana, em sua concepção clássica tem como fundamento para a responsabilização do agente, a culpa, cabendo à vítima o ônus probatório.

Em nossa legislação exige-se para caracterizar a responsabilidade aquiliana a culpa em sentido amplo, uma vez que prescreve a ação ou omissão voluntária (dolo) ou negligência, imprudência ou imperícia do agente que causa em dano por meio de um erro de conduta (culpa em sentido estrito).

São considerados o dolo intencional e eventual. O dolo intencional é uma ação ou omissão deliberada do agente visando o resultado danoso, ou seja, ele deseja causar o dano e realmente o causa. O dolo eventual é consciência de que o fato danoso pode ocorrer em função de um ato do agente, que apesar de não ter a intenção de causá-lo, realiza o ato e acaba por causar o dano.

Na culpa não há a intenção do agente de causar o dano, contudo como agiu com negligência, imprudência ou imperícia, acabou por causar o dano à vítima. A culpa pode ser graduada em grave, leve e levíssima, porém tal graduação e a diferenciação entre culpa e dolo, não são levadas em conta pelo legislador pátrio, no caso de reparação do dano, em virtude de determinar a indenização em função do dano sofrido, independente do tipo de atuação do agente que deu causa.

Na responsabilidade objetiva, a ideia de culpa é substituída pela de risco, passando-se do ponto de vista subjetivo para o objetivo, ou seja, não se cogita do comportamento do agente causador do dano e sim da relação de causalidade entre o ato e o dano. A responsabilidade baseada no risco é a responsabilidade de reparar um prejuízo causado por uma atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle. Silvio Rodrigues constata que:

9 SILVA, Augusto Vinicius Fonseca. *A responsabilidade objetiva do estado por omissão*. Revista CEJ/Conselho de Justiça Federal, Brasília: n. 25, p.5-11, jun. 2004, p.16)

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

11 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

A teoria do risco se inspira na ideia de que o elemento culpa é desnecessário para caracterizar a responsabilidade. A obrigação de indenizar não se apóia em qualquer elemento subjetivo, de indagação sobre o comportamento do agente causador do dano, mas se fixa no elemento meramente subjetivo, representado pela relação de causalidade entre o ato causador do dano e este¹².

A teoria da responsabilidade objetiva foi introduzida na sociedade em função do exercício de atividades perigosas, isto é, a pessoa que retire proveito dos riscos criados, deve arcar com as respectivas conseqüências.

Através dessa concepção, há uma maior facilidade para a vítima conseguir sua reparação, bastando apenas provar o nexo causal entre o dano e a atividade.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, estudando a doutrina do risco no âmbito da responsabilidade civil e a dificuldade da análise psicológica do agente diante dos fenômenos modernos da sociedade, afirma:

A partir do critério da responsabilidade fundada na culpa, não era possível resolver diversos casos que a civilização moderna criava ou agravava. Tornava-se então imprescindível, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da análise psicológica do agente, ou da possibilidade de prudência ou diligência, para colocar a questão sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não sob o ângulo interior, subjetivo, relacionado com as motivações do agente¹³.

O diploma mais antigo que adotou a responsabilidade objetiva foi o Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que estabelecia em seu art. 26 que "As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais"¹⁴. Posteriormente a legislação a respeito de acidentes do trabalho, transporte aéreo e mais recentemente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Política Na-

cional do Meio Ambiente adotaram a responsabilidade objetiva como regra.

5 RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS

No âmbito da responsabilidade civil ambiental, o diploma básico no ordenamento jurídico brasileiro é a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981), o qual consagrou avanços como a responsabilidade objetiva do causador do dano e na proteção de interesses transindividuais, atribuindo legitimidade aos membros do Ministério Público para ajuizar ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

A proteção e defesa do meio ambiente, evitando ou reparando prejuízo ao homem e seu ambiente, é condição basilar para a manutenção do equilíbrio entre as pessoas e a preservação de condição mínima de vida digna. Por isso, constitui direito fundamental da pessoa humana e precisa ser tutelado pelo Estado. Paulo Affonso Leme Machado ao tratar da responsabilidade do poluente observa que:

A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável, e viver com tranquilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto¹⁵.

O artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81 estabelece que o nascimento da obrigação do poluidor de reparar o dano depende de culpa.

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

[...]

15 MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.347.

12 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. v.4 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.156.

13 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.297.

14 BRASIL. Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. **CLBR**, Rio de Janeiro, 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente¹⁶.

E o poluidor é, nos termos da lei, toda “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”, art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81¹⁷.

Basta assim a prova da consumação do dano e do nexo de causalidade da ação ou da omissão do infrator para que este responda objetivamente. A doutrina, todavia, tem divergido acerca do tipo de responsabilidade objetiva que o poluidor faz surgir. As duas principais teorias, no âmbito do direito ambiental, são: a do risco integral e a do risco mitigado.

A teoria do risco integral se consubstancia na ideia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos oriundos de seu empreendimento, pela mera existência deste.

Para essa teoria é irrelevante a legalidade do ato e ainda que haja autorização da autoridade competente e se tenha cumprido todas as normas para evitar o dano, o poluidor deve responder, pois o dano decorreu de sua atividade, havendo assim o nexo causal.

Neste caso ainda não se admiti excludentes de responsabilidade civil por dano ambiental como o caso fortuito ou da força maior.

Trata-se da ideia do “risco-proveito”, em que não só a sociedade deve pagar o preço do desenvol-

vimento. O poluidor deve ter sua parcela de sacrifício, pois no momento que se propõe a desenvolver uma atividade com o intuito de obter lucro ele deve também assumir esta responsabilidade pelo dano ecológico, não podendo somente a sociedade ficar com risco e o proprietário do empreendimento com o lucro. Na visão da Carolina Zancaner Zockun:

Logo, ocorrido o dano ambiental e tendo verificado que a conduta provém de certo agente poluidor, estará ele obrigado a indenizar o prejuízo causado, ainda que esteja atuando em estrita conformidade com a legislação de regência, pois a legislação é cristalina ao albergar a tese da responsabilidade objetiva¹⁸.

Essa teoria ainda que esteja em conformidade com a legislação ambiental têm falhas quando admite a responsabilização de força maior, pois neste caso inexistiria o nexo causal.

Assim não existindo uma relação causal entre o comportamento do agente e o dano, como no caso de força maior, inexistiria o dever de responder.

Já para a teoria mitigada do risco, o agente poluidor somente seria responsabilizado quando houvesse desobediência de normas jurídicas. Uma atividade não proibida não poderia ao mesmo tempo ser lícita e ensejar a responsabilidade pelo dano ambiental.

Esta teoria também tem falha, pois ao não aceitar a responsabilidade do agente por tem exercido atividade lícita está se buscando culpa. E como já observamos não se trata de responsabilidade subjetiva, mas objetiva, não estando esta vinculada à observância da legislação, uma vez verificada a conduta do agente e a lesão por ela gerada haverá responsabilidade.

Os adeptos da teoria mitigada do risco adotam a força maior como excludente de responsabilidade do agente, pelo fato da inexistência do nexo de causalidade.

Nenhuma das teorias acima expostas faz distin-

16 BRASIL. 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 União*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

17 BRASIL. 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 União*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

18 ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da responsabilidade do estado na omissão da fiscalização ambiental*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.83.

ção quanto à atitude comissiva ou omissiva, respondendo sempre o agente poluidor de forma objetiva, nos termos propugnados pela teoria do risco integral ou pela teoria do risco mitigado.

6 A OMISSÃO FISCALIZATÓRIA DO ESTADO

Mesmo após a consagração da responsabilidade objetiva estatal, há ainda controvérsia sobre o tema, em especial nos casos de omissão do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, seguido por Maria Sylvia Zanella di Pietro e outros doutrinadores, sustenta desde 1981 que, à similitude da omissão qualificada ou imprópria do art. 13, §2º, do Código Penal, há diferença entre causa e condição e na preexistência de um dever legal de agir que foi omitido pelo agente. A responsabilidade estatal, neste caso, adviria de uma atitude ilícita do Estado ao não agir quando a lei assim prevê e não da omissão em si, aplicando-se a teoria da responsabilidade subjetiva, ou se agiu, não o fez eficientemente ou tardiamente, causando o dano¹⁹.

Não obstante ser atrativa esta tese de que o Estado quando se omitisse responderia subjetivamente, pois supõe dolo ou culpa ao não agir quando a lei assim o obrigar, vale observar alguns aspectos importantes. Se aceitarmos a ideia de que na omissão do Estado quando está obrigado a agir haveria uma omissão revelante, sendo uma atitude culposa e não propriamente omissão, respondendo-se assim mediante sua culpa, estaríamos confundindo dois momentos distintos, pois quando se estabelece que a responsabilidade é objetiva, não se busca saber por qual razão se deu o dano, basta se verificar o fato lesivo e o nexos causal, não importando constatar se houve falta do serviço.

Além disso, a Constituição de 1988 não faz qual-

19 Neste sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.117; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.711.

quer distinção entre as atitudes comissivas e omissivas; e não poderia o operador do direito querer fazer tal diferenciação sob pena se haver flagrante inconstitucional.

Conforme observamos, a responsabilidade do poluidor é objetiva²⁰, nos termos da legislação ambiental. E, repita-se, o poluidor é toda “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”, art.3, IV, Lei nº 6.938/81²¹.

Ainda nos termos do supracitado diploma legal, em seu art. 11, §2º, o Poder Público tem o dever de fiscalizar (i) o uso dos recursos ambientais (art.2º, III); (ii) as atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental (art.6º, IV); (iii) o licenciamento de produtos químicos e nucleares (art.10 c/c art.11); (iv) os critérios, normas e padrões de qualidade ambiental (art.11, §1º); (v) os projetos de entidades, públicas ou privadas, objetivando a preservação ou a recuperação dos recursos ambientais, afetados por processos de exploração predatórios ou poluidores²².

Vale observar ainda que o Estado ao se omitir deve responder solidariamente ao poluidor, pois descumpriu seu papel, como acentua Paulo Affonso Leme Machado:

Para compelir, contudo, o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.²³

20 A primeira decisão, no Brasil, a reconhecer a responsabilidade objetiva por omissão foi da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o Des. Álvaro Lazzarini (RT 636/79).

21 BRASIL. 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 União*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

22 BRASIL. 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 União*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

23 MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito*

Nesse mesmo sentido pondera Sérgio Luís Mendonça Alves:

Tais apontamentos nos remetem à responsabilidade solidária da Administração mesmo quando diante da conduta poluidora de particular e que afeta a todos, respondendo o Estado em razão da necessidade de extrema prudência e rigor que deve ter no licenciamento, na fiscalização e no poder de polícia que detém de impedir atividades potencial ou efetivamente degradadoras da qualidade do meio ambiente²⁴.

Dessa forma o Estado tem o dever de exercer o poder de polícia administrativa em relação ao bem ambiental, por meio de seus órgãos sempre que se envolva a utilização dos recursos ambientais.

Se o Estado não realiza a conduta prevista em lei sua conduta omissiva será ilícita.

Por conta disto, tem-se a omissão do Estado na fiscalização ambiental causadora de evento danoso segue a responsabilidade objetiva. Analisando qual omissão gera responsabilidade estatal Richard P. Pae Kim assevera:

É claro que a responsabilidade não nasce com qualquer omissão do prestador do serviço. Esta omissão deve ser antijurídica, ilícita. E, como se chegar a esta conclusão? O fato é que a omissão não pode ser razoável, ou seja, deve ser abusiva, inaceitável pelo sendo comum, para que se configure a responsabilidade pela ilegalidade praticada. Aliás, não há que se olvidar que a violação a qualquer princípio, inclusive ao princípio da razoabilidade, implica em ilegalidade do ato ou da omissão²⁵.

Portanto, uma vez configurada a omissão ilegal ou abusiva, o prestador do serviço público, seja pessoa de direito público ou privado, este responderá objetivamente, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade, não havendo a necessidade da demonstração da culpa do agente ou do próprio ente prestador do serviço público.

Ambiental brasileiro. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.352-353.

24 ALVES, Sérgio Luis Mendonça. *Estado poluidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.172.

25 KIM, Richard P. Pae. *A responsabilidade do estado por omissão é objetiva*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica, n. 39, p.177-180, jan.-abr. 2004, p.179.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil da Administração Pública corresponde à obrigação do Estado em reparar ou compensar danos extracontratuais causados a cidadão-administrado por atos dos agentes públicos ou pelo próprio ente prestador do serviço público e se esgota com a compensação do dano à vítima.

A responsabilidade civil estatal que em sua origem partiu de um conceito de irresponsabilidade, passando para o da responsabilidade com culpa e desta para a da responsabilidade pública objetiva.

Para equilibrar e harmonizar a relação entre Estado e cidadão-administrado foi proposto que a Administração Pública respondesse de forma objetiva, surgindo, assim, as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral.

Foi a partir da Constituição Federal de 1946, que o Brasil passou a adotar a responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, tendo como requisito apenas o dano e o nexo de causalidade, não se cogitando, conseqüentemente, a culpa.

Mas mesmo antes desse marco, as Constituições brasileiras jamais se desprenderam da responsabilidade do Estado. Estabeleciam as Constituições anteriores a 1946 a solidariedade estatal em relação aos atos de seus agentes.

Tanto a Constituição de 1988 em seu art. 37, §6º, quanto o art. 43 do Código Civil de 2002 estabelecem a responsabilidade objetiva do Estado a dispor que 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.

A responsabilidade subjetiva ou aquiliana, em sua concepção clássica tem como fundamento para a responsabilização do agente, a culpa, cabendo à vítima o ônus probatório.

Na responsabilidade objetiva, a ideia de culpa é substituída pela de risco, passando-se do ponto de vista subjetivo para o objetivo, ou seja, não se cogita do comportamento do agente causador do dano e sim da relação de causalidade entre o ato e o dano. A responsabilidade baseada no risco é a responsabilidade de reparar um prejuízo causado por uma atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle.

No campo da responsabilidade civil por danos ambientais, a Lei 6.938/81 estabelece a responsabilidade objetiva do poluidor, sendo este toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que direta ou indiretamente degradar o meio ambiente.

A doutrina se divide quanto a responsabilidade objetiva abranger o risco integral ou o risco mitigado. Em nosso entender é o caso de risco integral.

Na omissão estatal da fiscalização das atividades relacionadas ao meio ambiente, este responde objetivamente, por conta da constituição não fazer distinção entre a atitude comissiva e omissiva.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sérgio Luis Mendonça. *Estado poluidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BORGES, Alice Gonzales. *A responsabilidade civil do estado à luz do Código Civil: um toque de direito público*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. **CLBR**, Rio de Janeiro, 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. 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 União*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v. 7: Responsabilidade Civil, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- KIM, Richard P. Pae. A responsabilidade do estado por omissão é objetiva. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, n. 39, p.177-180, jan.-abr. 2004.
- LEITE, José Rubens Morato; CARVALHO, Délton Winter de. O nexo de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 12, n. 47, p.76-95, jul.-set. 2007.
- LEUZINGER, Márcia; SILVA, Letícia da; PELAEZ, Victor. Responsabilidade e compensação no marco regulatório dos organismos geneticamente modificados no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 13, n. 49, p.184-200, jan.-mar. 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- PASQUARELLI, Maria Luiza Rigo. *Normas para a apresentação de trabalhos acadêmicos* [ABNT/NBR-14724]. 3. ed. Osasco: EDIFIEO, 2006.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. v.4 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, Augusto Vinicius Fonseca. *A responsabilidade objetiva do estado por omissão*. *Revista CEJ/ Conselho de Justiça Federal*, Brasília: n. 25, p.5-11, jun. 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da responsabilidade do estado na omissão da fiscalização ambiental*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.