NOTAS E COMENTÁRIOS

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO POR DANOS AO MEIO AMBIENTE*

TOSHIO MUKAI**

1. Introdução. 2. A responsabilidade civil do Estado por ato ou omissão da administração. 3. Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente. 4. Excludentes da responsabilidade solidária da administração. 5. Observação final e necessária.

1. *Introdução*

Aguiar Dias, um dos melhores estudiosos do tema da responsabilidade civil entre nós, informa que Roland Drago, Professor da Universidade de Paris, dizia ter sempre existido o dano ecológico, como forma de lesão às pessoas e às coisas pelo meio em que vivem. E que as soluções criadas pelo direito, constantemente superadas e envelhecidas, sempre exigiram renovação permanente.

Mas afirma o professor francês: "Nunca, porém, o divórcio entre o fato e o direito foi tão grande como agora, quando o dano ecológico sofre verdadeira agravação geométrica, por influência do tremendo perigo criado pelas conquistas científicas que não foram seguidas por iguais provisões por parte dos seus responsáveis."[1]

Embora já tenhamos no Brasil legislação específica disciplinando a questão, inclusive contemplando a teoria objetiva da responsabilidade civil por dano ecológico (como sabemos), o tema que nos cabe desenvolver, podemos dizê-lo, pelo menos após as pesquisas a que procedemos, é inédito, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras.

* Conferência pronunciada no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, realizado de 11 a 13 de novembro de 1987, em Curitiba, PR.

** Doutor em direito pela Universidade de São Paulo; professor de direito administrativo na Universidade Mackenzie.

1 Apud Dias, Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983. v. 1, p. 524.

Com efeito, talvez porque a luta contra a deterioração do nosso meio ambiente seja algo recente, ainda não temos na doutrina, salvo engano, preocupação específica com a responsabilidade solidária da administração com o poluidor ou predador, pelos danos causados por estes ao meio ambiente, nem, talvez, registros de casos jurisprudenciais que tenham decidido tal questão.

Daí a necessidade de os doutrinadores iniciarem, através de reflexões ponderadas e adaptações das teorias e das abrangências ou restrições fornecidas pelo direito público, o equacionamento dessa questão, reclamada pelos fatos, para que possamos adequar o direito às exigências da proteção eficaz do meio ambiente.

Pode-se verificar, no geral, que a destruição do meio ambiente, os atos predatórios e prejudiciais à coletividade, são produto de ações, atos e atividades normalmente ocasionados por comportamentos dos particulares (embora possam sê-lo também pela própria administração e de seus delegados), através de:

a) empreendimentos ou atividades sujeitos a aprovações do poder público, pois todas as atividades potencialmente poluidoras ou predadoras do meio ambiente estão sob o guante do poder de polícia administrativa, em tese;

b) ações voluntárias dos particulares que, embora sujeitas à prévia aprovação e/ou fiscalização da administração pública, são encetadas conscientemente de forma clandestina, ou à socapa da vigilância daquela;

c) acidentes ecológicos decorrentes de causas múltiplas, com culpa ou dolo;

d) danos ecológicos ocasionados por fatos da natureza.

Para que possamos indicar, em seguida, as hipóteses e circunstâncias em que cabe a responsabilidade solidária da administração, bem como verificar em que termos aquela responsabilidade é empenhada nas hipóteses relacionadas, mister se faz que assentemos algumas premissas sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, com base em nossa doutrina, na jurisprudência e no direito positivo (art. 107 e parágrafo único da Constituição da República).

É o que faremos a seguir.

2. *A responsabilidade civil do Estado por ato ou omissão da administração*

2.1 Responsabilidade civil da administração no Brasil: regras gerais conforme a doutrina e a jurisprudência

O tema tem sido versado por grandes juristas pátrios.[2]

A doutrina brasileira, pelo estudo das lições desses grandes juspublicistas, pode-se averiguar, não deixou qualquer aspecto tradicional órfão de análise,

[2] Bandeira de Mello. Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados.* Editora Revista dos Tribunais, 1981; Bandeira de Melo, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.* Rio de Janeiro, Forense, 1969; Cavalcanti, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado.* Atualiz. Aguiar Dias. Borsoi, 1957. 2 v.; Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo.* 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964; Cretella Jr.,

tendo produzido literatura jurídica riquíssima sobre o tema da responsabilidade civil do Estado.

Entretanto, o tema da responsabilidade solidária pelo dano ecológico, por ser assunto recente, não recebeu acurada análise até o presente.

Em face dos estudos produzidos no Brasil e, ainda, da jurisprudência majoritária, pode-se concluir, a propósito do tema, no geral:

a) no Brasil nunca vigorou a teoria da irresponsabilidade do Estado;

b) a responsabilidade civil subjetiva do Estado foi, desde 1917, quando entrou em vigor o art. 15 do Código Civil, a regra única adotada entre nós, até o advento do art. 194 da Constituição de 1946, que introduziu a teoria do risco administrativo;

c) a teoria do risco integral, adotada em outros países mais adiantados, não é acolhida no Brasil, daí ser possível a exclusão da responsabilidade civil do Estado, havendo culpa da vítima ou motivo de força maior;

d) a teoria da *faute du service public* ou da *culpa anônima do serviço* está profusamente acolhida entre nós, especialmente em nossa jurisprudência;

e) embora haja autores que entendam que desde 1946 somente há falar em responsabilidade objetiva da administração, parte da doutrina e maciça jurisprudência demonstram que continua a ser possível empenhar-se a responsabilidade civil do Estado por culpa, seja do funcionário (em termos amplos), seja do serviço (não funcionou, funcionou mal ou tardiamente);

f) a responsabilidade civil da administração exsurge de comportamentos comissivos ou omissivos;

g) a Administração pode ser responsável por danos causados por ações decorrentes de atos legais ou ilegais;

h) em princípio, a Administração não responde civilmente por atos de terceiro, por culpa *in omittendo* provenientes de medidas de polícia.

2.2 Discussão em torno do art. 107 da Constituição vigente

Os autores que analisaram o art. 194 da Constituição de 1946 e o art. 107 da atual são unânimes em proclamar a responsabilidade objetiva, ou o risco administrativo do Estado, entre nós. Também há uniformidade em se dar à palavra *funcionários* o sentido mais amplo possível; e a maioria não exclui a culpa.

José. *O Estado e o dever de indenizar.* Rio de Janeiro, Saraiva, 1980. Dias, Aguiar. op. cit.; Falcão, Alcino Pinto. Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público. *RDP, 11*:45; Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 13. ed. Editora Revista dos Tribunais, 1987; Paiva, Alfredo de Almeida. Responsabilidade civil do Estado. *RDA,* 33:84. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946.* 3. ed. Borsoi, 1960; Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1957; Tácito, Caio. Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado. *RDA, 55*:271.

Assim, Hely Lopes Meirelles entende que a Constituição só atribui responsabilidade objetiva à administração pelos danos causados por seus funcionários, nessa qualidade, a terceiros, só cobrindo, portanto, o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos. A administração não foi responsabilizada objetivamente por atos predatórios de terceiros nem por fenômenos naturais que causem danos. Estes fatos, no entanto, devem empenhar a responsabilidade civil da administração, observando-se o princípio geral da culpa civil.[3]

A doutrina, em geral, para chegar à conclusão de que o art. 194 da Constituição de 1946 (art. 107 da atual) contemplava a teoria objetiva, faz o seguinte tipo de raciocínio, de resto irrepreensível: se o elemento *culpa* somente aparece no parágrafo único para legitimar a ação regressiva do Estado contra o funcionário causador do dano, sendo omitido no *caput*, é porque, à evidência, aí está sufragada a responsabilidade sem culpa.

Mas Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entendeu que os textos constitucionais mencionados adotaram tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva do Estado. Na primeira apenas o Estado será responsabilizado; na segunda, se for possível individualizar o agente com culpa ou dolo, este também responderá e, se não houver tal possibilidade, pelo fato decorrer do serviço, da sua organização e funcionamento, ante sua característica anônima, caber somente a responsabilidade ao Estado.[4]

Para nós, o art. 107 comporta, na verdade, tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva, porquanto quem pode ter empenhada sua responsabilidade sem culpa, por maior razão, evidentemente, a tem com culpa. Em outros termos, está implícita, no art. 107 da Constituição, a responsabilidade com culpa, por ter o dispositivo sufragado a responsabilidade sem culpa.

Já com relação à inteligência da palavra *funcionários*, os autores entendem-na em seu sentido mais amplo possível, significando que ela abriga todos aqueles que estejam inseridos em um serviço público, em virtude do que seus atos são considerados atos do Estado.[5]

Quem melhor interpretou aquela expressão, a nosso ver, foi o Ministro Moreira Alves, no voto no RE n.º 85.079: "E como a pessoa jurídica de direito público atua por meio de seus funcionários, é mister que o dano resulte, direta ou indiretamente, de atos destes, no exercício de suas funções. O que implica dizer que não é indispensável que o prejuízo decorra, diretamente, de ato material de execução do funcionário. Por isso é que se explica a responsabilidade objetiva do Estado pelo fato mesmo da obra, sem culpa do empreiteiro que a está executando, e que portanto, materialmente, foi quem, de modo direto, deu causa ao prejuízo." E concluindo: "A alusão feita pelo art. 107 da Constituição Federal a funcionário, no exercício de suas funções, diz respeito não

[3] Meirelles, Hely Lopes, op. cit. p. 553.
[4] Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, op. cit. v. 2, p. 486-7.
[5] Pondé, Lafayette. Notas sobre o funcionário público. *RDP, 23*:10.

necessariamente, a que o ato que tenha diretamente causado prejuízo haja sido praticado por funcionário público, atuando como tal, mas sim, a que a este se prenda. É quanto basta para imputar-se o dano ao Estado."[6]

Portanto, a expressão "que seus funcionários, nessa qualidade (...)" significa, no art. 107 da Constituição, que um dano é imputável ao Estado, porque este atua através daqueles. Daí a irrelevância de se individualizar, em determinado funcionário, a prática do ato danoso, o que implica dizer que a simples culpa anônima do serviço também está acolhida pelo mesmo dispositivo constitucional.

Por fim, os autores vêem no texto, tanto no ato comissivo quanto no omissivo, a causa do ato danoso. Celso Antônio Bandeira de Mello, entretanto não partilha desse entendimento, pois afirma que a palavra *causados* do art. 107 somente abrange os atos comissivos, mas não os omissivos, dissertando que os atos positivos causam danos e os atos negativos condicionam o evento danoso, razão por que, para ele, os danos provenientes dos comportamentos omissivos não estão abrangidos pela disposição constitucional, sendo, portanto, resolvidos pela teoria da responsabilidade subjetiva, de acordo com a regra constante da segunda parte do art. 15 do Código Civil.[7]

Dissentimos do ilustre autor, embora reconheçamos que seu raciocínio é deveras impressionável. É que a assertiva de que o ato comissivo seja causa e o ato omissivo não o seja, quando muito podendo ser condição do dano, não nos parece procedente.

Com efeito, as obrigações, em direito, comportam causas, podendo estas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito. Ora, causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo o fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou de não fazer).

Destarte, tanto da lei, quanto do contrato e, ainda, do ato ilícito, podem surgir, por omissão, a obrigação de indenizar, o que demonstra que, pelo menos em tema de obrigações, a omissão ou o comportamento omissivo podem ser causa e não condição.

Em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa e não a simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave de representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa *in omittendo*) aparece; se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário,

[6] Brasil. Supremo Tribunal Federal. O Estado responde perante a terceiros, solidariamente com o empreiteiro, pelos danos causados na execução de obra pública por empreitada. Cabe correção monetária na indenização de danos materiais. RE nº 85.079 de São Paulo. Prefeitura Municipal de São Paulo *versus* S.A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo, Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 21 fev. 1978. *RDA, 136:*165-6.

[7] Bandeira de Mello, Celso Antônio. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. In: *Responsabilidad del Estado.* Tucumán, Unsta, 1982, p. 120 e segs.

incapaz de ser caracterizado como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade civil do Estado.

Portanto, verifica-se que o art. 107 da Constituição Federal contempla, além da responsabilidade por atos comissivos, aquela que decorre de atos omissivos.

Entretanto, é sempre necessário lembrar, como deixamos transparecer, que a omissão só é causa quando ela representa o fator preponderante do dano causado pelo terceiro.

Aliás, Aguiar Dias afirma que "*causa* não se confunde com *culpabilidade*, pelo que esta, sem revestir aquele caráter, é irrelevante para a imposição da obrigação de reparar. Assim, só é *causa* aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se, numa sucessão de fatos, *mesmo culposos*, apenas um, podendo evitar a conseqüência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, *só ele é causa*, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se, ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria se não houvesse a conjugação deles, esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas."[8]

Por isso, conclui Aguiar Dias: "Seja simplesmente omissiva, seja comissiva, desde logo se evidencia que a inércia da administração empenha a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público e conseqüente obrigação de reparar integralmente o dano causado, *na forma do art. 107 da Constituição*, que não exige sequer a prova de culpa, mas somente a relação de causalidade entre aquela e o dano."[9]

Na jurisprudência, a seu turno, encontramos decisões que alicerçam o quanto afirmamos.

Assim:

1. "O Estado não responde por ato culposo ou doloso de terceiro" (STF, Segunda Turma, n.º 86.856, relator o Ministro Cordeiro Guerra, 4.10.77).[10]

2. "A administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa. Interpretação do art. 194 da Constituição de 1946" (STF, Segunda Turma, RE n.º 61.387, relator o Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, 29.5.1968).[11]

3. "Responde civilmente o município por culpa no caso de prejuízos causados por inundações" (STF, Primeira Turma, Ag. n.º 58.561, relator o Ministro Aliomar Baleeiro, 23.10.73).[12]

4. No RE n.º 61.387, antes citado, o Ministro Themístocles Cavalcanti, em voto lapidar sobre o tema, dizia: "A verdade é que o ponto sensível da contro-

[8] Dias, Aguiar. op. cit. p. 528-9.
[9] Id. ibid. p. 729.
[10] *RDA, 133*:199.
[11] *RDA, 97*:177.
[12] *RDA, 122*:169.

vérsia em torno dos problemas da responsabilidade são os casos de ação ou falta de providências do serviço. É o que já se chamou de inércia da administração na execução de serviços públicos, que visa a segurana da população e dos usuários (Pierre Montané de La Roque, *L'inertie des pouvoirs publics*. Paris, 1950)." E completava: "Estou, neste ponto, com René Chapus, em seu excelente livro *Responsabilité publique et responsabilité privée, que somente a culpa grave* acarreta a responsabilidade do Estado, porque não é possível alargar essa responsabilidade a todos os danos causados por fatos atribuídos a serviços que, em tese, estariam a cargo do Estado."[13]

Além disso, como já dito, a responsabilidade do Estado, segundo o art. 107 da Constituição, exsurge tanto dos atos lícitos quanto dos atos ilícitos da administração, posto que, como vimos, a disposição contempla tanto a responsabilidade objetiva (sem culpa) quanto a subjetiva (com culpa).

Nesse sentido: "Cabe indenização à empresa exploradora de madeiras, proibida de tombar suas matas, por força de lei e de ato administrativo."[14] Veja-se ainda, o voto do Ministro Aliomar Baleeiro, no Ag. n.º 58.651: "Há mais de 40 anos, pelo menos, registram-se julgados dos tribunais brasileiros, que condenaram pessoas de direito público pela falta do serviço público oriunda de omissão em providências contra danos produzidos por chuvas excepcionais."[15]

2.3 A responsabilidade civil do Estado por fato de outrem e o exercício do poder de polícia administrativa

Neste subitem procuraremos detalhar alguns aspectos jurídicos relacionados com a eventual responsabilidade do Estado por fato de outrem e também aquela decorrente do exercício do poder de polícia, no seu aspecto omissivo.

Desde logo, pode-se verificar que estamos aqui perante a responsabilidade com culpa da administração.

Quanto a este ponto, estamos com Celso Antonio Bandeira de Mello, que leciona:

"Só o exame concreto dos casos ocorrentes poderão indicar se o serviço funcionou abaixo do padrão a que estaria adstrito por lei. Donde, nos casos de omissão, o engajamento da responsabilidade estatal depende de que a falha seja dolosa ou culposa. Cumpre que o Estado, ante um caso de atendimento possível, por inerente ao serviço legalmente instituído, haja se revelado, pelo menos, negligente, desidioso, imprudente ou imperito."

Mas, adverte: "É óbvio que nem todos os serviços estatais podem ser tão perfeitos que estejam em condições de acobertar todos os administrados contra

[13] *RDA, 97*:180-1.
[14] Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. AC nº 157.29. Relator: Juiz Maércio Sampaio. Quinta Câmara Cível. Acórdão de 4.8.71. *RDA, 109*:172.
[15] *RDA, 122*:169.

todos os riscos que a vida coletiva enseja. Eis por que descabe responsabilizar o Estado pela omissão em prevenir *quaisquer* inundações, incêndios e assaltos (...) a responsabilidade só irromperá se for demonstrável que a falta do serviço decorreu, não das contingências inerentes à limitação normal de um serviço de segurança, mas à incúria, ao desmazelo, à imperícia de seus agentes."[16]

Portanto, somente a culpa grave, capaz de ser caracterizada como *causa* do ato danoso praticado por terceiro, empenha a responsabilidade da administração (art. 107, *caput*, da Constituição Federal).

É evidente que não estamos aqui enquadrando a hipótese da responsabilidade decorrente da obra pública, pois nesta hipótese a responsabilidade do Estado é objetiva, porque fato lícito decorrente de ato administrativo lícito que a autoriza.

Quanto aos danos provenientes de atos ou fatos praticados ou produzidos por terceiros, sujeitos às medidas de polícia, essa situação segue naturalmente o quanto dito antes sobre os serviços públicos, conquanto haja peculiaridades próprias nelas.

Assim, Amaro Cavalcanti observa a propósito: "Quando de tais medidas resulta um dano direto à propriedade privada, se tem procurado distinguir as hipóteses: se o dano provém de ato positivo (culpa *in faciendo*) bem caracterizado, a indenização pode ser admitida como um dever de justiça, à vista das circunstâncias; se, porém se trata de dano atribuído à omissão do respectivo funcionário ou autoridade em evitar o ato lesivo de terceiros (culpa *in omittendo*), se tem decidido que a indenização não deve ter lugar (STF 21.7.1897; 20.6.1900 e 26.12.1900; acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29.6.1899 e 7.4.1900)."

E acrescenta: "Não fazemos dúvida em aceitar, como verdadeiro, o princípio de 'que, só excepcionalmente, deve o Estado prestar indenização pelo dano *in omittendo*, proveniente das medidas policiais, mas entendemos que esse direito, embora de exceção, precisa ser realmente atendido e reconhecido nos casos em que se verificar que, da negligência proposital ou culposa do funcionário é que resultará a lesão do direito individual.'"[17]

Com inteiro acerto, a nosso ver, já ensinara Pedro Lessa: "Mas, se uma agressão contra a pessoa ou contra a propriedade, for conhecida e anunciada com tal antecedência e vistos de certeza, que a polícia administrativa deva e possa evitá-la, e não obstante, graças à inércia injustificável das autoridades, o atentado se realizar, animado ou auxiliado pela indiferença dos agentes de segurança pública, ao Estado incumbe indenizar o dano causado."[18]

[16] Bandeira de Mello. Celso Antônio. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. In: *Responsabilidad del Estado*. Tucumán, Unsta, 1982, p. 123.
[17] Cavalcanti, Amaro. op. cit. p. 628-9.
[18] Lessa, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro. Francisco Alves. 1915. p. 170-1.

Portanto, transportando-se tais considerações, que estão referidas ao tema da polícia judiciária, para o da polícia administrativa, pode-se afirmar que os atos ou comportamentos danosos de terceiros sujeitos à polícia administrativa do Estado somente empenham a responsabilidade civil deste com culpa grave; em outros termos, o só fato de existir um aparelhamento administrativo destinado ao exercício de determinado tipo de polícia administrativa não pode empenhar a responsabilidade civil do Estado por atos ou fatos danosos causados por particulares.

Não se há, assim, que se visualizar um pode-dever geral de polícia administrativa do Estado, capaz de, em caso de evento danoso causado por particular, empenhar automaticamente a responsabilidade civil daquele.

Para ilustrar essa assertiva, basta-nos imaginar a hipótese dos danos que ocorrem no trânsito. Existe a polícia administrativa do trânsito, em nível federal, estadual e municipal, e nem por isso o poder público é responsabilizado solidariamente com os autores dos danos, pelos que ocorrem diuturnamente no país.

De outro lado, e decorrente desta postura, somente os danos produzidos por terceiros, em que a administração possa ter atuado com culpa grave e omissão injustificável, é que podem vir a empenhar a responsabilidade estatal. Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os seguintes:

a) *fato da natureza*, cuja lesividade o poder público não obstou, embora devesse fazê-lo; sirva de exemplo o alagamento de casas ou de depósitos, por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão do poder público em limpar os bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão;

b) *comportamento material de terceiros*, cuja atuação lesiva não foi impedida pelo poder público, embora pudesse e devesse sê-lo. Cite-se, por exemplo, o assalto processado diante de agentes policiais inertes e desidiosos."[19]

A segunda hipótese é aquela que ocorre no tema de que vimos nos ocupando neste subitem.

2.4 A responsabilidade civil do Estado por atos administrativos

Como vimos, o art. 107 da Constituição Federal autoriza a interpretação segundo a qual a responsabilidade civil da administração pode decorrer de atos lícitos e ilícitos.

[19] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 149-50.

O ato administrativo é legal, isto é, lícito, mas acaba por produzir um dano especial ao particular. É o caso da execução de obra pública, que normalmente é autorizada por um ato administrativo legal. Os danos aí serão suportados pela administração com base na responsabilidade objetiva ou do risco.

O ato administrativo é ilegal, portanto ilícito. Neste caso, a ilegalidade é condição necessária mas não suficiente para empenhar a responsabilidade do Estado por "falta do serviço público". É o que leciona Delbez: "A simples constatação da ilegalidade do ato (plano do direito) não permite que se passe diretamente para a falta da administração (plano dos fatos), nem sequer em caso de um dano induvidável."[20]

A grande maioria da doutrina moderna comparte dessa idéia "que considera que certas ilegalidades cometidas pela administração devem ser consideradas como ilegalidades veniais, as quais não alcançam o grau de gravidade suficiente para constituir uma falta do serviço".[21]

Laubadère[22] afirma que a jurisprudência francesa dissociou, com efeito, as noções de ilegalidade e responsabilidade: uma medida ilegal, suscetível de anulação enquanto tal, não abre sempre um direito à reparação.

Bénoit esclarece que a ilegalidade que afeta uma decisão administrativa só constitui uma falta na medida em que não seja excusável, e que, no estado atual da jurisprudência francesa, todas as ilegalidades cujas fontes são propriamente jurídicas são consideradas como inexcusáveis: "(...) assim a violação da lei e o erro nos motivos, procedentes de um erro de direito, do desvio de poder e da incompetência, são motivos de anulação que dão lugar sempre à responsabilidade, desde o momento em que haja danos. Ao contrário, a violação da lei por erro de fato dá lugar a uma apreciação, caso por caso, porque há erro de fato que pode parecer excusável, em função das dificuldades do serviço."[23]

Enfim, no dizer de Blasco Esteve, "há ilegalidades que indicam, por sua inexcusabilidade, que o serviço funcionou anormalmente", enquanto "outras (...) são atribuíveis a um funcionamento normal dos serviços públicos(...). Estas podem dar lugar a indenização, desde que o dano constitua um sacrifício especial (...); se não o constitui, não existe responsabilidade" porque os "danos causados por este tipo de ilegalidade devem ser aqui suportados sem compensação, já que respondem à 'margem de tolerabilidade' dos atos lícitos."[24]

Alguns dados importantes são indicados para se saber se um ato administrativo comporta ilegalidades excusáveis ou inexcusáveis.[25]

[20] Delbez, L. De l'excés de pouvoir comme source de responsabilité. *RDP*, 1932, p. 449.
[21] Blasco Esteve, A. Avelino. *La responsabilidad de la administración por actos administrativos*. 2. ed. Madrid, Civitas, 1985. p. 141.
[22] *Traité élémentaire de droit administratif*. 5. ed. Paris, TI, 1970. nº 1.171.
[23] Apud Blasco Esteve, A. Avelino, op. cit. p. 141.
[24] Blasco Esteve, A. Avelino, op. cit. p. 233-4.
[25] Id. ibid. p. 227-8.

O primeiro critério de distinção é o de considerar em geral como inexcusáveis as ilegalidades manifestas.

Outro elemento que deve ser levado em conta é o das características e meios de que dispõe o serviço para fazer frente à sua missão: um ato ilegal prejudicial ditado por um pequeno município com meios próprios limitados, não é o mesmo que uma ilegalidade cometida pela administração do estado, com abundância de pessoal e meios financeiros.

Outro critério é a maior ou menor precisão no ordenamento para distinguir as ilegalidades que implicam funcionamento anormal das que não o implicam. Os erros de interpretação do direito, por exemplo, devem ser valorados em função da clareza da norma aplicada, para que a ilegalidade seja inexcusável ou não. Se a ilegalidade fosse cometida por obscuridade da norma, seria rigoroso admitir que a Administração teria de indenizar em todo caso.

Finalmente, o último dado a ser levado em conta é possivelmente a matéria sobre a qual recaia o ato ilegal; há matérias em que não é excusável qualquer ilegalidade, como, por exemplo os "direitos e liberdades públicas".

Assim, vemos que a responsabilidade civil do Estado, decorrente de atos administrativos ilícitos, pode ou não *emergir*: de atos ilegais que sejam inexcusáveis, que indicam que o serviço tenha funcionado anormalmente; de atos ilegais atribuíveis a um funcionamento normal dos serviços (atos ilegais excusáveis), desde que dêem lugar a um sacrifício especial (como ocorre nos atos lícitos); de atos ilegais, nas condições anteriores, mas que deles não decorra um sacrifício especial, inexistindo então (onde existe a "margem de tolerabilidade") a responsabilidade da administração.

Aplicam-se tais regras somente nas hipóteses de danos ao meio ambiente emergentes de atividades e/ou empreendimentos diretamente relacionados com expedições de licenças pelo poder público.

3. *Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente*

A responsabilidade solidária da administração com terceiros, entre nós, é admitida, conforme mostrou o Ministro Moreira Alves no RE n.º 85.079: "O prejudicado pode acionar um ou outro ou conjuntamente, à semelhança do que decidiu o STF, ao julgar o RE n.º 84.328 (Pleno, sessão de 13.4.77), quando encampou a tese da responsabilidade solidária do dono da obra (mesmo sem culpa) e do construtor."[26]

Em tema de meio ambiente, Paulo Affonso Leme Machado assevera: "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,

[26] *RDA, 136*:166.

para a propriedade ou para os recursos naturais, mesmo com a observância dos padrões oficiais, o poder público deve responder solidariamente com o particular."[27]

Essa responsabilidade solidária haverá de ser buscada em juízo, através da Lei n.º 7.347/85, pois, como observa Hely Lopes Meirelles, "a legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais, autarquias e paraestatais, porque tanto estas como aquelas podem infringir normas de direito material de proteção ao meio ambiente ou ao consumidor, incidindo na previsão do art. 1.º da Lei n.º 7.347/85, e expondo-se ao controle judicial de suas condutas."[28]

A responsabilidade pelo dano ecológico, entre nós, é objetiva, segundo a Lei n.º 6.938/81, e também conforme a Lei n.º 6.453/77, que dispõe sobre a responsabilidade por danos nucleares.

Justifica-se a adoção desse sistema pelo legislador pátrio, pois, como observara Aguiar Dias, "(...) como, porém, não é suficiente, para atender aos casos em que a culpa não pode ser claramente identificada, a doutrina e a jurisprudência se firmaram, de preferência, à teoria do risco criado, também já utilizado antes do surto excepcional das atividades poluidoras."[29] Vejamos então, agora, como é que o dano ecológico acarreta a responsabilidade solidária da administração, de acordo com as várias formas pelas quais ele pode aparecer, ao início, adotando-se as regras jurídicas vistas no item anterior.

3.1 Responsabilidade solidária da administração nos empreendimentos sujeitos a aprovações do poder público, no exercício do poder de polícia

Aqui, a responsabilidade solidária pode exsurgir nos seguintes casos:

a) pelo critério da teoria objetiva, de licenças ou autorizações legais, desde que haja um dano especial (sacrifício especial) ao meio ambiente, afetando determinadas pessoas da comunidade;

b) pelo critério da teoria subjetiva, se o ato administrativo de licença for ilegal e inexcusável, a indicar manifestamente o mau funcionamento do serviço;

c) pelo critério da culpa, se o ato de licença for ilegal, atribuível a um funcionamento normal do serviço, desde que o dano seja especial e não comporte uma "margem de tolerabilidade";

[27] Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 93.
[28] Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública*. 11. ed. Editora Revista dos Tribunais. 1987. p. 119.
[29] Dias, Aguiar. op. cit. p. 527.

d) pelo critério da culpa, quando a licença é legal, mas o particular implantar o empreendimento ao arrepio daquela, tendo em vista a existência aí de culpa *in vigilando* ou *in omittendo* da administração.

Pode ocorrer aqui uma hipótese em que é excluída a responsabilidade solidária da administração: quando a licença é ilegal, atribuível a um funcionamento normal do serviço, excusável a ilegalidade, e desde que dela não nasça um dano especial, comportando-se dentro de uma "margem de tolerabilidade", como nos atos administrativos lícitos.

3.2 Responsabilidade solidária da administração por ações voluntárias dos particulares, encetadas de forma clandestina

Nesta hipótese aplica-se a tese da responsabilidade da Administração, por omissão e por culpa grave. Como vimos, o Estado, só pelo fato de manter um aparelho administrativo destinado ao exercício do poder de polícia em tema de meio ambiente, não pode ser responsabilizado solidariamente com o poluidor ou predador em todos os casos.

Destarte, somente quando o evento danoso puder ser atribuído diretamente à omissão do agente público é que haverá a responsabilidade da administração, posto que surge aí a culpa *in omittendo* do Poder Público.

Em outros termos, a responsabilidade solidária da Administração, na espécie, dependerá de fatos que comprovem que ela teve conhecimento do iminente dano e não tomou providência; aqui, a inércia é que empenhará a responsabilidade solidária. Portanto, há necessidade de demonstrar que a culpa existiu pela incúria, pelo desmazelo ou pela recusa em impedir o evento danoso, evidentemente, com a condição de que o ato lesivo poderia ter sido impedido pelo Poder Público.

Destarte, se o dano ao meio ambiente se deu por ato particular, à socapa da vigilância e fiscalização da administração, a responsabilidade solidária desta inexistirá.

3.3 Responsabilidade solidária da administração por acidentes ecológicos decorrentes de causas múltiplas com culpa ou dolo

Nesta hipótese, se o acidente decorrer de culpa grave, *in vigilando* ou *in omittendo* da administração, ou ainda de aprovações ilegais ou legais da mesma, e existindo, neste último caso, sacrifício especial, considerando o que expusemos em relação às duas hipóteses anteriores, não há dúvida de que a responsabilidade solidária emergirá.

Se, contudo, o acidente ocorrer independentemente de ato da Administração (comissivo) ou de sua omissão grave, não se poderá falar em responsabilidade solidária.

Por outro lado, quando o acidente ecológico advir de ação ou omissão em relação a materiais ou equipamentos (ou deles decorrentes) de sua titularidade ou cujo manuseio, guarda, fiscalização etc., ou ainda, cuja competência constitucional e/ou legal lhe pertença, quanto à exploração, a responsabilidade é direta e objetiva da administração, em princípio (exemplo: a Lei n.º 6.453, de 1.977; observe-se, no art. 15, que "os danos resultantes de materiais ilicitamente possuídos e não relacionados a qualquer operador devem ser suportados pela União").

3.4 Responsabilidade solidária da administração por danos ecológicos ocasionados por fatos da natureza

Neste caso já existem exemplos jurisprudenciais no Brasil, análogos e numerosos, onde, pela aplicação da teoria da culpa anônima do serviço, em muitas hipóteses, o poder público foi condenado civilmente a indenizar os prejuízos. É o que ocorre no caso das inundações, se a limpeza dos bueiros e das galerias de águas pluviais e a canalização dos córregos não foram, a tempo, efetivadas, antes da previsível precipitação pluviométrica.

No caso do meio ambiente, se o proprietário particular procedeu a intenso desmatamento de encostas de morros, por exemplo, com a complacência da administração, e, em virtude desse fato, os fenômenos naturais (chuvas intensas) vêm ocasionar deslizamentos e danos ao meio ambiente, criou-se aí a responsabilidade solidária.

4. *Excludentes da responsabilidade solidária da administração*

A administração pública no Brasil, como vimos, tem sua responsabilidade civil empenhada com base no art. 107 da Constituição, que, segundo a maioria da doutrina e maciça jurisprudência, acolheu a teoria do risco administrativo, mas não a do risco integral.

Assim, a administração não responde por danos ocorridos por culpa da vítima ou por motivo de força maior. Já na hipótese de caso fortuito, a administração responde "por estar este último no risco do serviço (...), aparecendo no caso fortuito a vontade na organização e funcionamento do serviço."[30]

Além disso, em algumas hipóteses não se poderá empenhar a responsabilidade solidária da administração, como: nas situações em que o poluidor ou o preda-

[30] Cavalcanti, Themístocles Brandão, op. cit. p. 415.

dor do meio ambiente cause dano clandestinamente, sem culpa grave (por omissão) do poder público; quando aqueles implantam empreendimentos e/ou atividades com base em licença ilegal, mas atribuível a ilegalidade ao funcionamento normal do serviço, sem dano especial; quando ocorrer acidente ecológico independentemente do comportamento comissivo ou omissivo da administração.

5. *Observação final e necessária*

Como se observa, não fundamos a responsabilidade solidária da administração no § 1.º do art. 14 da Lei n.º 6.938/81, que reza: "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", pela simples razão de que o texto constitucional não pode ser olvidado, para aplicarem-se, em relação aos danos causados pelo Estado, seja em tema de meio ambiente ou qualquer outro, disposições normativas infraconstitucionais, que desautorizem a Constituição.

Por essa razão, e como demonstramos, sendo entendimento da maciça doutrina e jurisprudência, que o art. 107 da Constituição acolhe a teoria do risco administrativo, e não a do risco integral, não se pode aplicar em relação à administração, nos casos de responsabilidade solidária com o poluidor e/ou predador do meio ambiente, esta última teoria, que alguns autores entendem estar acolhida no referido § 1.º do art. 14 da Lei n.º 6.938",[31] sob pena de se cometer inconstitucionalidade flagrante.

Daí prescindirmos, acerca do tema, da aplicação do mencionado dispositivo da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, para extrairmos as conclusões que apresentamos exclusivamente do art. 107 da Constituição. Registramos esta observação elementar apenas para fins de clareza.

Fica aqui nossa modesta contribuição para os estudos relativos ao tema da responsabilidade solidária da administração pelos danos causados ao meio ambiente pelos particulares.

[31] Cf. Nery Jr., Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública. *Justitia, 126*:68-87; Machado, Paulo Affonso Leme. *Ação civil pública e tombamento.* Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 46-7.