

## RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR DANO AMBIENTAL COM BASE NO RISCO CRIADO

TOSHIO MUKAI\*

Sabe-se que, em tema de responsabilidade civil, a regra é a da prevalência da teoria subjetiva, podendo, em relação a determinados assuntos, por previsão legal expressa, ser essa responsabilidade de ordem objetiva, ou seja, independente da demonstração de culpa ou dolo<sup>1</sup>.

Porém, também é sabido que a teoria objetiva se assenta na idéia de risco.

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade Civil* — 4ª ed. — Forense, Rio, 1993), “em termos de responsabilidade civil, o risco tem sentido especial, e sobre ele a doutrina civilista, desde o século passado vem-se projetando, com o objetivo de erigi-lo em fundamento do dever de reparar, com visos de exclusividade, ou como extremação teórica, oposta à culpa”. (p. 277)

E, como adverte o referido autor, as discussões sobre o assunto geraram diversas teorias acerca das modalidades (subespécies) de risco: risco integral, risco profissional, risco proveito, garantia, a teoria dos atos anormais e a teoria do risco criado.

Como também se sabe, somente a primeira e a última ganharam reconhecimento no direito comparado.

Diz Caio Mário: “*No primeiro plano, e forte em comparação filosófica mais ampla emerge a idéia de que a responsabilidade civil não deve assentar em um conceito positivo. Abolindo a idéia de culpa, proclama-se que qualquer fato, culposo ou não culposos, deve impor ao agente a reparação, desde que cause um dano. Trata-se de uma tese puramente negativa. Não cogita de indagar como ou porque*

\* Mestre e Doutor em Direito (USP). Ex-Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (SP). Secretário da Sociedade Brasileira do Direito do Meio Ambiente. Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB — Cons. Federal.

1 Art. 927, Parágrafo único do Novo C. Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem”.

ocorreu o dano. É denominada doutrina do risco integral, que no campo do direito privado não fez escola, uma vez que os mais extremados objetivistas, procuram sempre subordinar a idéia de ressarcimento a um critério que retire o princípio da responsabilidade civil do universo incontrolável do ambiente aleatório. Sujeitando-se por isto às críticas mesmo dos partidários do risco, não prosperou no direito privado” (p. 279)

Quanto à teoria do risco criado, o autor assevera que a tendência do nosso direito positivo é pela sua admissão entre nós (p. 283).

Ao comentar sobre os seus requisitos, exige que estes sejam: a) — a ocorrência de uma dano; b) — relação de causalidade (nexo causal). Quanto a este segundo requisito afirma: “O elemento assim visado deve ser determinado em função de ser em decorrência da atividade (ainda que normal) do agente. É preciso então, como dizem Malaurie e Laurent, determinar a ‘função causal’ de cada uma das atividades, do autor e da vítima do dano, o que, de certo modo não é possível. Onde se situa, portanto, a presença deste elemento é na comprovação de que ‘o dano deve-se deduzir de uma apreciação objetiva das circunstâncias do acidente’” (p. 284).

Com relação ao Estado, nunca, em nossa história constitucional (desde a C. F. de 1946) abraçamos a teoria do risco integral. Hely Lopes Meirelles, já em 1966, no seu “*Direito Administrativo Brasileiro*” (p. 531 ) alude aos que sustentam a adoção, pela nossa Constituição, da teoria do risco integral, declarando-se energeticamente contrário a esse entendimento e preconizando a do risco administrativo.

Informa-nos José Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, Vol. II, 9ª ed. — 1994, p. 607) que “a opinião do exímio Seabra Fagundes é no sentido de que a Constituição adotou o princípio do risco criado (O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 2ª ed. — p. 218). Ela não importa, entretanto, adesão ao princípio do risco integral, pois as expressões não são sinônimas e as conseqüências que o grande tratadista tira daí comportam essa conclusão”.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal, desde longa data, a teoria do risco administrativo é que sempre predominou, como p. ex., em acórdão publicado na RTJ, vol. 52, p. 7, Relator o Min. Amaral Santos. Assim também, em outros arestos, o S.T.F. rejeitou expressamente a teoria do risco integral em relação ao Estado.

Para Aguiar Dias (ob. cit. p. 616): “A Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, sufragou o princípio do risco como regedor da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público...” (ob. cit. p. 616).

Antes de seguir à frente há que recordarmos, com Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (*Responsabilidade Civil do Estado*, AIDE — 1995), que entre as duas hipóteses, responsabilidade por risco administrativo ou por risco integral, existem diferenças. No risco integral, basta o nexo causal entre a conduta do agente e o dano resultante, baseando-se a responsabilidade nesta causação, não a excluindo nem o caso fortuito, ou força maior, nem a culpa exclusiva da vítima ou ofendido. O risco abarca todas as situações, sendo integral. No risco administrativo, mesmo exigível o nexo causal, há excludentes da responsabilidade estatal: culpa exclusiva da vítima e caso fortuito, ou força maior” (p. 17).

Informa o autor, que noticia Arnoldo Wald (“*Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado*”, AJURIS, vol. 58, p. 158/171 ), que, modernamente, tanto

a doutrina como a jurisprudência brasileiras consagram a responsabilidade objetiva, por risco administrativo.

Outro aspecto assaz importante foi ressaltado pelo Desembargador Cavaliere Filho (*Programa de Responsabilidade Civil* — Malheiros Ed., 2ª ed. — 3ª tir. — 1999):

“Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando mesmo a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa” (p. 162).

E, em outra passagem, assevera o autor:

“Destarte, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade” (p. 165).

E informa: “Convém ainda registrar que a nossa Suprema Corte reiteradamente decidiu que: ‘A responsabilidade objetiva, insculpida no art. 194 e seu parágrafo único da Constituição Federal de 1967 e 1969, arts. 105 e 107, respectivamente, não importou no reconhecimento do risco integral, mas temperado (RE 68. 107 — SP, rel. Ministro Thompson Flores, RTJ — 55/50-54). Ao fundamentar seu voto, o insigne Relator refere-se a outro voto que proferiu no RE 66.013 (RTJ — 51/704), sustentando que, ‘embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo. fê-lo com temperamentos para prevenir os excessos e a própria injustiça’”. Aduz, a seguir, que a teoria do risco não priva o Estado do propósito de eximir-se da reparação quando deflui do comportamento doloso ou culposos da vítima.

“A ‘contrário sensu’ — conclui — seria admitir a teoria do risco integral que obriga, a Administração a indenizar sempre, e que, pelo absurdo, levaria Jean Defroidmont a cognominá-la de ‘brutal’” (ob. cit. p. 165).

Quanto ao raciocínio jurídico, pelo qual, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, como vimos, acolheu, entre nós, a responsabilidade civil do Estado com base na teoria do risco administrativo, reportamo-nos ao que escrevemos no nosso “*Direito Ambiental Sistematizado*” (4ª ed. — Ed. Forense Universitária — 2002):

“Mas por que a teoria do risco administrativo e não a do risco integral?”

Se formos a Hely Lopes Meirelles, veremos esta sutil explicação: “A Constituição acolheu a teoria objetiva do risco administrativo, revogando em parte o art. 15 do C.C.”, mas “não chegou aos extremos do risco integral” porque “o que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (funcionários) dos danos causado por atos de terceiros, ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 194 (Carta de 1946) só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação, ou inação, dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1ª ed. — p. 494).

Da mesma forma, o Des. Sérgio Cavalieri Filho, assevera:

*“Duas outras conclusões podem ser extraídas do texto constitucional em exame. O Estado só responde pelos danos que ‘os seus agentes nessa qualidade’, causem a terceiros. A expressão grifada — seus agentes, nessa qualidade — está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito ‘entre a atividade do agente público e o dano’. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por quê responsabilizá-lo. Importa dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos servidores quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em razão dela. Não responderá igualmente, quando o dano de fato é exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e ‘futo de terceiro’, por isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexa causal”* (ob. cit. p. 166/167).

No mesmo diapasão e raciocínio jurídico, escreve Tupinambá Miguel Castro do Nascimento:

*“A ‘culpa exclusiva’ seja da vítima, seja de terceiro, que não seja o agente, nessa qualidade (§ 1º do art. 37 da C.F.), é causa excludente da responsabilidade estatal ‘porque desfaz o próprio nexa causal necessário’ à responsabilização. Com efeito, se a causa exclusiva, ou única, dos danos, é a culpa da vítima ou de terceiro, este sem qualquer vinculação com o Estado, ‘o nexa causal’ não tem origem na atividade da administração pública ou em sua omissão. Ao contrário, o nexa causal se daria entre o ato ou omissão culposos da vítima e os danos então resultantes. Esta excludente ataca a raiz da responsabilidade”* (ob. cit. p. 19).

Dessas lições doutrinárias e jurisprudenciais relativas à responsabilidade objetiva, retiramos, a orientação central da limitação dessa responsabilidade à teoria do risco administrativo: *é a redação do dispositivo constitucional que inadmite o acolhimento da teoria do risco integral.*

O texto atual, corresponde ao art. 194 da C. F. de 1946 e ao art. 107 da E.C. nº 1/69 é o § 6º do art. 37 da Constituição de 1988, *“in-verbis”*:

*“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...”*

Ora, se compararmos essa redação, que empenha a responsabilidade do Estado, somente quando houver uma ação ou omissão do agente público, nessa qualidade, que cause o dano (daí as excludentes já mencionadas), com o que prescreve o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, veremos que aquele mesmo raciocínio jurídico pode e deve ser feito.

Reza o referido dispositivo:

*“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’”*.

Destarte, segundo o texto que acolhe a responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais, é o *poluidor* que é obrigado a indenizar ou reparar os danos que *causar ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade*.

Portanto, da mesma forma que em relação ao Estado, há que haver um nexo causal entre o dano e uma ação do funcionário, nessa qualidade, para que aquele seja responsabilizado pelo dano, aqui também há que ficar configurado o nexo causal entre o dano ambiental e a terceiros, e o *poluidor, por sua atividade*.

Assim, não há falar em responsabilidade de um eventual “poluidor”, se houve ação de terceiros na causa do dano ambiental, vítima ou não, e, evidentemente, nesse rol, ainda está o caso fortuito (evento causado pela ação humana de terceiros) e a força maior (evento causado pela natureza).

Conclusões: à semelhança do que ocorre no âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, é que, no Direito positivo pátrio, a responsabilidade objetiva por danos ambientais é o da modalidade *do risco criado* (admitindo as excludentes da culpa da vítima ou terceiros, da força maior de do caso fortuito) e não a do risco integral (que inadmitte excludentes), nos exatos e expressos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, que, como vimos, somente empenha a responsabilidade de alguém por danos ambientais, se ficar comprovada a ação efetiva (atividade) desse alguém, direta ou indiretamente na causação do dano.

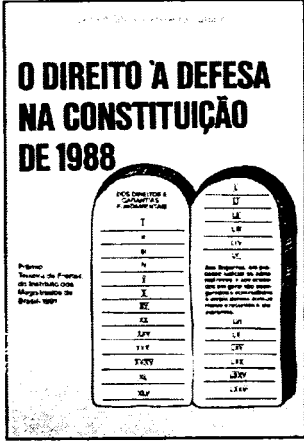
No mesmo sentido, lê-se em Alvino Lima — *Culpa e Risco*, Ed. Rev. Tribs., 2ª ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1998, p. 320: “*A responsabilidade pelo dano ecológico, à vista do disposto no art. 14 da Lei nº 6.938/81, na conformidade da jurisprudência atual, é objetiva, pois “obriga o poluidor a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, independentemente de existência de culpa.*”

Portanto, em cada caso concreto, haverá de existir a prova de dois pressupostos indispensáveis: *a existência do dano ambiental e seu nexo causal com a ação ou omissão do pretendo responsável que seja a causa eficiente do evento capaz de gerar o prejuízo a ser indenizado*”.

Fica, assim, definitivamente, demonstrada, que, em virtude do texto expresso da Lei nº 6.938/81, a responsabilidade pelo dano ambiental, é fundada na teoria do risco criado e não na do risco integral.

# O Direito à Defesa na Constituição de 1988

Jessé Torres Pereira Junior



O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, estendeu ao processo administrativo inominado e aos acusados em geral o direito à defesa e ao contraditório, até então garantias expressamente dirigidas apenas ao processo judicial penal e ao processo administrativo disciplinar. A aplicação do preceptivo constitucional pende de distinguirem-se, entre os numerosos e variados procedimentos que circulam no cotidiano dos órgãos e entidades da administração pública, aqueles que comportam a natureza de processo, e de identificarem-se, nas estruturas da organização social, os “acusados em geral”.

Ref. 0032  
Form. 14x21

Brochura 182 págs.  
1991

## O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas

*Luis Roberto Barroso*

Nesta obra, o autor sai a campo em defesa da efetividade da Constituição — cercada de ameaças das mais diversas origens — apontando caminhos, abrindo perspectivas, descobrindo soluções. Examina fatos históricos e fenômenos políticos — bases de análise da “frustração constitucional” em nosso país. Em seguida, expõe com minúcia os diferentes mecanismos de efetivação das normas constitucionais, percorrendo todas as ações instituídas pela Carta de 1988, com destaque para o mandado de injunção, o controle de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de segurança coletivo.

Ref. 0024 Brochura 449 págs.  
Form. 14x21 1999 4ª ed.

