Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, SOLIDÁRIA E SUSIDIÁRIA DO ESTADO POR OMISSÃO EM FACE DE DANO AMBIENTAL

THE STRICT, SOLIDARITY AND SUBSDIARY STATE LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE IN CASES OF OMISSION

Laís Batistuta Silva*

Marcelo Antonio Theodoro*

RESUMO: Este trabalho visa estudar as omissões do Estado que contribuem para a ocorrência de degradações ambientais e o modelo sob o qual se dá a consequente responsabilidade civil. Para tanto, foi estudada a questão da responsabilidade civil do Estado por omissão, primeiro tendo em vista a regra geral no direito brasileiro, para depois se analisar a hipótese da omissão estatal com relação as tarefas de proteção ambiental. O ordenamento brasileiro, as doutrinas e decisões de tribunais serviram de subsídios na demonstração da necessidade da imputação de responsabilidade pelo modelo objetivo em solidariedade ao empreendedor. Diante da possibilidade de imputação de dupla onerosidade à sociedade por meio da responsabilidade solidária, se buscou sua mitigação por meio de algumas alternativas de tratamento diferenciado na execução. Desta forma, conclui-se que a utilização da responsabilização objetiva do Estado, no entanto a partir de execução subsidiária, melhor atende à ideia da proteção ambiental no Brasil, em se tratando de omissão estatal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Dano ambiental.

ABSTRACT: This paper aims to study the omissions of the State that contribute to the occurrence of environmental degradation and the model under which occurs the consequent liability. Therefore, the question of liability for failure to state was studied first in order to rule in Brazilian law, and then to analyze the possibility of state failure regarding the environmental protection tasks. The Brazilian system, the doctrines and court decisions provided the subsidies in the statement of the need for the objective responsibility allocation

* Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Contato: laisbatistuta@hotmail.com
* Doutor em Direito pela UFPR; Coordenador do programa de mestrado em Direito Agroambiental UFMT e professor efetivo da Faculdade de Direito UFMT. Contato: m.theodoro@uol.com.br

model in solidarity with the entrepreneur. Faced with the possibility of double burden of imputation to society through joint liability, he sought mitigation through some different treatment alternatives in execution. Thus, it is concluded that the use of objective responsibility of the State, but from subsidiary execution, best suits the idea of environmental protection in Brazil , in the case of state failure .

Keywords: Liability of the State. Default. Environmental damage.

INTRODUÇÃO

O presente artigotem como tema central a responsabilidade ambiental do Estado por omissão. O enfoque aqui será no sentido de que o instituto não merece ser tratado como um todo indivisível, cuja solução jurídica seja una em todos os casos. Sendo assim, quando se trata de um ato comissivo, é pacífico que a responsabilização será feita pelo modelo objetivo. Contudo, maiores problemas decorrem da responsabilização solidária decorrente da omissão do Estado em dano ambiental provocado por terceiro. Dentro deste campo específico, questiona-se a inclusão indiscriminada do Estado no polo passivo da ação sob o argumento de que é dever do mesmo zelar pela preservação ambiental.

O problema que será levantado é o acionamento indiscriminado Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental significaria, no final das contas, transferir à própria vítima da degradação (a sociedade) a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes.

Neste sentido serão apresentadas algumas hipóteses, partindo-se do princípio do poluidor pagador, para apontar a possibilidade de aplicação da responsabilização objetiva e tratando da possibilidade da aplicação da execução subsidiária.

1 DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE OMISSÃO QUE AFETE O MEIO AMBIENTE

Antônio Herman V. Benjamin, na oportunidade em que relatou o Recurso Especial nº 1.071.741 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009), reconheceu que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, enfrenta pelo menos duas exceções principais. A primeira se trata da hipótese em que a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente, conforme o explicitado no artigo 3º, inciso IV e o artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. A segunda exceção apontada no mencionado acórdão diz respeito a circunstâncias que indiquem a presença de um dever de ação estatal (direto e mais rígido) que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

Não bastasse a explícita determinação do regime objetivo em se tratando de responsabilidade civil em legislação recepcionada pela atual Constituição Federal, em exame desta em seu artigo 37, §6º da Constituição Federal[11], não se vislumbra diferenciação entre atos comissivos e omissivos[12] quando se fixa a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito "pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

José Ricardo Alvarez Vianna afasta ainda a interpretação literal da expressão "causarem" presente no retrocitado parágrafo, uma vez que não é suficiente para sustentar esse posicionamento, na medida em que, condutas omissivas podem causar danos ambientais, especialmente se emanarem daqueles que detêm o poder-dever de agir para evitar a degradação ambiental (VIANNA, 2011, p. 122).

Juarez de Freitas discorda de dois pontos importantes dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Primeiro, alega que a omissão é causa do dano, e não situação propiciatória ou mera condição, por consubstanciar descumprimento de deveres constitucionais. E por isso, não visualiza a distinção de fundo entre omissão e falha de vigilância na guarda de pessoas ou coisas perigosas, pois ambas são espécies de

[11] Art. 37 [...]§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 jan. 2015.

[12] Cf. VIANNA, José Ricardo Alvare VIANNA, José Ricardo Alvarez. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 118-125; FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 170-197.; e MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 37-69.

inatividade(FREITAS, 2006, p. 181). Não havendo portanto, porque diferenciar o sistema de responsabilização.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 55) se encontra firme no mesmo posicionamento, sustentando que, ao contrário do que dizem os defensores do modelo subjetivo, o Estado não passaria a condição de segurador universal. Segundo o autor, apesar do modelo objetivo presumir a culpa anônima da Administração, a imputação de responsabilidade não é automática. Uma vez que é possível a consideração de excludentes, estas se tornam o ponto de equilíbrio que afasta o risco de se transformar o Estado em garante de tudo e de todos.

De acordo com o mesmo autor, outro aspecto positivo a ser considerado é que a prescindibilidade da comprovação da culpa facilita o acesso à justiça pela vítima, que precisa apenas demonstrar o dano e o nexo causal. Dessa maneira, aumentam as chances de procedência do pedido, bem como o trâmite se tornará mais célere, pois a culpa é de longe, o elemento da responsabilidade civil mais complexo de se revelar (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 55).

Além dos posicionamentos aos quais já se fez menção, Helli Alves de Oliveira tem uma visão divergente, que não enquadra todos os tipos de omissão em um único bloco. De acordo com a autora, é necessário perquirir se a omissão advém de uma omissão de uma obrigação de fazer, como por exemplo, a implantação de esgotamento sanitário, ou de inércia no ato de fiscalizar que auxiliou na ocorrência do dano (OLIVEIRA, 1990, p. 50-51).

De acordo com a linha de raciocínio apontada, se o dano decorrer de omissão da Administração em relação a competências suas, a omissão deve ser considerada como causa, e daí deve ser imputada a responsabilidade civil pelo modelo objetivo. Por outro lado, se a fiscalização administrativa foi ineficaz para conter ou evitar degradação, caberá à mesma indenizar, se for verificada culpa grave, sendo aplicado, portanto, a responsabilidade subjetiva.

Guilherme Couto de Castro, por sua vez, elabora a distinção da omissão administrativa em duas modalidades: a omissão genérica e a omissão específica (CASTRO, 1997, p. 56-59). Marçal Justen Filho adota diferenciação idêntica, porém utilizando os termos ilícito omissivo impróprio e ilícito omissivo próprio, respectivamente (JUSTEN FILHO, 2006, p. 226-246).

A omissão genérica ou ilícito omissivo impróprio se verifica quando a ocorrência do dano não se dá diretamente em razão da inércia do Estado, se enquadrando no conceito de falta do serviço, porque este não funcionou quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou tardiamente, hipóteses em que é dispensável a prova de que qualquer agente do Estado tenha incorrido em culpa (HUPFFER, 2012), já que esta se dilui na sua própria organização, se adotando, portanto a teoria da responsabilidade subjetiva.

Ao exemplificar com um caso de falha em semáforo, no qual a Administração toma todas as medidas para o conserto, e que ainda assim, nesse intervalo de tempo ocorre um acidente automobilístico, concluiu o já mencionado Guilherme Couto de Castro pela responsabilidade sob o regime objetivo (CASTRO, 1997, p. 57):

> Não houve ilícito por parte da administração; foram adotadas todas as cautelas razoáveis e imediatas, mas o evento ocorreu, ainda assim. A responsabilidade é objetiva, pois há dever específico, isto é, individualizado de agir.
>
> É razoável a socialização dos prejuízos, dentro dos ditames claros de civilidade: as vítimas não foram negligentes, e tudo decorreu de problema com os equipamentos urbanos, não se caracterizado o fortuito.

A omissão específica ou ilícito omissivo próprio se verifica nas hipóteses em q ue o evento danoso decorreu diretamente da incúria do Poder Público, figurando a inércia administrativa como causa direta e imediata da ocorrência da lesão. Nesse caso, sua omissão cria "a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo" (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 261) e não o fez, hipótese em que a sua responsabilização civil extracontratual será objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, consoante os artigos 37, § 6º, da Constituição Federal e 43 do Código Civil.

A respeito, se transcreve a seguir comparação de Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 261):

> Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica.

> Mas se este motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-adimplemento do resultado. Nesse segundo haverá responsabilidade objetiva do dano.

Como se pode depreender da explicação, a omissão genérica exige um comportamento praticamente onisciente da Administração, de modo que a responsabilidade objetiva nesse caso levaria o Estado à condição de um segurador de situações que estão fora de seu conhecimento. Por isso, acertada é a imputação de responsabilidade por meio do modelo subjetivo de modo que a culpa, nesse caso, a falta de serviço deve ser demonstrada.

Por outro lado, a omissão específica implica em falha ou falta de funcionamento do serviço do Estado, que tendo ciência de uma situação irregular não procura meios para sanar tal irregularidade ou se abstém de tomar as medidas reparatórias que o caso requer. O objetivo aqui é evitar que a repulsiva inoperância do Estado frente ao dever constitucional de preservar o meio ambiente causasse dano injusto à coletividade. Em nome do interesse público marcante do princípio da solidariedade intergeracional, o Estado tem que ser acordado para a realidade gritante da omissão de seus entes.

Essa teoria tem sido aceita em diversos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro referentes a indenizações por danos morais e materiais pleiteadas por moradores de áreas em que ocorreram deslizamentos, e estes provocaram a destruição das residências locais e até mesmo óbito de parentes ou companheiros dos autores. A seguir, transcreve-se trecho de voto relator, acolhido de forma unânime pelo colegiado (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2014):

> Em síntese, tratando-se de omissão específica - ante a existência de uma obrigação individualizada de agir pelo ente público - a omissão deste constitui motivo direto e imediato do dano, pois, por deixar de fazer o que deveria, cria a causa específica que gera o evento danoso, passando a responsabilidade a ser objetiva, à luz da Teoria do Risco Administrativo. Assim sendo, cabe às vítimas tão somente comprovar a existência do ato ilícito ou conduta, dano e o nexo de causalidade. [...] Desta forma, não restam dúvidas de que cabe ao réu a realização das medidas necessárias para afastar o risco de deslizamentos, garantindo aos moradores a inviolabilidade do direito à vida, em um lugar seguro com o pleno desenvolvimento das funções urbanas típicas: habitar, recrear, circular e trabalhar.

Em reflexão semelhante, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto aduz que não é uma solução satisfatória chegar em uma rígida posição sobre a natureza jurídica específica da responsabilidade estatal decorrente da omissão (CARVALHO NETO, 2014, p. 106 -126). A inviabilidade aqui se traduz na ausência de conhecimento das minúcias do caso concreto. Assim, o autor defende uma análise caso a caso, bem como o estabelecimento de um grau de eficiência que se espera do aparelho estatal. Dessa maneira, será possível aferir se determinada inércia está acima ou abaixo do que se espera do Poder Público.

Assim, foi elaborada por Tarcísio Vieira de Carvalho Neto uma diferenciação de omissões análoga a criada por Guilherme Couto de Castro, tendo como elemento discriminante o atendimento às expectativas da população.

Quando o comportamento estatal estiver muito abaixo do mínimo esperado, o modelo de responsabilização será objetivo. Em sentido contrário, quanto mais próximo da expectativa de atuação, será aferida a culpa, ou mais adequadamente, o funcionamento do serviço, de modo que o sistema de responsabilização será o subjetivo.

Acaso se verifique que o Estado adotou os procedimentos que estavam ao seu alcance e tomou as cautelas de rigor, será totalmente irresponsável pelo dano, não lhe sendo imputada qualquer obrigação de reparar ou indenizar.

Portanto, se o Poder Público deixa de lado deveres específicos e de sua incúria resultam danos a terceiros, seu comportamento está aquém do que se espera como um mínimo de eficiência, incidindo responsabilidade objetiva no caso. Por outro lado, se o Estado se omite de forma genérica, mesmo que fora do padrão do rendimento ideal, está mais próximo do mínimo tolerado, sendo cabível a investigação de alguma falha do serviço que tenha causado o dano, configurando responsabilidade civil sob a aplicação da teoria subjetiva.

Em entendimento bastante semelhante, Ricardo Cavalcante Barroso aconselha prudência na responsabilização do Estado sobretudo nas situações clandestinas, que são definidas como "aquelas realizadas em local de difícil acesso ou ocultadas pela distância ou outro subterfúgio", ou em hipóteses que fogem ao "funcionamento regular e esperado do Estado, ou seja, casos que presumiriam certa onipresença ou perfeição do Estado – fatalmente irreal e inadmissível, ainda que para os padrões ótimos" (BARROSO, 2011, p. 226).

Diante dessas leituras, seguir o parece ser mais acertado seguir o posicionamento de Helli Alves de Oliveira, de acordo com o qual se dividem as omissões estatais em duas grandes modalidades: a omissão no tocante a providências necessárias à preservação e à restauração de bens e recursos naturais, e a omissão de fiscalização das atividades empreendidas por terceiros (OLIVEIRA, 1990, p. 50-51).

Quanto a primeira modalidade, se a Administração restou inerte quanto às providências que deveria ter tomado para proteger bens ambientais, tais como tratamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais antes do seu despejo, ou a implantação de parques, a responsabilidade é exclusiva do Estado, pois sua omissão foi a causa direta e primeira, e provavelmente exclusiva, do dano verificado.

Deve, portanto, o regime objetivo ser utilizado. Isso porque, a inércia é a única causa de dano ambiental, cuja responsabilização é regida pelo modelo objetivo, e até por isso mesmo, a omissão estatal, neste caso, se reveste de um caráter análogo a um ato comissivo. Não há grandes discordâncias entre os doutrinadores, e nem há muito o que ser debatido a respeito.

Com relação à omissão no dever de fiscalização e o licenciamento de atividades degradadoras, é digno de nota também o fato de que a responsabilidade do Estado por danos ao meio ambiente, se utiliza de conceitos de dois ramos do Direito, e traz um inevitável antagonismo. Se de um lado se aplica a responsabilidade objetiva na seara do direito ambiental, do outro lado é aplicada o sistema subjetivo no direito administrativo. Como deverá ser resolvida essa aparente incompatibilidade?

Na confrontação dos valores contemplados aqui, deve prevalecer aquele que cujo valor seja mais importante, e é inegável que o meio ambiente saudável deve ter preferência dada a sua importância para a preservação da vida no planeta (e da qualidade desta). Então, se descarta a utilização do sistema subjetivo em caso de omissão estatal, e no intuito de simplificar a produção de provas e prover a proteção ambiental por meio de uma mais responsabilização mais célere, o modelo objetivo parece o mais adequado.

Em um primeiro momento, ainda se pode tentar um posicionamento intermediário, em sistema de responsabilidade por omissão em que se mescle os regimes objetivos e subjetivos. Nessa toada, parece mais prudente parece ser o de dividir as omissões em categorias de acordo com a gravidade, tal como Guilherme Couto de Castro (CASTRO,

1997, p. 56-59), Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2006, p. 226-246) e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (CARVALHO NETO, 2014, p. 106-126). E desse modo, aplicar a responsabilidade objetiva naquelas inércias estatais consideradas mais sérias.

No entanto, é de se considerar que adicionar mais um elemento de discussão ao processo é retardar ainda mais o andamento da prestação jurisdicional, que já é bastante lenta, e mal se presta a investigar profundamente o dano e o nexo de causalidade com a conduta do agente. Nessa toada, parece mais compatível com a situação descrita a adoção da responsabilidade pelo sistema objetivo, visto que facilita a comprovação da ligação da conduta do agente e o dano ambiental verificado.

Além disso, reiterando argumentos já expostos, é de se ressaltar que a omissão estatal consiste em causa do dano, mesmo que indireta, e não mera situação propiciatória, por consubstanciar descumprimento de tarefas estatais, gravadas na Constituição Federal, e no ordenamento subsequente, bem como no recepcionado.

Ao contrário do que se pode argumentar, adotar a responsabilidade objetiva e solidária do Estado em casos de omissão não o torna um segurador universal. Não se trata de uma imputação de responsabilidade sem avaliação do caso concreto e insuscetível da análise de excludentes de responsabilidade.

Diversamente do que uma análise superficial do assunto pode levar a concluir, de acordo com esse raciocínio, o Estado não estará "necessária e automaticamente, no polo passivo de qualquer demanda por degradação ambiental e urbanística" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009). Mesmo no sistema objetivo, é preciso provar o nexo causal entre a conduta (nesse caso, a omissão) e o dano subsequente.

O nexo causal na hipótese de omissão estatal deve ser entendido de acordo com as apreciações sobre o tema de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Guilherme Couto de Castro e Ricardo Cavalcante Barroso, já mencionadas anteriormente. Embora os dois primeiros cheguem à conclusão de que se deve dividir as omissões de acordo com sua gravidade, o ponto em comum na análise dos três autores é que o nexo de causalidade do Estado se dá pela presença de dois requisitos: o conhecimento da conduta do agente degradador e a tomada de providências a respeito.

O nexo causal passa necessariamente pela ocorrência desses dois quesitos tendo em vista que, mesmo com a adoção dos mecanismos de controle mais avançados, não existe qualquer garantia da prevenção de todo e qualquer dano ambiental. A expectativa da postura do Poder Público não pode ser no sentido da onipresença e onisciência, pois se trata de uma esperança irreal e excessiva.

Até porque a tecnologia existente atualmente, e que pode ser considerada a mais "onisciente" possível, a varredura via satélite, tem suas limitações. É um instrumento sujeito a condições meteorológicas (nuvens inviabilizam o aproveitamento da imagem), as imagens em locais afastados dos grandes centros são desatualizadas em geral, e a resolução ainda não permite a visualização de danos de pequena monta.

Importante observar que a omissão no serviço é considerada sob as variáveis do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico, enfim, dentro das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu a lesão. Nesse sentido, observa Ricardo Cavalcante Barroso (BARROSO, 2011, p. 226) que o Estado não pode ser responsabilizado por situações que fogem ao funcionamento regular e esperado do mesmo, sob pena de se impor certa onipresença ou perfeição na atuação estatal, o que até no melhor dos mundos é irreal. Consequentemente, as situações clandestinas, consistentes naquelas realizadas em local de difícil acesso, ou ocultadas pela distância ou outro subterfúgio, jamais podem ter a presunção de que o Estado assumiu o risco.

Fora isso, é necessário observar a escassez de recursos públicos, que por via de consequência prejudica a construção de estrutura, e afeta também os recursos humanos, como a alocação de funcionários públicos. Ainda que não se esteja diante de um contexto de dificuldade financeira do Poder Público, uma fiscalização tão intensiva absorveria mais profissionais do mercado que a academia é capaz de gerar. Assim, a falta de recursos humanos e de pessoal especializado (AMARAL, 2010, p. 87) frente às necessidades da sociedade, representa um tipo de escassez a ser ponderado nesse caso.

Portanto, fora da realidade exigir uma vigilância em tempo integral e em todos os lugares, pois se trata de obrigação impossível. Dessa maneira, o estabelecimento do nexo de causalidade tendo como condicionante a informação sobre o dano ambiental (ou a possibilidade deste), é uma forma de trazer razoabilidade à análise da questão.

Nessa linha de raciocínio, explana Ricardo Cavalcante Barroso (BARROSO, 2011, p. 226):

> Ao Estado, além de reprimir danos incumbe o dever de prevenir. A própria caracterização do papel punitivo do Estado bem demonstra e reconhece um fato inequívoco: a prevenção não é infalível e ninguém, nem o Estado, é onipresente e onipotente, até porque as ações materiais imputadas ao Estado são desempenhadas por pessoas físicas investidas da função pública, ou seja, dotadas da falibilidade humana. Além disso, não é crível que o Estado possa comandar e garantir permanentemente a correção de todos os comportamentos humanos preventivamente.

Diante do conhecimento da degradação do meio ambiente, é necessária uma resposta da Administração por meio do órgão ambiental. Em caso negativo, é evidente que a omissão estatal consistirá no descumprimento de dever legal sobre fatos que lhe são levados a conhecimento, e está configurado nexo causal com o dano ambiental. Seguindo essa argumentação, é acertada a responsabilidade do Estado que se omite na promoção das exigências legais para o licenciamento ambiental.

Sendo assim, só terá legitimidade passiva para responder ação de responsabilidade o ente federativo que diante de infração ambiental deixa de exercer o poder de polícia que lhe cabe, ou o exerça, mas deixe de dar prosseguimento nas medidas previstas legalmente, tais como a autuação, interdição, embargo, desforço possessório, a aplicação de penalidades em geral.

2 DA SOLIDARIEDADE DO ESTADO NA REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS

O dano ao meio ambiente tende a se caracterizar pela indivisibilidade, o que influencia, com a mesma qualidade, a prestação de reparar. Múltiplos atores podem se fazer presentes em um só fato ou evento gerador de dano ambiental, em razão da forma de rede em que se organizam os processos ecológicos. Dessa maneira, por força da sua indivisibilidade (unidade do objeto), o dever de reparar de um corresponde ao dever de reparar de todos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009).

Assim, se houver omissão do Poder Público em exercer eficazmente seu poder-dever fiscalizatório, e resultante dessa incúria surgirem danos ambientais, o Estado será responsável indireto pela atividade causadora da degradação ambiental, devendo responder solidariamente, salvo se forem constatadas excludentes.

Aí se explica a fundição do comportamento do particular, normalmente comissivo, com o comportamento omissivo do Estado. Segundo, a omissão estatal, logicamente, se refere a comportamento em que o degradador real é um terceiro, o que traz à baila a problemática das obrigações complexas, com múltiplos vínculos obrigacionais e, a partir delas, da solidariedade entre as várias condutas, comissivas e omissivas, envolvidas.

A inclusão do Estado como responsável solidário, por quaisquer de seus entes da Federação (União, Estados e Municípios), encontra guarita primeiramente no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, quando este impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Como já é sabido, o conceito de poluidor no direito ambiental brasileiro é amplíssimo, uma vez que nos termos do inciso IV do artigo 3º da Lei nº 6.938/81 é toda e qualquer "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (BRASIL, 1981).

Por poluidor direto entende-se aquele cuja ação gera de forma imediata o dano. Já o poluidor indireto é aquele que pratica conduta ligada àquela do poluidor direto, sem a qual o dano não teria ocorrido. De forma didática explana Pedro Curvello Saavedra Avzaradel (AVZARADEL, 2014, p. 320):

> Por exemplo, supondo que haja um acidente envolvendo trem pertencente a uma empresa de logística, com derramamento de material tóxico e poluição no local, sabemos que essa empresa é a poluidora direta. Ocorre que, caso o citado material seja de propriedade de outra empresa, por exemplo, de uma refinaria, esta praticou atos (compra do material e contratação da entrega) sem os quais o dano não ocorreria.

Quando envolvido com a conduta, pois inerte frente a atividade de terceiro que levou à degradação ambiental, será o Estado obrigado a responder solidariamente pela indenização, uma vez que o artigo 942 do Código Civil determina que "se a ofensa tiver mais

de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação"[13]. Portanto, a ideia do instituto é tornar mais fácil a reparação do dano, que pode ser exigida tanto do poluidor direto quanto do indireto, ou de ambos, que acertarão as contas entre si num momento posterior, conforme se estudará adiante.

Importante ressaltar aqui que a jurisprudência tem entendido que o litisconsórcio é facultativo nesse caso, sendo possível, por exemplo, a interposição de ação apenas contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos. Nesse caso, temos responsabilidade solidária, e assim, podem os litisconsortes ser acionados em litisconsórcio facultativo, nos termos do inciso I, do artigo 46 do Código de Processo Civil (CPC)[14].

A seguir, a título de exemplo, se colaciona trecho de ementa de jugado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com essa orientação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2005):

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSóRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.
>
> [...]
>
> 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).
>
> 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. Conforme já afirmado, a solidariedade passiva não impõe o litisconsórcio necessário, o que corresponde a

[13]Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.
[14] Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; [...]

uma negação das suas funções originais. Washington de Barros Monteiro arrazoa que uma de suas características é exatamente a "faculdade que tem o credor de exigir e receber a prestação do coobrigado que escolhe. A autoridade judiciária não tem direito de sobrepor-se a essa eleição, impondo ao autor a presença no feito de outros litigantes" (MONTEIRO, 2000, p. 178).

3DO NECESSÁRIO TRATAMENTO DIFERENCIADO DO ESTADO NA EXECUÇÃO

Independentemente do tipo de contribuição do Estado ao dano ambiental não deve haver temperamento dos deveres do Estado, que somente receberá tratamento diferenciado, como se analisa adiante, somente pela via da preservação de um benefício na execução, na qual a ele se reserva "uma posição de *posterius* em relação a do *prius*, que é o agente causador primário ou direto do dano ambiental" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009).

Ultrapassada essa pequena introdução acerca da possibilidade de inclusão do Estado no polo passivo como devedor solidário, é importante sublinhar as ressalvas que a doutrina tem feito à responsabilidade solidária do Estado em caso de omissão.

Em referência ao trabalho de Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 55) defende que a adoção indiscriminada da responsabilização estatal levaria a uma espécie de "panresponsabilização" do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos, o que oneraria em excesso o erário e suscitaria uma ruptura no sistema de responsabilidade civil.

Para Hugo Nigro Mazzilli é preciso equilíbrio (MAZZILLI, 2011, p. 387). Primeiro, para não imputar ao Estado as consequências de tudo que ocorre de errado no país, e via de consequência, ao cidadão que paga impostos. Dessa forma, o povo não teria só de suportar a lesão, mais ainda por cima indenizá-la(MAZZILLI, 2011, p. 655). A outra face dessa prudência é evitar a isenção *a priori* o Estado por esses mesmos motivos.

Álvaro Luiz Valery Mirra aconselha cautela na responsabilização civil do Estado por danos causados por sua omissão, para que o responsável direto pela conduta causadora da degradação não venha a suscitar a responsabilidade do Estado como subterfúgio para rechaçar a sua própria responsabilidade integral e principal (MIRRA, 2003, p. 36).

Não se duvida que o já citado artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81 identifica como poluidor a pessoa jurídica de direito público, que, por omissão (portanto, de forma indireta), venha a causar lesão ao meio ambiente. No entanto, conforme os autores citados expuseram, esse preceito legal deve ser interpretado com razoabilidade, de modo que a possibilidade de imputação de responsabilidade ao causador indireto de dano não se estenda *ad infinitum*, atraindo a responsabilidade civil do Estado por qualquer tipo de inércia.

Vale reiterar aqui o já manifestado na seção anterior, para a caracterização do nexo causal da omissão estatal é necessário que exista conhecimento dos fatos pelo Estado e a sua subsequente inércia quando detinha condições de tomar providências. Assim, a melhor interpretação do artigo 225, §3º da Constituição Federal e do artigo 14, parágrafo único, da Lei nº 6.938/81, não traz a conclusão de que o Poder Público é o segurador universal do meio ambiente, ainda mais quando os degradadores estão suficientemente identificados e aptos a responder pelos danos ambientais.

A responsabilidade objetiva do Estado e a solidariedade não desmentem e nem vão de encontro ao princípio do poluidor-pagador, cujo principal intuito é inverter a lógica nociva de que o meio ambiente por ser um bem de todos, de proteção difusa, poderia ser explorado livremente de modo a gerar o enriquecimento do particular e disseminando as externalidades negativas.

Por esse prisma, é preciso pensar a responsabilidade civil ambiental com o objetivo de imputar ao real e efetivo causador direto da lesão a responsabilidade da reparação de danos. No entanto, essa ideia não impede e nem prejudica a solidariedade, até porque esta serve como mais uma garantia em favor da sociedade para a integral recomposição. Uma vez estando o Estado no polo passivo, há a certeza de patrimônio solvente para posterior execução. Tal premissa não existe em ações ajuizadas contra particulares.

Obviamente que a condenação do Estado em face de atos lesivos importa na afetação de patrimônio público, ou seja, recursos que em princípio são destinados a satisfação de necessidades públicas e o bem da coletividade. Nesse sentido, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala advertem que a carga da responsabilidade acabará por atingir a própria vítima dos danos ambientais e assim, "não se deve adotar irrestritamente a regra da solidariedade do Estado pelo dano ambiental, pois responsabilizando irrestritamente o Estado quem está arcando com o ônus, na prática, é a própria sociedade" (LEITE, 2003, p. 195).

A situação se torna mais dramática em países pobres ou com má distribuição de renda, afinal, é nesses lugares que a população é mais carente de serviços estatais e também há mais pressão pela industrialização sem pesar as consequências ambientais. Assim, a decisão de onde alocar recursos nesses lugares se trata de uma escolha dramática, em que, como já dito anteriormente, determinar a recuperação ambiental de degradação de outrem implica reduzir ou suprimir gastos em outra que pode ser tão importante quanto a outra.

Em resumo e para efeitos de denominação dessa ideia, tem se denominado esse tipo de escolha de "*trade-off"*. Ainda sem uma tradução exata para o português, Gustavo Amaral sustenta que o termo pode ser entendido como uma "escolha do que atender e do que não atender", e nesse sentido, esclarece que "não se trata de algo 'mau', mas sim de uma característica inexorável" (AMARAL; MELO, 2010, p. 92).

Num contexto de escassez de recursos, não há espaço para aquilo que o mencionado autor chama de ingenuidade positivista, que consiste na "postura de partir de aforismos como 'se está na constituição (ou na lei) é para valer', afirmar que 'saúde é direito de todos' e concluir que o Estado é responsável, não importa o valor envolvido"(AMARAL, 2010, p. 92). Aqui as limitações são de ordem prática, ou seja, os recursos do Estado são limitados, ao mesmo tempo em que as necessidades são infinitas.

As despesas realizadas em função de responsabilidade por omissão judicialmente imposta inviabilizariam outros projetos estatais, e possivelmente até afetaria projetos relacionados a outros direitos fundamentais. Sendo assim, tais reparações ambientais, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do autor de ação nesse sentido, poderiam concentrar o aporte de recursos de tal modo que se tornaria impossível estendê-lo a outras pessoas, com evidente "prejuízo ao princípio igualitário"(GOUVÊA, 2003, p. 19). Afinal, por exemplo, porque o pagamento custoso de uma indenização por danos ambientais é mais importante do que a realização de exames médicos na rede pública de saúde? Difícil fazer uma ponderação.

Ante essas considerações, para compatibilizar a necessidade de preservar a solidariedade de todos, que direta ou indiretamente provocaram degradação ambiental, e a constatação de que a direta responsabilidade do Estado importará na exoneração do devedor e principal responsável pelo dano, é de se prestigiar algumas formas de mitigação dessa responsabilidade, quais sejam: a execução subsidiária (ou com ordem de preferência) do

Estado, e o direito de regresso contra o degradador ou contra o servidor público, os quais serão adiante analisados nessa mesma ordem.

Quanto à execução subsidiária, é de se notar a sua aplicação em outros campos do direito. Por exemplo, essa modalidade de mitigação da responsabilidade do Estado passou a ser utilizada na área trabalhista a partir de 2011na hipótese de terceirização na Administração Pública, por meio de nova redação da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)[15].

Por outro lado, a Lei nº 8.987/95, ao disciplinar as concessões de serviços públicos (artigo 175 da Constituição Federal), previu como encargo do poder concedente a fiscalização dos serviços, e imputa responsabilidade do ente público por eventuais prejuízos causados de forma subsidiária.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, isso se explica pois uma vez que a concessionária atuava "em nome do Estado", conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos (MELLO, 2006, p. 713). Ressalta-se então que, os prejuízos causados poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Na hipótese de a concessionária responsável por comportamento danoso vir a

[15] Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando -se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade -meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. In: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.Disponível em: www.tst.jus.br/sumulas. Acesso em: 21 fev. 2015.

encontrar-se em situação de insolvência, certo é que o Estado terá que arcar com ônus daí provenientes.

Pode-se então, falar em responsabilidade subsidiária, e não solidária (o que já diferencia do objeto de estudo em comento) existente em certos casos, isto é, naqueles em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pela concessionária, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado. É razoável, então concluir que os danos resultantes de atividade diretamente constitutivas do desempenho do serviço, ainda que realizada de modo faltoso, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente.

Comparando esses institutos com a subsidiariedade ambiental, se verifica que, embora o resultado seja o mesmo, a execução subsidiária, os fundamentos são diferentes. Primeiro porque a responsabilidade ambiental do Estado por omissão não decorre de *culpa in vigilando* ou *in eligendo* do mesmo, na medida em que, à exceção do caso em que há conluio entre o agente público e o degradador original, não existe relação de confiança entre este e o Poder Público. Em segundo lugar, não ocorre uma relação especial de subordinação, dependência ou de parentesco entre os codevedores (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009).

Na responsabilidade ambiental do Estado por omissão, as justificativas são de ordem social, política e econômica, mas também de justiça, já que seria desaconselhável chamar o Estado, o representante da sociedade-vítima do dano ambiental, também prejudicado, a responder, na linha de frente, pela degradação materialmente causada por terceiro e que só a este beneficia ou aproveita.

É certo que a responsabilidade estatal por omissão de dever-poder de implementação ambiental deriva do papel de guardião-maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado imposto constitucionalmente ao Estado, mas é também inequívoco que aos cofres públicos não se empurra a função de garante ou de segurador universal dos poluidores. O compromisso do legislador é com as vítimas, não com os degradadores.

Nesse ponto, o Ministro Antônio Herman V. Benjamin, na relatoria do Recurso Especial nº 1.071.741 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009), aduziu que:

> Tão injusta e inadmissível quanto a regra, do Direito inglês medieval, de que o Rei nunca erra ou comete ilícito civil ("the king can do no wrong" ou princípio da irresponsabilidade civil do Estado), será o seu oposto, no extremo antagônico, ou seja, querer atribuir todos os erros do mundo à conta do Rei (= o Estado moderno e os contribuintes).

Assim, nos termos do que foi exposto no mencionado acórdão, a responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de devedor-reserva, pela via da preservação de um benefício na execução, na qual a ele se reserva "uma posição de *posterius* em relação a do *prius*, que é o agente causador primário ou direto do dano ambiental"(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009). Só será chamado quando o degradador original, direto ou principal não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta[16].

Além do critério de impossibilidade na execução a que se fez referência (seja técnica ou financeira), Ricardo Cavalcante Barroso (BARROSO, 2011, p. 228) acrescenta a hipótese em que o dano foi causado pela permissividade do Estado ao observar a formação de um quadro de poluição em que diversos agentes atuam e se torna impossível estabelecer um nexo causal. Os exemplos mais didáticos seriam a poluição hídrica causada por um distrito industrial ao longo de anos de inércia estatal, ou a omissão do Poder Público na invasão de grileiros em unidade de conservação. A seguir se transcreve a lição do citado autor:

[16]Interessante observar que em acórdão julgado em 2011, o Ministro Teori Albino Zavascki, ao relatar , afirma que "A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata -se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, "seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil" Causa estranheza essa assertiva (bem como parece precipitada), visto que esse posicionamento ainda não aparece com tanta frequência nos julgados do tribunal, bem como não é tão desenvolvido na doutrina ambiental brasileira. No restante do acórdão em questão, faz -se muitas menções apenas ao REsp nº 1.071.741. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1001780. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 27 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 maio 2015.

> Caso se verifique a absoluta falta de condições de responsabilizar o particular, não pela difusão do dano, dada a dificuldade de dimensionar a responsabilidade de cada causador ou a quantidade de causadores, mas sim pela absoluta impossibilidade de estabelecer qualquer nexo entre o dano e algum causador ou pela completa incapacidade financeira do agente para prover a recuperação ambiental, é de se impor ao Estado arcar com os custos daqueles danos que direta ou indiretamente (por omissão) tenha causado.

O estabelecimento de requisitos para a execução do Estado quando responsável solidário serve para evitar romper a equação do princípio poluidor-pagador, bem como para inviabilizar a socialização da reparação ambiental, embora resguardada a privatização do lucro decorrente da degradação pelo empreendedor. Resguardar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental é o objetivo da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado, porém, isso deve acontecer apenas em caráter excepcional, sob pena de onerar duplamente a sociedade.

Não custa sublinhar que é assegurado, sempre, o direito de regresso, conforme o artigo 934, do Código Civil[17], com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o artigo 50 do Código Civil[18]. Esse entendimento foi asseverado no julgamento do Recurso Especial 647.493/SC, no qual se discutiu a responsabilidade do Estado e das empresas mineradoras de carvão de Santa Catarina por danos ambientais. Consta do voto relator, de lavra do Ministro João Otávio de Noronha:

> Nada obstante a solidariedade do Poder Público, o certo é que as sociedades mineradoras, responsáveis diretas pela degradação ambiental, devem, até por questão de justiça, arcar integralmente com os custos da recuperação ambiental. E o fazendo o Estado, em razão da cláusula de solidariedade, a ele há de ser permitido o ressarcimento total das quantias despendidas, uma vez que, embora tenha sido omisso, não logrou nenhum proveito com o evento danoso, este apenas beneficiou as empresas mineradoras. Em face do dispositivo acima, entendo que a União não tem a faculdade de exigir dos outros devedores que solvam as quantias eventualmente despendidas, mas sim, o dever, pois há interesse público reclamando que o prejuízo ambiental seja ressarcido primeiro por aqueles que, exercendo atividade poluidora,

[17]Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

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

> devem responder pelo risco de sua ação, mormente quando auferiram lucro no negócio explorado.

O direito de regresso também pode se dar com relação ao servidor público. O §6º do artigo 37 da Constituição Federal, que a seguir se transcreve, preceitua a aplicação de responsabilidade objetiva ao Estado em caso de dano a terceiro, e a responsabilidade subjetiva do servidor, que na qualidade de agente público, causa o referido dano, sendo assegurado o direito de regresso:

> § 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.

O citado dispositivo se coaduna com o princípio da moralidade administrativa, revelando preocupação do constituinte com a recomposição do erário desfalcado pela antecipação do valor da indenização por danos causados por ação culposa ou dolosa do agente público.

É de se observar que a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello explana que essa é a peculiaridade da denominada relação orgânica. Assim, o que o agente quiser, em qualidade funcional (bem ou mal desempenhada) é o que se entende que o Estado quis, repetindo, mesmo que tenha querido mal. Em outras palavras, o que o agente fez nestas condições é o que o Estado fez. Nas relações não se considera somente se o agente obrou ou deixou de fazê-lo em conformidade com o Direito, culposa ou dolosamente. Aqui se considera se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em resumo, nas palavras do próprio autor (MELLO, 2006, p. 1008):

> [...] não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

Nesse sentido, no Recurso Extraordinário nº 344.133, julgado em setembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou a legitimidade do Estado, a ilegitimidade passiva do agente público, e por via de consequência, o não cabimento de denunciação à lide (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008). Vide ementa:

> RESPONSABILIDADE - SEARA PÚBLICA - ATO DE SERVIÇO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No mesmo acórdão, vale destacar no voto do relator, o Ministro Marco Aurélio Mello, mais um fundamento para esse posicionamento:

> A razão de ser da atribuição, ao Estado-gênero ou a quem lhe faça às vezes, de reparar o dano causado é única. Revela responsabilidade, de regra objetiva, com a finalidade de não inibir o servidor ou agente no desempenho das funções do cargo.

Percebe-se, portanto, a intenção do STF de tentar equilibrar as garantias concedidas ao particular e ao agente público. Ao primeiro a garantia de um patrimônio solvente para a execução, ao segundo, evita o constrangimento das funções de sua atividade. Dessa forma, o entendimento que parece ser mais acertado é de que a ação deve ser proposta contra o Estado e se houver culpa ou dolo por parte do servidor público, este será responsabilizado civilmente através de ação de regresso e administrativamente de acordo com o regime jurídico ao qual esteja submetido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inércia estatal, quando colocada ao lado de outras condutas causadoras de danos ambientais, deixa o Estado tão responsável pelo dano quanto os causadores diretos ou imediatos que não foram contidos ou impedidos pela Administração, quando esta podia e devia evitar o resultado danoso ambiental, mas mesmo assim não agiu, daí se justifica sua responsabilidade solidária.

Em todos os casos apontados, se deduz que o posicionamento mais prudente parece ser a adoção da responsabilidade objetiva. Embora, regra geral, a responsabilidade por omissão do Estado se dê pela modalidade subjetiva, é de se notar que a responsabilidade objetiva é empregada em caso de dano ambiental, conforme o ordenamento brasileiro. Esse antagonismo quanto ao regime a ser utilizado quando a omissão do Estado implicar em dano ambiental é solucionado pela confrontação dos valores aqui contemplados, devendo prevalecer aquele que cujo valor seja mais importante. É inegável que o meio ambiente saudável deve ter preferência, e se sobressai nessa ponderação, dada a sua importância para a preservação da vida (e da qualidade desta) no planeta.

Outra razão para a aplicação do regime objetivo é que este modelo torna mais fácil a tarefa de demonstrar a ligação da conduta do agente e o dano ambiental verificado. Nessa linha de raciocínio, logo de início se descarta a utilização do sistema subjetivo em caso de omissão estatal ambiental, pois aqui se torna necessária a comprovação de algum elemento que consista em conduta culposa. Assim, também no intuito de simplificar a produção de provas, o modelo objetivo parece o mais adequado.

Contrariamente ao que se possa imaginar num primeiro momento, adotar a responsabilidade objetiva e solidária do Estado em casos de omissão não o torna um segurador universal, não sendo necessariamente parte integrante do polo passivo de qualquer demanda por degradação ambiental.

Importante ressaltar que, mesmo no sistema objetivo, é preciso provar o nexo causal entre a conduta (nesse caso, a omissão) e o dano subsequente, que se opera pela presença de dois requisitos: o conhecimento da conduta do agente degradador e a tomada de providências a respeito. Além disso, a imputação de responsabilidade também passará pela avaliação das eventuais alegações de excludentes de responsabilidade, que são passíveis de consideração, uma vez que a boa parte dos doutrinadores brasileiros entende que teoria do

risco integral pode ser mitigada para considerar algumas poucas excludentes de responsabilidade.

Sendo assim, pode-se compreender que o nexo causal da omissão se caracteriza quando o ente federativo que se mantem inerte quanto a medidas evidentemente necessárias para a proteção ambiental ou que, diante do conhecimento de infração ambiental deixa de exercer o poder de polícia que lhe cabe, ou até o exerça, mas deixe de dar prosseguimento nas medidas previstas legalmente.

Contudo, imputar indiscriminadamente responsabilidade ao Estado em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, implicaria, no final das contas, em transferir à própria vítima da degradação (a sociedade) a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes.

Além disso, iria de encontro ao princípio do poluidor-pagador e, por consequência, à regra da individualização do verdadeiro e principal responsável, que consiste naquele que aufere os benefícios de determinada atividade, e que deve, portanto, arcar com os prejuízos advindos dela também.

Esses motivos não são suficientes para haver temperamento dos deveres do Estado, que somente receberá tratamento diferenciado na execução, como forma de limitar a responsabilidade estatal apenas aos casos de impossibilidade da responsabilização pelo autor da degradação e para evitar a odiosa socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por particulares.

Com esses objetivos é que se aplica a execução subsidiária (ou com ordem de preferência) da responsabilidade solidária estatal. Nesse sistema, o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, e só deve ser chamado quando o degradador direto (aqui equivalente ao devedor principal) não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta.

Dessa maneira, por meio da execução subsidiária do Estado se busca imputar preferencialmente ao causador direto do dano ambiental a responsabilidade, cabendo responsabilização do Estado somente em casos muito específicos, apenas para que se garanta

a imediata reparação ambiental. Vale lembrar que é possível o direito de regresso contra o causador do dano, quando possível posteriormente.

O direito de regresso também pode se operar com relação ao servidor público. A Constituição Federal prevê essa possibilidade no caso em que o servidor, que na qualidade de agente público, causa o dano a outrem. O Estado "antecipa" a indenização, por meio da responsabilidade objetiva, e posteriormente se apura subjetivamente a responsabilidade do servidor. Em caso de conduta dolosa ou culposa, deverá ser operado o ressarcimento do erário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Tereza Perez de. **O Estado e a responsabilidade por omissão na proteção do ambiente**. Recife: Livro Rápido, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____.; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?**In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. **Omissão estatal e a responsabilidade civil solidária por danos ambientais.** Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul, n. 09, p. 311-326, set./dez. 2014. p. 320.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. **A responsabilidade civil do estado por omissão em face do dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 63, p. 203-238, jan./mar. 2011.

BRASIL. Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.071.741. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 604.725. Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 344.133. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: www.tst.jus.br/sumulas. Acesso em: 21 fev. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 309-310.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e inoperância**. In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HUPFFER, Haide Maria et al. **Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 8. n. 1. p. 109-129, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a05.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015. vol.8 no.1 São Paulo Jan./Jun. 2012. p. 118.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A responsabilidade do Estado**. In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 30. p. 35/44, abr./jun. 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de Responsabilidade civil do Estado.** In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado.**4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

OLIVEIRA, Helli Alves de. **Da responsabilidade do Estado por danos ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

RECEBIDO EM: 22/01/2016
APROVADO EM: 19/02/2016