

Responsabilidade civil objetiva
por dano ambiental com base no risco criado

TOSHIO MUKAI*

1. 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 dolo¹.

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:

¹ Art. 927, Par. 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”.

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 culposo, 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 ocorreu o dano. É a 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 energicamente 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 nexu 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 nexu causal, há excludentes da responsabilidade estatal: culpa exclusiva da vítima e caso fortuito, ou força maior” (p. 17).

Informa o autor, que noticia Arnaldo Wald (“Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado”, AJURIS, vol. 58, p. 153/171), que, modernamente, tanto a doutrina como a jurisprudência brasileiras consagram a responsabilidade objetiva, por risco administrativo.

Outro aspecto assaz importante foi ressaltado pelo Desembargador Cavalieri 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 culposo 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 fato de terceiro, por isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexos 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 nexos 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 nexos causal não tem origem na atividade da administração pública ou em sua omissão. Ao contrário, o nexos 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. n.º 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 n.º 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 nexos 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 nexos 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 n.º 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 Alvinho 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 n.º 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 nexos causal com a ação ou omissão do pretense 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 n.º 6.938/81, a responsabilidade pelo dano ambiental, é fundada na teoria do risco criado e não na do risco integral.

* Mestre e Doutor em Direito (USP).

Ex- Professor de Direito Administrativo da Fac. Direito da Universidade Mackenzie (S.P.).

Secretário da Sociedade Brasileira do Direito do Meio-Ambiente.

Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB – Cons. Federal.

Autor das obras: “Direito Ambiental Sistematizado” – 4ª ed. – Forense Universitária – 2002; “O Estatuto da Cidade” – 1ª ed. – 2ª tiragem – Ed. Saraiva – 2002; “Direito Urbano-Ambiental Brasileiro” – Dialética – 2002.