

I CONGRESSO BRASILEIRO DA ADVOCACIA AMBIENTAL

OAB/MA – São Luis-MA

COORDENADORES

*Samir Jorge Murad
Luiz Carlos Aceti Júnior
Werner Grau Neto*



Alexandre Parigot de Sousa – Alexandre Oheb Sion – Antonio Fernandes Cavalcante Júnior – Celso Antonio Pacheco Fiorillo – Édis Milaré – Edson de Oliveira Braga Filho – Flavia Witkowski Frangetto – Humberto Adami Santos Júnior – João Batista Ericeira – Lucila Fernandes Lima – Luiz Carlos Aceti Júnior – Marcelo Buzaglo Dantas – Márcio Souza Pires – Paulo Affonso Leme Machado – Paulo Roberto Pereira de Souza – Samir Jorge Murad – Toshio Mukai – Vanusa Murta Agrelli – Werner Grau Neto – William Freire.



RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A TEORIA DO RISCO CRIADO

Alexandre Oheb Sion¹

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo discutir a responsabilidade civil ambiental e a teoria do risco criado.

O estudo do direito ambiental é historicamente recente e, apesar do instituto da responsabilidade civil remontar às primeiras civilizações humanas, a responsabilidade civil ambiental passou a ser estudada com a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, o que, para o direito, é muito novo.

Isso não impediu, todavia, que muito se escrevesse acerca da responsabilidade civil ambiental, de modo que, neste particular, a par de não nos furtarmos a discutí-la, não pretendemos trazer grandes novidades, mas o debate acerca da teoria que o Brasil adotou quanto à responsabilidade civil é acalorado e interessante, merecendo, desta feita, a nossa maior atenção.

Com a preocupação de conservar os nossos atributos ambientais para as presentes e futuras gerações, em atendimento ao comando constitucio-

¹ Advogado empresarial, formado em Direito e Administração de Empresas. Especialista em Direito Constitucional Aplicado; especialista em Área Administrativa e pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil. Forte atuação em Direito Ambiental. Professor universitário de Direito Ambiental em cursos de Graduação e Pós-graduação. Palestrante atuante em várias capitais do País. Autor de diversos artigos sobre Direito e co-coordenador do livro "Aspectos Jurídicos do Direito Amazônico" (em fase final de publicação). Membro da Associação dos Advogados Ambientalistas - ABAA.

nal do art. 225, indispensável discutirmos a responsabilidade pelos danos causados ao Meio Ambiente, vez que, infelizmente, o homem ainda não aprendeu a viver em sociedade, sem a presença de um Estado, genericamente considerado, que discipline as condutas permitidas e proibidas.

Portanto, aqueles que inviabilizarem a fruição regular e regulada dos atributos ambientais deve arcar com os ônus daí decorrentes.

Tal responsabilização, a doutrina convencionou tratar de Tríplice Responsabilidade Ambiental, de modo que a mesma conduta pode dar ensejo à responsabilização civil, administrativa e penal.

Neste trabalho trataremos apenas da responsabilidade civil, deixando, propositadamente, de discutir as responsabilidades administrativa e penal, que ficarão, desta feita, para uma outra oportunidade.

2. Evolução Histórica do Instituto da Responsabilidade Civil

Difícil precisar o momento histórico que a responsabilidade civil passou a incorporar o ordenamento jurídico, bem como igual dificuldade encontra a tarefa de traçar a sua evolução.

Pereira (1998, p. 6) destaca que

“certo é, entretanto, que nos mais antigos monumentos legislativos, que antecederam por centenas de anos a civilização mediterrânea, vestígios há de que o tema fora objeto de cogitações. Vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurabi, a idéia de punir o dano, instituindo contra o causador um sofrimento igual; não destoa o Código de Manu, nem difere essencialmente o antigo direito Hebreu (Leonardo A. Colombo, Culpa Aquiliana, nº 26 e segs.). Mais avançada, a civilização helênica legou o conceito de reparação do dano causado, com sentido puramente objetivo, e independentemente da afronta a uma norma predeterminada” (Ludovic Beauchet, Histoire du Droit Privé de la République Athénienne, vol. IV, p. 387).

Gagliano (2004, p. 10) lembra que para nós, ocidentais, a análise histórica de um instituto jurídico sempre terá como marco inicial o Direito Romano. Mas, lembra o autor, na linha já defendida por Pereira (1998, p. 6), como citado acima, que mesmo antes da sociedade romana, inclusive “nas primeiras formas organizadas de sociedade”, já havia a noção de responsabilidade, mas lá possuíam o conteúdo primordial de “vingança privada”.

É dentro desta perspectiva de delito que o Direito Romano parte para regular a vida em sociedade (GAGLIANO, 2004, p. 10).

Para Pereira (1998, p. 6)

“Não chegou o Direito romano a construir uma teoria da responsabilidade civil, como, aliás, nunca se deteve na elaboração teórica de nenhum instituto. Foi todo ele construído no desenrolar de casos de espécie, decisões dos juízes e dos pretores, respostas dos juriscônultos, constituições imperiais - que os romanistas de todas as épocas, remontando as fontes e pesquisando os fragmentos, tiveram o cuidado de utilizar, extraindo-lhes os princípios e desta sorte sistematizando os conceitos. Nem por isto, todavia, é de se desprezar a evolução histórica da responsabilidade civil no direito romano. Em verdade, muito do que o direito moderno apresenta vai-se enraizar na elaboração romana. Até mesmo ao evidenciar os contrastes, as fontes prestam não despreciada contribuição”.

Para Venosa (2004, p. 22), *“o direito moderno ainda usa, em parte, a terminologia romana em matéria de responsabilidade”.* Entretanto, continua ele, *“o conceito de reparar o dano injustamente causado somente surge em época relativamente recente da história do Direito”.*

Mas é com a *Lex Aquila* que a responsabilidade civil experimentou verdadeira transformação (GAGLIANO, 2004, p. 11-12) e (VENOSA, 2004, p. 22). Na época de Justiniano, tal instituto, que *“considera o ato ilícito uma figura autônoma”*, ganha projeção, surgindo, destarte, *“a moderna concepção de responsabilidade extracontratual”* (VENOSA, 2004, p. 22).

O Direito Romano, interpretando a Lei Aquilia, extrai dela o conceito de que os danos causados por culpa do agente devem ser punidos, ainda que o conceito de antes possuía uma diferença considerável com aquele que hoje conhecemos (VENOSA, 2004, p. 22).

ANTUNES (2004, p. 207), apesar de reconhecer que alguns princípios da Lei Aquilia podem ser considerados como precursores da noção atual de culpa destaca, entretanto, que a culpa, como elemento essencial da responsabilidade no Direito Moderno teve uma contribuição decisiva do Cristianismo, através da noção de pecado.

Gagliano (2004, p. 12-13) observa

“que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana - contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela idéia de reparação do dano sofrido - foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916”.

A culpa passa a ser importante com o desenvolvimento da idéia de vontade livre e soberana do individuo (ANTUNES, 2004, p. 207) que, conscientemente, pode externar este vontade no meio físico.

3. Responsabilidade Civil Subjetiva

Como esclarece Venosa (2004, p. 23) “*a noção de responsabilidade, como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico*”.

Para entender a responsabilidade civil subjetiva indispensável nos socorrermos do Código Civil. No *Novel Codex* Civil de 2002 (art. 186 c/c art. 927), o legislador ordinário destacou o ato ilícito, como, via de regra, indispensável à configuração da responsabilidade civil.

Segundo Diniz (2003, p. 184), ato ilícito é aquele

“praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo (STJ, Súmula 37). Logo produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas sim imposto pela lei”.

Para Azevedo (2003, p. 348), “*o ato ilícito é manifestação de vontade, dolosa ou culposa, que viola direito e causa dano à vítima*”.

Portanto, a responsabilidade civil subjetiva pressupõe sempre um dano, um nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente, seja ela omissiva ou comissiva, além do elemento volitivo, consubstanciado na culpa *stricto sensu* ou no dolo.

A despeito de ser assunto tormentoso, somos da tese de que o Novo Diploma Cível não alterou a regra geral da Responsabilidade Civil, de modo que a Subjetiva continua a ser a tônica². Entretanto, o legislador consagrou a responsabilidade sem culpa em vários de seus artigos.

Um dos artigos do Código Civil de 2002 que disciplina o assunto é o art. 927, parágrafo único, que trouxe a responsabilidade sem culpa para os “*casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

² Na mesma linha, Milaré (2004, p. 752).

A doutrina ainda debaterá muito acerca da exata interpretação que deve se dar à “atividades de risco”. Seriam todas as atividades que podem gerar riscos? Qual o limite, se é que há? A se extremar o conceito, até a atividade de motorista de táxi estaria aqui enquadrada? (GAGLIANO, 2004, p. 154)

A “I Jornada de Direito Civil”³ tentou aclarar, mas, s.m.j., acreditamos que o assunto continue suplicando o debate. Gagliano (2004, p. 154/156) defende que, pelo menos, a regularidade com que a atividade é exercida e o interesse econômico na execução da atividade são essenciais para configurá-la como de risco. De todo modo, na linha do que fez o legislador civilista em passeio pelo novo Código Civil, caberá ao magistrado, à luz do caso concreto, decidir se determinada atividade é de risco ou não.

O art. 932 do Novel Diploma Civil também estabelece a responsabilidade sem culpa por atos de outrem, alterando a regra do seu artigo equivalente no Código Civil de 1916, que, a seu tempo, estabelecia a responsabilidade civil subjetiva por culpa presumida.

Os arts. 734 à 750, ao tratarem da responsabilidade civil objetiva do transportador de pessoas e coisas, admitiu, frise-se, apenas para o transporte de pessoas⁴, como única excludente de responsabilidade “a força maior”, com espeque nos arts. 734 e 735, consagrando a máxima de que o contrato de transporte é uma obrigação de resultado e não de meio.

Venosa (2004, p. 142/144) pondera, entretanto, ao discutir a questão da segurança pública e após análise da jurisprudência de nossos tribunais, a par da expressa disposição legal acima referida, que nem a doutrina, nem a jurisprudência fecharam entendimento acerca das excludentes de res-

³ “Enunciado nº 38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002.

⁴ Assim, é bom destacar que quanto ao transporte de coisas continua a regra geral segunda a qual as excludentes clássicas são admitidas, como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior (GAGLIANO, 2004, p. 321).

ponsabilidade admitidas no contrato de transporte, seja de pessoas, seja de coisas.

Estes artigos em especial nos serão úteis mais adiante, vez que aqui o legislador, de forma expressa, determinou a excludente admitida, o que não fez, como veremos, na Política Nacional do Meio Ambiente.

4. Responsabilidade Civil Objetiva Ambiental

A responsabilidade civil ambiental prescinde da culpa, ao contrário da regra geral, segundo a qual a culpa é elemento essencial caracterizador do ato ilícito e, este, indispensável à configuração da responsabilidade.

Para a responsabilidade civil ambiental basta, desta feita, a ação ou omissão do agente, o resultado danoso ao meio ambiente e o nexo de causalidade entre aludida ação ou omissão e o resultado.

Antes de discutirmos mais adiante a teoria a qual nos filiamos, que, como estudaremos, pode desvirtuar o conceito trazido no parágrafo antecedente, lembremos, com Milaré (2004, p. 753), que a adoção da responsabilidade civil ambiental sem culpa foi indispensável, vez que o Ambiente⁵ pertence a todos⁶, ao tempo que ninguém pode dele dispor ao seu bel-prazer.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é verdadeiro princípio fundamental de terceira dimensão (SARLET, 2004, p. 54/60). Este princípio, que vem esposado no art. 225 da Constituição Federal de 1988, por um acaso normativo não figura entre os incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o que não o impede, entretanto, com fundamento no art. 5º, § 2º do mesmo diploma, de ser entendido como princípio funda-

⁵ Milaré (2004, p. 77/78), após analisar os vocábulos “meio” e “ambiente” preferiu a expressão “ambiente”, mas reconheceu a utilização consagrada da expressão “meio ambiente”, de modo que nos permitiremos utilizar indistintamente ora “meio ambiente”, ora tão-somente “ambiente”.

⁶ Para alguns, a expressão todos, inserida no art. 225 da Constituição Federal de 1988, poderia tanto indicar todos os homens, visão antropocêntrica (o homem como centro do Universo), como poderia enunciar todos os seres vivos, numa visão, portanto, ecocêntrica de se ver o mundo, com o homem fazendo parte do ambiente e não o seu centro. É bom destacar, todavia, que a doutrina e a legislação ambiental brasileiras, parece-nos de forma estreita com a Constituição, têm preconizado a adoção da visão antropocêntrica.

mental para todos os seus efeitos, na medida em que garantir um Ambiente ecologicamente equilibrado é reafirmar o direito à vida, direito este entendido aqui não só no seu aspecto físico, mas também quanto ao aspecto da dignidade desta existência.

A adoção deste preceito pela nossa Constituição Federal de 1988 passou a nortear toda a legislação subjacente, a dar uma nova conotação a todas as leis em vigor e a basilar os demais princípios ambientais.

Este princípio também está explicitado na Declaração de Estocolmo (1972), princípios 1 e 2, e na Declaração do Rio (Rio 92):

Princípio 1 da Declaração de Estocolmo (1972): O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar, e é portador solene de obrigação de melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

Princípio 2 Declaração de Estocolmo (1972): Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras.

Princípio 1 da Declaração do Rio (Rio 92): Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente. Tendo, portanto, em conta, um direito difuso e a , necessária foi a adoção da responsabilidade sem culpa.

Antunes (2004, p. 211/212) lembra, contudo, que a passagem da responsabilidade civil com culpa para a objetiva não foi tarefa histórica fácil, isso porque no “regime jurídico da responsabilidade por culpa, existe toda uma necessidade de que a vítima prove a culpa do causador do dano, vez que a culpa não pode ser simplesmente presumida”.

No Brasil, a responsabilidade civil objetiva apareceu pela primeira vez no Decreto nº 79.347/77 (Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1969) e, posteriormente, na Lei nº 6.453/77 (Responsabilidade Civil e Criminal pelos danos e atividades nucleares) (MUKAI, 2002, p. 61).

Mas foi com a Lei Federal nº 6.938/81, que introduziu no sistema jurídico pátrio a Política Nacional do Meio Ambiente, que tivemos a consagração da responsabilidade sem culpa por todo e qualquer dano causado ao meio ambiente (MUKAI, 2002, p. 61); (MACHADO, 2002, p. 313/314) e (MILARÉ, 2004, p. 753/754).

Assim, o art. 14, § 1^o7 da Lei nº 6.938/81, influenciado, em particular por um dos objetivos da lei (art. 4^o, VII)⁸, determina que

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

A Lei nº 6.938/81, portanto, consagrou a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco da atividade (MILARÉ, 2004, p. 754).

Em seguida, e pela primeira vez na nossa história constitucional⁹, a Constituição Federal de 1988 definiu um capítulo específico para a temática

⁷ Concordamos em parte com o entendimento de Moraes (2004, p. 120/125) que, com fundamento no art. 2^o, § 1^o da Lei de Introdução ao Código Civil, entende que o art. 14 da Lei Federal nº 6.938/81 foi revogado pela Lei Federal nº 9.605/98, a conhecida Lei de Crimes Ambientais, que, apesar do nome segundo o qual passou a ser reconhecida, trata também das sanções administrativas, além das penais. Isso porque a lei, de mesmo nível hierárquico, em momento posterior, passou a regular integralmente a matéria das responsabilidades administrativa e penal ambiental. Entretanto, e aí está a nossa discordância, a par de em seu art. 3^o, repetindo o § 3^o do art. 225 da Constituição Federal de 1988, mencionar que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas, inclusive civilmente, não disciplinou a responsabilidade civil ambiental, que continuou, dessarte, a ser regulada pela Lei nº 6.938/81. Sendo assim, apenas o § 1^o do art. 14 da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente continua em vigor, tendo sido o restante do artigo revogado tacitamente pela Lei nº 9.605/98, ainda que a manutenção de parágrafo em artigo revogado seja, no mínimo, estranha para o direito.

⁸ Art. 4^o - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
(...)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

⁹ Antes da Constituição Federal de 1988, as Constituições brasileiras tratavam de parte das questões que hoje são estudadas pelo Direito Ambiental, ainda que com objetivos distintos (**Constituição de 1891**, art. 34, nº 29; **Constituição de 1934**, art. 5^o, § 3^o; art. 5^o, inciso XIX, letras “j” e “m”; art. 10, III; art. 113, 17 e art. 129; **Constituição de 1937**; arts. 16, XIV; 18, “a”; 36, “a”, “b” e “c”; 37, “b”; 122, 14 e 154; **Constituição de 1946**, art. 5^o, XV, letra “l”; art. 6^o; art. 34, I; art. 35; art. 216; **Constituição de 1967**, arts. 8^o, XVII, letras “h”, “l” “o”, segunda parte; art. 4^o, incisos II, III e IV; art. 5^o; art. 157, incisos I, II, III, IV e V e art. 186 e **Emenda Constitucional nº 1/1969**, art. 198).

ca ambiental. No seu título VIII - da Ordem Social, no capítulo VI, art. 225, a Constituição Federal de 1988 determinou o norte a ser respeitado pela coletividade e o Poder Público no trato das questões ambientais, declarando que

“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

E no seu § 3º determinou a responsabilidade do poluidor nas três esferas, a saber: civil, administrativa e penal

“§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Desta forma, com fundamento no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81 c/c o art. 225, § 3º da Constituição Federal de 1988, podemos afirmar que aquele que causar um dano ao meio ambiente é obrigado a repará-lo ainda que não tenha agido com culpa.

4.1. Princípios Ligados à Responsabilidade Civil Ambiental

Segundo Antunes (2004, p. 31)

“os princípios jurídicos ambientais podem ser implícitos ou explícitos. Explícitos são aqueles que estão claramente escritos nos textos legais e, fundamentalmente, na Constituição da República Federativa do Brasil; implícitos são os princípios que decorrem do sistema constitucional, ainda que não se encontrem escritos”.

Os princípios do direito ambiental possuem a incumbência de nortear a atuação do legislador e dos poderes públicos “na concretização e cristalização dos valores sociais relativos ao meio ambiente”, orientando e direcionando a aplicação do direito ambiental no Brasil (TUPIASSU, 2003, p. 163).

A seguir destacaremos alguns princípios importantes ao desenvolvimento do estudo.

4.1.1. Princípios da prevenção e da precaução

Ainda que estes princípios, apesar de assemelhados, não se confundam entre si, trataremos sucintamente deles em conjunto.

Considerando que o dano ambiental é, na maioria das vezes, irreparável, a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em seu art. 10, determina que:

“a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento...ambiental”.

E a Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, § 1º, inciso IV, condiciona a instalação de “atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” à prévia produção de Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental).

É indispensável que as interações com o meio ambiente sejam estudadas antes que seus efeitos sejam sentidos, de forma a se permitir eliminar ou, ao menos, reduzir substancialmente as causas desses impactos negativos, cabendo ao agente praticar todos os atos possíveis para que o dano seja evitado.

Como bem aponta Tupiassu (2003, 171):

“A prevenção se traduz, portanto, num cuidado, numa preocupação capaz de conduzir até mesmo a um repensar da própria necessidade de existência de determinadas atividades (...). Assim, o princípio da prevenção culmina por nos fornecer uma nova dimensão do bem ambiental, infundindo a idéia de que a irreparabilidade dos danos a ele vertidos deve servir de parâmetro para o planejamento das ações que lhe dizem respeito”.

Em conformidade com o que determina o item 15 da Declaração da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o princípio da precaução “deve ser reconhecido como um dos princípios gerais do direito ambiental e integrante do ordenamento jurídico brasileiro” (MIRRA, 2001, p. 101), de modo que a incerteza científica quanto aos danos potenciais ao ambiente a ser provocado eventualmente por determinado empreendimento milita em seu desfavor. É dizer, *in dubio pro ambiente* (ANTUNES, 2002, p. 36).

4.1.2. Princípio do poluidor-pagador

Este princípio, que “constitui o fundamento primário da responsabilidade civil em matéria ambiental” (MILARÉ, 2004, p. 756) objetiva evitar o dano ao ambiente, imputando ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada.

No Brasil, a Lei nº 6.938/81 determina que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados...” (art.4º, VII).

Identifica-se neste preceito duas esferas, a preventiva que busca evitar a ocorrência do dano, e a repressiva que visa a sua reparação (MILARÉ, 2004, p. 757). Assim, estabelece ao poluidor o dever de custear a prevenção dos danos que sua atividade possa causar ao meio ambiente e, caso estes danos ocorram, o poluidor será o responsável por sua reparação.

5. Teoria do Risco Criado

Na medida em que já estudamos a responsabilidade civil e concluímos, assim como a unanimidade da doutrina, que a ambiental é objetiva, necessário, neste momento, debruçarmos-nos sobre a teoria que deve guiar a aplicação desta responsabilidade.

Num primeiro momento, para aqueles mais exaltados na defesa do Planeta Terra, a simples discussão acerca das excludentes de responsabilidade ambiental pode causar arrepios.

Isso porque, como vimos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental e essencial à sadia qualidade de vida, como determina a nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 225.

O homem reconheceu, a muito custo, que a proteção do ambiente é condição de sobrevivência, o que fez com que mudássemos a concepção predatória que norteou o desenvolvimento planetário até bem pouco tempo (MILARÉ, 2004, p. 45/50).

Há quem entenda¹⁰, inclusive, que o mundo contemporâneo não admite mais tal discussão, na medida em que contrária à evolução que se pretende dar à proteção ambiental global.

Todavia, *concessa venia* àqueles que entendem em sentido contrário, como tentaremos sucintamente demonstrar a discussão é relevante e contempla avaliação constitucional.

¹⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, durante palestra proferida em 19 de abril de 2006, no I Congresso Brasileiro de Advocacia Ambiental, sediado em São Luís/MA, no período de 18 a 20/04/2006.

Temos, em síntese, duas teorias que propagam tratar da responsabilidade civil ambiental, quais sejam: a teoria do risco integral e a teoria do risco criado.

A diferença básica entre elas é que enquanto a teoria do risco criado admite excludentes de responsabilidade, a teoria do risco integral não as admite.

As causas excludentes de responsabilidade são aquelas circunstâncias que atacam um dos pressupostos da responsabilidade, quebrando o nexo de causalidade, elemento, como já vimos, essencial à configuração da responsabilidade (GAGLIANO, 2004, p. 112).

Assim, admitindo-se a possibilidade de excludentes de responsabilidade, caracterizada uma das excludentes reconhecidas pela doutrina não haveria que se falar em dever de indenizar.

Para Gagliano (2004, p. 111), as excludentes admitidas em direito¹¹ são: estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal; caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Já Venosa (2004, p. 46) destaca as seguintes excludentes¹² na responsabilidade civil legal: culpa da vítima; fato de terceiro; caso fortuito e força maior.

De pronto, é bom que se reconheça, como bem lembrou SILVA (2002, 313) que a tendência da doutrina é a adoção da teoria do risco integral. Nesta linha, (MILARÉ, 2004, p. 763); (COSTA NETO, 2003, p. 265/271); (SIRVINKAS, 2005, p. 131/133) e (BIRNFELD, 2004, p. 368/372), entre outros.

O Superior Tribunal de Justiça em, pelo menos, uma oportunidade¹³, entendeu que o art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81 adotou a teoria do risco integral. Felizmente, entretanto, o julgado está longe de caracterizar jurisprudência sobre o tema, de modo que o assunto ainda admite discussão judicial e doutrinária.

¹¹ Importante aqui destacar que o autor, neste momento, não trata da responsabilidade civil ambiental, mas tão-somente das excludentes admitidas em direito.

¹² Aqui vale a mesma ressalva feita na nota anterior.

¹³ Resp 442586/SP, relator Ministro Luiz Fux.

Machado (2002, p. 331/333) admite o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade civil ambiental, desde que, contudo, aquele que alegar prove que “era impossível evitar ou impedir os efeitos do fato necessário...”.

Para Mukai (2002, p. 61/65), que, inclusive, sugeriu a redação que admitiu a responsabilidade objetiva ambiental na Lei nº 6.938/81, entende que o Brasil adotou a Teoria do Risco Criado e não a do Risco Integral.

Para defender sua tese, Mukai (2002, p. 61/65) compara o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, cuja redação guarda absoluta sintonia com as redações da Constituição Federal de 1946 (art. 194) e Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 105), ao art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81.

O art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, assim dispõe:

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

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

Mukai (2002, p. 61/65) lembra que o artigo acima transcrito, como já pacificaram a jurisprudência e a doutrina, adotou a Responsabilidade Objetiva do Estado em relação aos atos praticados por seus agentes nesta qualidade, por força da teoria do risco administrativo e não integral.

Assim, continua o autor (MUKAI, 2002, p. 61/65), não se cogita responsabilizar o Estado por ato de terceiros (caso fortuito) ou da natureza (força maior), mas tão-somente por conta de atos praticados por seus servidores, nesta qualidade. Indispensável, assim, defende o autor, a ação ou omissão do agente público.

Moraes (2003, p. 347/348), colacionando entendimento do Supremo Tribunal Federal também entende que a responsabilidade civil do Estado baseia-se na teoria do risco administrativo.

Deste modo, reconhecendo que o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 adotou a teoria do risco administrativo e que tal teoria admite excludentes de responsabilidade, como já entendeu reiteradamente o STF e a

doutrina, Mukai (2002, p. 61/65) destaca que aludido artigo possui redação muito semelhante ao art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, na medida em que aqui se responsabiliza o poluidor pelos danos por **ele** praticado e não por danos causados por terceiros ou pela natureza.

Na Lei nº 6.938/81, como no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, claro está quem responde pelos danos.

Desta forma, é possível concluir com Mukai (2002, p. 65),

“com base nesses raciocínios jurídicos, à semelhança do que ocorre no âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, que, no Direito positivo pátrio, a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais é a da modalidade do risco criado (admitindo as excludentes da culpa da vítima, da força maior e do caso fortuito) e não a do risco integral (que inadmitte excludentes), nos exatos e expressos termos do § 1º do art. 14 da Lei Federal nº 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente”.

Para apoiar a posição de Mukai (2002, p. 61/65), aqui externada, destacamos alguns pontos importantes, quais sejam:

- (i) a Lei nº 6.938/81, no seu art. 14, § 1º, ao contrário do Novo Código Civil, em seus arts. 734 e 735, como visto, não destacou que referida responsabilidade civil não admite excludentes de responsabilidade. Assim, se fosse intenção do legislador inadmitir as excludentes clássicas de responsabilidade deveria tê-lo feito, assim como o fez o legislador do Novo Código Civil;
- (ii) existe lei federal determinando que caso fortuito e força maior são excludentes de responsabilidade (art. 393 da Lei Federal nº 10.406/2002 – Novo Código Civil), mas não existe diploma legal que determine não ser possível a admissão de excludentes de responsabilidade em matéria ambiental, de modo que se adotarmos a teoria do risco integral estaríamos por afrontar o princípio fundamental esposado no art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988¹⁴;

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

- (iii) segundo regra geral de interpretação legislativa devemos analisar de forma limitada normas restritivas de direito e de maneira abrangente normas concessivas de direitos; assim, não podemos criar restrições onde a lei não o fez, como forma de preservar um dos bens mais importantes da sociedade, conquistado a “duras penas”, durante o processo histórico de construção da sociedade de hoje, o da segurança jurídica;
- (iv) segundo o princípio do poluidor-pagador aquele que der causa ao dano deve ser responsável por indenizar os prejuízos, de maneira que a adoção da teoria do risco integral desvirtua esta regra, ao admitir a responsabilização de pessoas, físicas ou jurídicas, que não contribuíram para o dano;
- (v) o art. 225, § 3º da Constituição Federal de 1988 não adotou a teoria do risco integral, tendo sim determinado que aqueles que causarem danos ao meio ambiente, além das sanções penais e administrativas, são obrigados a reparar o dano.

Assim, entendemos que o Brasil adotou, quanto à responsabilidade civil ambiental, a teoria do risco criado e não a teoria do risco integral, o que não significa, em tese, atentado à proteção ambiental, mas, em contraponto, garante o princípio da segurança jurídica e o império da lei.

6. Considerações Finais

Vimos neste artigo que o objetivo foi discutir a responsabilidade civil ambiental e a teoria do risco criado.

Estudamos, brevemente, a evolução histórica da responsabilidade civil e pudemos constatar que o conceito de reparação do dano remonta às primeiras civilizações humanas, mas é no Direito Romano que temos um marco histórico importante para este instituto jurídico.

Discutimos a origem da responsabilidade civil com a Lei Aquilia e a idéia primitiva de culpa até o Código Civil de Napoleão e o Código Civil Brasileiro de 1916.

Debatemos a responsabilidade civil subjetiva, reconhecendo que, ainda hoje, a regra geral da responsabilidade civil não prescinde da culpa, mas admite, a Lei Civil, em algumas circunstâncias, como o risco da atividade e o transporte de pessoas e coisas, a responsabilidade sem culpa, ou objetiva.

Vimos, entretanto, que a responsabilidade civil ambiental é objetiva, na forma do art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, de modo que entre os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil ambiental (ação/omissão, dano e nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano) não se encontra a culpa.

Por outro lado, trouxemos à baila a discussão doutrinária acerca da teoria que o Brasil adotou quanto à responsabilidade civil. De um lado, a teoria do risco integral que não admite excludentes de responsabilidade, que são condições que possuem o poder de quebrar o nexo de causalidade (ato de terceiro, caso fortuito e força maior) e, conseqüentemente, impedir a configuração da responsabilidade, e de outro a teoria do risco criado que as admite.

Reconhecemos que grande parte da doutrina tem se filiado à teoria do risco integral, mas defendemos a teoria do risco criado por entender que tanto a Constituição Federal de 1988, como a Lei Federal nº 6.938/81 que introduziu a Política Nacional do Meio Ambiente não admitiram a teoria do risco integral.

Desta forma, a responsabilidade civil ambiental prescinde da culpa, mas não prescinde do nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva do agente e o dano ambiental.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 7a ed., rev., ampl. e atual., 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: negócio jurídico. Atos Jurídicos lícitos. Atos Jurídicos Ilícitos: artigos 104 a 108, volume II*, coordenador Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003.

BIRNFELD, Carlos André. *Algumas Perspectivas sobre a Responsabilidade Civil do Poluidor por Danos Ambientais*, Direito Ambiental Contemporâneo, Organização José Rubens Morato Leite e Ney de Barros Bello Filho, Barueri/SP: Manole, 2004.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente – I Florestas*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena et al. *Novo Código Civil Comentado*, Coordenador Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 10ª ed. rev., atual. e ampl., 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed., rev., atual. e ampl., 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental: O princípio da precaução e sua aplicação judicial*. Revista de Direito Ambiental, Coordenação Antônio Herman V. Benjamin e Edis Milaré, Ano 6, n. 21, janeiro-março de 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 13. ed., 2003.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de direito ambiental*, São Paulo, Atlas, 2ª ed., 2004.

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

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4ª ed., rev., atual. e ampl., 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 4ª ed., ver. e atual., 2002.

SIRVINKAS, Luís Paulo. *Política nacional do meio ambiente*. As leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente comentadas, Coordenação Rodrigo Jorge Moraes et al., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, São Paulo: Atlas, 4ª ed., 2004.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *O direito Ambiental e seus princípios informativos*. Revista de Direito Ambiental, Coordenação Antônio Herman V. Benjamin e Edis Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 8, n. 30, abril-junho de 2003.

www.presidencia.gov.br