

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZA DE SOUZA MELECH

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO:
AFERIÇÃO DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL**

CURITIBA

2012

LUIZA DE SOUZA MELECH

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO:
AFERIÇÃO DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão da graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho.

CURITIBA

2012

Dedico este trabalho aos meus avós
Irene e Ismael de Souza
Leonor e João Melech

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ana Maria de Souza Melech e Edgard César Melech, pela dedicação e carinho que sempre cultivaram pelos filhos.

Ao professor Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, a quem dedico intensa admiração, pela honra em aceitar a orientação do trabalho.

Aos professores Dra. Ângela Cassia Costaldello e Dr. Daniel Wunder Hachem, por aceitarem participar da esperada banca de defesa.

A todos os colegas, funcionários e professores que me acompanham desde o início desta jornada acadêmica.

À centenária Universidade Federal do Paraná, pelo imenso orgulho em fazer parte da história dessa gloriosa instituição.

RESUMO

O trabalho versa sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado na hipótese de omissão do ente público, quando deflagrado o dano ambiental. O estudo da responsabilidade requer a análise do contexto histórico no qual evoluiu o instituto. Para isso, imprescindível notar que a responsabilização do Estado tornou-se possível a partir da instituição do Estado de Direito, sob o regime de direito administrativo. Busca-se demonstrar que a doutrina confere embasamento suficiente para se aferir acerca da culpa da Administração Pública quando esta não figure como a causadora direta da agressão ambiental. Desse modo, comprovada que a conduta estatal foi desempenhada segundo os padrões exigíveis de eficiência, ausente qualquer irregularidade no procedimento de licenciamento ambiental, deve ser cobrado do particular que deu causa ao prejuízo a integral reparação do bem ambiental. Tal medida visa impedir que o Estado assumira, em qualquer situação, o papel de segurador universal dos resultados danosos ocorridos na sociedade. Isto sem afastar o dever do Poder Público para com a preservação ambiental, cujo fulcro encontra-se estampada na Constituição Federal, e que caracteriza obrigação de toda a coletividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	08
1. TERMINOLOGIA E CONCEITO	08
1.1 DEFINIÇÃO TERMINOLÓGICA.....	08
1.2 INTRODUÇÃO AO CONCEITO.....	10
2. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE	14
2.1 O ESTADO E A RESPONSABILIDADE.....	14
2.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	18
2.3 AS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE.....	22
2.4A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
3.ELEMENTOS E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE	33
3.1 O SUJEITO.....	34
3.2 DANO INDENIZÁVEL.....	35
3.3 NEXO DE CAUSALIDADE.....	37
3.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE.....	38
A TEORIA SUBJETIVA NA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	42
1. APLICAÇÃO DA CULPA NA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO	42
1.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OMISSÃO.....	43
1.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E COMPORTAMENTO ILÍCITO.....	47
2.PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO	48
2.1 TEORIA DA FALTA DO SERVIÇO.....	48
2.2 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.....	52
2.3 TEORIA MISTA: OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA.....	53
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO AMBIENTAL. OMISSÃO. AFERIÇÃO DE CULPA POR DANOS CAUSADOS POR PARTICULARES	57
1. O CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO AMBIENTAL	57
1.1 A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE.....	57
1.2O DANO AMBIENTAL.....	61
2. SISTEMA DE CONTROLE AMBIENTAL	64
2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO AMBIENTAL.....	64
2.2 PODER – DEVER DE FISCALIZAÇÃO.....	66
3. A PRODUÇÃO DO DANO AMBIENTAL ANTE A OMISSÃO DO ESTADO	68
3.1 AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL.....	68
3.2 DÉFICIT DE FISCALIZAÇÃO.....	70
4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NO DANO AMBIENTAL CAUSADO POR PARTICULARES	72
4.1 NA CONDUTA ILÍCITA DA ADMINISTRAÇÃO.....	72
4.2 NA CONCESSÃO LEGAL DE LICENÇA, AUTORIZAÇÃO OU PERMISSÃO.....	74
4.2.1 Ausência de fiscalização.....	74
CONCLUSÕES	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

INTRODUÇÃO

A atuação estatal, desde tempos remotos até a atualidade, sempre esteve sujeita a causar danos à coletividade, gerando por muitas vezes o dever de reparação. A responsabilidade civil do Estado passou por uma evolução histórica na qual foram criadas diversas teorias, indo desde a total irresponsabilidade estatal até a responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito ao meio ambiente equilibrado foi consagrado como direito fundamental pelo art. 225, *caput*, da Constituição Federal. Tal orientação leva-nos a entender que a proteção aos recursos naturais é dever de todos que deles fazem uso, bem como do Poder Público, que cumpre o papel de garantidor do ambiente saudável, eis que possui os meios oportunos e a obrigação de promover a prevenção dos danos ecológicos oriundos da atividade humana.

Sob esta perspectiva, e em observância aos *princípios da prevenção* e do *poluidor pagador*, os quais norteiam a tutela do meio ambiente em nosso sistema jurídico, cuidaremos da incidência da responsabilização do Estado no contexto da atividade fiscalizatória sobre as atividades particulares.

Destaca-se que o ente público será responsável quando o dano resultar da *atuação* do agente público. Logo, situação distinta é verificada no caso da omissão estatal em que havia o dever de fiscalizar e a Administração Pública foi inerte ou o serviço insuficiente, pois nesse caso, a princípio, o resultado não se originou de conduta comissiva.

Neste trabalho será aprofundado o estudo da doutrina que fornece o embasamento teórico para a possibilidade de aplicação da teoria subjetiva nos casos em que o Estado não foi o causador direto do dano ambiental.

Trata-se da responsabilização por conduta omissiva, através da aplicação da teoria da culpa do serviço, que requer a comprovação de negligência, imprudência ou imperícia da Administração Pública em seu dever de controlar as atividades de risco ao meio ambiente.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

1. TERMINOLOGIA E CONCEITO

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Importante delinear, a primeiro passo, a abrangência do tema em pauta, visto que há na doutrina certa imprecisão quanto à imputação de responsabilidade ao Estado, enquanto pessoa jurídica que admite a responsabilização em suas esferas de poder, ou à Administração Pública, pois alguns atribuem a responsabilidade como obrigação decorrente dos atos administrativos.

Entendem aqueles que avaliam melhor a referência à Administração Pública, que a impropriedade do termo Estado reside na extensão que este confere também ao ato judicial e legislativo, os quais, por via de regra, não fazem surgir a responsabilidade estatal. Essa distinção é defendida por Hely Lopes Meirelles na seguinte exposição:

Preferimos a designação responsabilidade civil da Administração Pública ao invés da tradicional responsabilidade civil do Estado, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, como veremos adiante. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar.¹

Mais apropriada, entretanto, a expressão “responsabilidade do Estado”, eis que é o Estado que possui personalidade jurídica, podendo fazer-se responsável tanto pelos atos emanados do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, como do Poder Executivo. Cuida-se da capacidade própria do Estado para exercer atos de natureza civil, exigir direitos e assumir obrigações, titularidade esta não conferida à

¹ MEIRELLES, H.L. Responsabilidade civil da Administração. Direito Administrativo Brasileiro. 21. ed. - São Paulo: Malheiros, 1996. p. 559, nota de rodapé.

Administração Pública.²

Corroborar tal entendimento a lição de Diógenes Gasparini, para quem empregar o termo *Administração Pública* induz à noção de que o dano a ser reparado pelo Estado advém somente dos atos e fatos administrativos, excluindo a apreciação da responsabilidade pelos atos legislativos e jurisdicionais.³

Há que se diferenciar, todavia, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana daquela originária do acordo de vontades característico do contrato administrativo^{4 5}.

Marçal Justen Filho adverte que a responsabilidade civil extracontratual do Estado disciplina “os efeitos danosos de ações e omissões imputáveis a pessoas jurídicas de direito público (ou particulares prestadores de serviços públicos) relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual.”⁶

Ressalta-se, ainda, a excelente conclusão proferida pelo Prof.^o Gasparini:

Não se trata de responsabilidade oriunda de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada *responsabilidade contratual* (nesta a responsabilidade está fixada e se resolve com base nas cláusulas do contrato) ou de *responsabilidade criminal* (as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, não cometem contravenções ou crimes, embora seus agentes, causadores direto do dano, possam cometê-los) (...) Cuida-se, isto sim, da *responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado*, em face de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, materiais ou jurídicos, que lhe são atribuídos.⁷

A doutrina também refere-se à responsabilidade civil como responsabilidade

2 DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2010. p. 642.

3 GASPARINI, D. Direito administrativo. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1025.

4 Oportuno esclarecer que o termo *contrato administrativo* está aqui concebido em seu sentido amplo, no qual, segundo a lição de Marçal Justen Filho, “é um acordo de vontades, apto a gerar direitos e obrigações, de que participa um sujeito integrante da Administração Pública” (JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 402).

5 Há quem defenda, contudo, a corrente unitária ou monista que, em oposição ao dualismo extracontratual e contratual, entenda que ambas “decorrem de ato ilícito que importe em dano, desde que haja nexos causal entre a conduta e resultado, impor-se-á o dever de indenizar.” (VIANNA, J. R.A. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. - 2. ed. - Curitiba: Juruá, 2009. p. 85).

6 JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1247.

7 GASPARINI, D., p. 1025.

patrimonial, visto que o caminho para sua satisfação enseja a indenização pecuniária, sendo este o ponto que a distingue da responsabilidade criminal e da responsabilidade administrativa.⁸

Augustín Gordillo aponta o paradoxo na denominação responsabilidade *civil* do Estado pela influência que dita terminologia traz do direito privado, pois “*ni se trata de la clásica 'responsabilidad' del derecho privado, ni es tampoco 'civil' em el sentido de regirse por las normas de dicho Código*”, ao passo que aceita tratar-se da já referida vertente patrimonial quando conclui que “*podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniária, esto es, en una indemnización de los danos y perjuicios ocasionados por la acción estatal*”.⁹

Nada obstante, insta salientar a existência de certas particularidades conferidas ao instituto da responsabilidade na perspectiva do direito ambiental, as quais serão a seu tempo detalhadas, uma vez que o requisito da patrimonialidade não constitui o instrumento mais apropriado de reparação do dano ambiental.¹⁰

Exposta tal ressalva, conclui-se pela utilização do termo *responsabilidade civil extracontratual do Estado*, pois em que pese as divergências observadas na doutrina, é o que melhor introduz as acepções do instituto no âmbito de estudo a ser realizado neste trabalho.

1.2 INTRODUÇÃO AO CONCEITO

Apresentado o limite do tema proposto, passa-se à concepção do instituto

8 MUKAI, T. Direito administrativo sistematizado. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2000. p. 523.

9 GORDILLO, A. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Macchi Lopes, 1075, v. I e II, t. II, p. XX-5.

10 Conforme ensina Édís Milaré, as ações de reparação do dano ambiental devem privilegiar a “*reconstituição* ou *recuperação* do meio ambiente agredido, cessando-se a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental”, em detrimento da indenização em pecúnia, pois esta seria apenas uma “*forma indireta de sanar a lesão*” (MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário – 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 671).

responsabilidade. Na perspectiva etiológica do termo, “a noção de responsabilidade implica a ideia de *resposta*, termo que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere*, com o sentido de responder, replicar”.¹¹

Sobre a origem da responsabilidade, ensina Michel Villey que:

“*Respondere* leva a *sponsio*, instituição que tinha um lugar central no Direito Romano arcaico, e a *spondere*. O *sponsor* é um devedor: o homem que, no diálogo da ‘estipulação’, por uma resposta afirmativa à questão do ‘estipulante’, futuro credor, engajava-se em alguma prestação. O *responsor* era especialmente a caução; em uma segunda troca de palavras, ele se obrigava a ‘responder’ sobre a dívida principal de outrem”.¹²

José de Aguiar Dias extrai do conceito de responsabilidade a “ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência”, aduzindo que o termo introduz a noção de *repercussão obrigacional* dos atos que de alguma maneira afetaram o direito de outrem.¹³

No que tange à atividade estatal, o prejuízo ao patrimônio de terceiro, por meio de conduta comissiva ou em caso de omissão, obriga o ente público a promover o devido ressarcimento tal como se exigiria dos demais sujeitos atuantes no mundo das relações jurídicas.

Logo, impõem-se a reparação a qualquer sujeito que descumpra um dever jurídico de abstenção ou de execução, restando ao final configurado o dano. Sérgio Cavalieri Filho aponta que se trata do descumprimento de um dever jurídico originário (ato ilícito), o qual é seguido pelo dever jurídico sucessivo consubstanciado na indenização, concluindo o autor que “responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida”.¹⁴

Nesse aspecto, salienta-se que a diferenciação da noção de obrigação e

11 TELLES, A.Q. Introdução ao Direito Administrativo. p. 409. Apud CARVALHO FILHO, J. dos S. Responsabilidade Civil do Estado. In: Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 425.

12 VILLEY, M. Esquisse historique sur le mot 'responsable'. La responsabilité a travers les Ages, pp. 75-89. Apud MACHADO, P.A.L. Direito Ambiental Brasileiro. 20 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. P. 400.

13 DIAS, J.A. Da responsabilidade civil. 11 ed. rev., atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

14 CAVALIERI FILHO, S. Programa de responsabilidade civil – 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

responsabilidade reside justamente nessas hipóteses de realização do ato antijurídico - enquanto a obrigação advém do inadimplemento de determinada prestação da qual o sujeito possui o encargo (dever jurídico originário), a responsabilidade surge como consequência desta violação, ou seja, o resultado da inoperância caracteriza o dever jurídico sucessivo imposto ao sujeito.¹⁵

E por mais que em suas raízes a responsabilidade tenha sido vinculada ao descumprimento de *ato ilícito*, aceita-se hoje a reparação também nos casos de dano provocado pela atividade lícita da Administração Pública.¹⁶ Para Toshio Mukai essa responsabilização tem escopo no princípio da igualdade, eis que “se o Estado, no desempenho de suas funções, provoca prejuízos a particulares, decorrentes da prática de atos lícitos que visam o benefício de toda a coletividade, não será justo que esses particulares sofram sozinhos os ônus de tal benefício.”¹⁷

A produção do dano injusto, de qualquer modo, é resultado da execução de um ato antijurídico, não importando nesse entrementes a natureza do ato administrado, se lícito ou não, eis que ocorrendo o dano surge para o Estado o dever de ressarcir o prejuízo.¹⁸

Nesse contexto, Diógenes Gasparini conceitua a responsabilidade civil do Estado como “a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”, ressaltando que aplica sem distinção de significado os termos ressarcimento e indenização, apesar de parte da doutrina manifestar o oposto.¹⁹

Por sua vez, discerne Celso Antônio Bandeira de Mello que a indenização devida pelo Estado (no exercício de poder autorizado por lei) ao sujeito cujo direito foi suprimido em prol do interesse público, difere das causas de responsabilidade. O autor explica que essa distinção está presente na doutrina italiana, na qual o termo

15 Ibidem.

16 CAHALI, Y. S. Responsabilidade Civil do Estado. 3ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

17 MUKAI, T., p. 534.

18 BASTOS, C. R. Curso de Direito Administrativo. - São Paulo: Saraiva, 1994. p.189.

19 GASPARINI, D. p. 1026.

indenização está vinculado ao sacrifício de direito, enquanto o vocábulo ressarcimento faz referência à responsabilidade. Todavia, conclui por não conservar “a distinção *terminológica* entre as palavras *indenização* e *ressarcimento*, mas acolhemos, por sua indiscutível procedência, o *discrímen* entre sacrifício de direito e responsabilidade do Estado”.²⁰

Denota-se, assim, que indiferente ao vocábulo a ser utilizado – indenização, ressarcimento ou reparação – a responsabilidade aqui tratada será aquela decorrente da conduta antijurídica do Estado, caracterizada como extracontratual por originar-se do descumprimento de preceito legal.

Ademais, consiste em uma obrigação para o Estado, consubstanciada no “*vínculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”.²¹

Nos comentários ao Código Civil Brasileiro, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery discorrem acerca dos pressupostos da responsabilidade extracontratual:

Funda-se no ato ilícito absoluto, composto por elementos objetivos e subjetivos. São elementos objetivos do ato ilícito absoluto: a) a existência de ato ou omissão (ato comissivo por omissão), antijurídico (violadores de direito subjetivo absoluto ou de interesse legítimo); b) a ocorrência de um dano material ou moral; c) nexos de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano. São elementos subjetivos do ato ilícito absoluto: a) a imputabilidade (capacidade para praticar a antijuridicidade); b) a culpa em sentido lato (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito).²²

O trabalho em deslinde cuida, de fato, da responsabilidade civil extracontratual originária da ação estatal. No entanto, objetiva o estudo nos eventos danosos ao meio ambiente ante a inadequação de conduta do Estado, o que descaracteriza em parte as premissas da tradicional teoria da responsabilidade conformada pelo direito privado.

Acerca desta nova perspectiva da matéria, destaca-se a explanação proferida por Taciana Mara Corrêa Maia Peloso:

20 MELLO, C.A.B. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 994-995.

21 GOMES, O. Obrigações, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 9.

22 NERY JUNIOR, N.; NERY, R.M.A. Código Civil Anotado. - 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 240.

Ocorre que as regras clássicas de responsabilidade, contidas na legislação civil, não oferecem proteção suficiente e adequada quando se trata de dano ambiental. Primeiro, porque a natureza difusa desse dano, na maioria das vezes atingido uma pluralidade de vítimas, é totalmente desamparada pelos institutos ortodoxos do Direito Processual clássico, que só possibilitam a composição do dano individualmente sofrido. Segundo, porque a dificuldade de prova da culpa do agente poluidor, quase sempre coberto por aparente legalidade materializada em alvarás do Poder Público, inviabiliza a aplicação da legislação civil.²³

Destarte, abordaremos os aspectos evolutivos da teoria da *responsabilidade*, perpassando pelas teorias que explicam sua relação com o Estado, seus elementos e componentes para, após, adentrar propriamente no estudo objeto do presente trabalho.

2. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

2.1 O ESTADO E A RESPONSABILIDADE

No âmbito público, a evolução do instituto responsabilidade ocorreu a par e passo com o próprio desenvolvimento do Estado. Tal é o entrelaçamento deste princípio com a estrutura da sociedade contemporânea que se pode afirmar sua transcendência para além da concepção principiológica, vindo a realizar-se como uma das características essenciais do Estado Democrático de Direito. Anota Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico – em sua formalização e em sua aplicação – o princípio da responsabilidade estatal. Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela sua aplicação se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da juridicidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.²⁴

23 PELOSO, T.M.C.M. Responsabilidade civil do Estado decorrente de licenciamento ambiental indevido. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU. Belo Horizonte, ano 8. , n. 43, jan./fev. 2009. p.69-75.

24 ROCHA, C. L. A Princípios constitucionais da Administração Pública. - Belo Horizonte: Del Rey,

Com efeito, passou a ser possível responsabilizar o Estado por seus atos a partir do surgimento do Estado de Direito, no início do século XIX, devido, principalmente, à inserção do princípio da legalidade e do princípio da universalidade de jurisdição. Ensina Marçal Justen Filho que “a observância da legalidade insere a atividade estatal no âmbito do direito e exige autorização legislativa para as ações e omissões estatais” enquanto que a “universalidade da jurisdição produz o controle de validade dos atos estatais, permitindo a responsabilização dos sujeitos que atuarem de modo inadequado”²⁵

Ainda no final do século XIX, demonstrando-se insuficiente a doutrina supracitada, ocorre sua transformação para o Estado Democrático de Direito, no qual “devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem.”²⁶

Ensina Romeu Felipe Bacellar Filho que a responsabilidade da Administração Pública possui fulcro no princípio republicano e no Estado Democrático de Direito, exigindo-se a responsabilização do Estado por força da juridicidade do exercício do poder, eis que ao ente público “não é dado lesionar direitos alheios e, de forma ilegítima, ignorar a ocorrência da lesão ou a necessidade de reparação.”²⁷

Nesse contexto, a responsabilidade do Estado advém não somente da submissão às ordens legais instituídas, mas da finalidade que a função administrativa alcança na sociedade, qual seja, garantir a premência do interesse público, encontrando-se o ente público em posição jurídica equivalente aos administrados.

Não há dúvidas de que a responsabilidade do Estado somente alcançou expressividade com o tratamento diferenciado conferido pelo Direito Público, ou

1994. p. 255.

25 JUSTEN FILHO, M., p. 9.

26 BASTOS, C. R. Curso de Direito Administrativo. - São Paulo: Saraiva, 1994. p.165.

27 BACELLAR FILHO, R. F., Direito Administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 197.

seja, sob o regramento dos princípios orientadores do Direito Administrativo, submetendo-se às normas que regulam a atuação da Administração Pública no regime jurídico administrativo.

Com efeito, a evolução do regime administrativo ancorou-se tanto no princípio da legalidade, enquanto defesa das garantias individuais frente ao onipotente Estado, quanto no sistema de privilégios outorgados à Administração Pública no exercício da atividade administrativa em prol do interesse público.

É o clássico paradoxo que a doutrina cuidou de pacificar no desenvolvimento da matéria, ainda que o enfrentamento seja inevitável: “liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; *restrições e prerrogativas*.”²⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que “todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilstras: de um lado, as competências do Estado, as funções estatais e, de outro, as garantias dos administrados. Deste postulado constrói o regime jurídico administrativo (...)”.²⁹

No exercício da competência atribuída por lei, entretanto, o Estado poderá vir a causar danos a terceiros, circunstância na qual todo arcabouço de prerrogativas e privilégios perfazem um combate injusto de forças em detrimento do administrado. Assim, imperioso observar que se exige mais da responsabilidade do Estado, tendo em vista que, nas mesmas condições, o Poder Público possui maior potencial de causar dano do que o particular.

Nessa perspectiva orienta Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo.

Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas.³⁰

Nessa perspectiva, Celso Ribeiro Bastos denota que responsabilizar o

28 PIETRO, M. S. Z., p. 61.

29 BANDEIRA DE MELLO, C.A, p. 25.

30 Idem, p. 802.

Estado ante o descumprimento das regras jurídicas por ele editadas, embora seja tarefa árdua, é o que lhe garante a prerrogativa de impor as leis. Cuida-se da necessária coerência na relação poder-dever, pois sem sujeitar-se às regras, não pode o Estado exigí-las da sociedade.³¹

Nas prerrogativas e sujeições decorrentes do poder-dever de atuação da Administração Pública, enfrenta-se a questão dos danos ocasionados pela atividade estatal. Para Romeu Felipe Bacellar Filho, o ressarcimento do prejuízo causado deve nortear-se pelos mesmos princípios que fundamentaram o agir do Estado, quais sejam, aqueles precipuamente legítimos por consubstanciar a busca do interesse coletivo.³²

Com efeito, o dever de reparação tem escopo no exercício excedente da função estatal, pois sendo detentor de prerrogativas, o Estado não pode ultrapassar os limites previstos na ordem legal instituída e embasada pela Constituição Federal.

É certo que houve um fator, de ordem material, determinante para a extensão dos casos de responsabilização do Estado: a complexidade das relações sociais a partir do desenvolvimento da sociedade industrializada promoveu o aumento dos casos de acidente, ensejando a discussão acerca de quem é o responsável pelo ressarcimento nos danos causados. A evolução dos riscos repercutiu também na responsabilidade do Direito Privado, mas, em virtude do papel regulador e fiscalizatório exercido pela Administração, contribuiu principalmente na intensificação nos casos de responsabilidade pública.

Destaca-se a preciosa contribuição das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independe de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para servirem de socorro”, concluindo o autor por considerar a responsabilidade como “simple corolário da submissão do Poder Público ao Direito”.³³

De todo o exposto, extrai-se como nota essencial o fato da responsabilidade do Estado ter evoluído no sentido de torná-lo submisso à ordem legal.

31 BASTOS, C. R., p. 22.

32 BACELLAR FILHO., R. F., p. 200-201.

33 BANDEIRA DE MELLO, C.A., p. 999.

2.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Com o intuito de esclarecer as bases em que se fundam a responsabilidade do Estado, já se explanou acerca das prerrogativas e sujeições que vinculam o ente público a ressarcir o dano, quando este é praticado na busca do interesse público. Isto pois, na conclusão conferida por Romeu Felipe Bacellar Filho:

A responsabilidade extracontratual da Administração Pública decorre do próprio regime jurídico administrativo, impendendo depreender a impossibilidade de sua atuação divorciada aos cânones deste, em especial dos princípios orientadores da ação administrativa.³⁴

É a partir de tal premissa que Celso Ribeiro Bastos afirma que a atividade estatal está vinculada ao dever de não produzir danos aos administrados.³⁵ Na busca das razões que forjam a responsabilidade do Estado, o autor aponta que a indenização imposta pela prática do ato ilícito decorre da violação às regras do Estado de Direito. Por sua vez, a prática do ato injusto, inobstante sua licitude, tem fulcro no encargo de um ônus desproporcional a alguns, em prol de uma ação benéfica da qual toda a sociedade tem proveito³⁶.

Cuida-se, nesta última hipótese, de situações em que o Estado deverá indenizar apesar da licitude do ato, ausente qualquer análise sobre aferição da culpa na conduta estatal. Por isso, é na teoria do ato injusto que a responsabilização objetiva do Estado encontra lastro, tanto na prática de condutas legalmente previstas que causam prejuízo a indivíduos determinados, como nos casos em que a Administração gera um dano além do esperado pelo risco social ao qual todos estamos sujeitos.³⁷

De fato, os doutrinadores costumam trabalhar com os fundamentos da responsabilidade do Estado já na perspectiva da teoria elegida para embasá-la, seja

³⁴ BACELLAR FILHO, R. F., p. 201.

³⁵ BASTOS, C. R., p. 188.

³⁶ Idem, p. 188.

³⁷ Idem, p. 188-189.

pelo caminho da aferição da culpa ou na assunção da teoria objetiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello fundamenta a reparação do dano cometido por atos ilícitos, comissivos ou omissivos, como resposta ao princípio da legalidade e, ainda “no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*”.³⁸ Já os atos lícitos encontrariam fundamento na devida repartição dos ônus sofridos por parte dos indivíduos na sociedade, também nas situações em que o Estado cria o risco da existência do dano, com respaldo no “princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito”.³⁹ Nota-se a premência da fundamentação encalcada nos princípios constitucionais que legitimam e condicionam a atividade administrativa no Estado Democrático de Direito.

Nas considerações de Cármen Lúcia Antunes Rocha, o princípio da responsabilidade, em obediência ao sistema no qual teve origem, necessita estar em conformidade com os fundamentos do regime democrático e republicano.⁴⁰ Ao final, propõe os seguintes fundamentos de responsabilização do Estado:

“a) o princípio democrático, que cinge a pessoa estatal à obrigação jurídica de não permitir que lesões aos particulares provenientes de sua conduta na gestão da coisa pública restem ao desamparo; e b) de outra parte, o princípio republicano, do qual nascem os direitos dos indivíduos a que a coisa pública seja administrada e destinada a atividades havidas por essenciais de forma aberta e comprometida com a sociedade, sem quebra de igualdade de todos os que compõem o público, titular desta mesma coisa. Do primeiro princípio surgem, eminentes, de imediato, os princípios da juridicidade e o da responsabilidade, e do segundo nasce, diretamente, o da igualdade de todos no suportamento das incumbências públicas e, correspectivamente, como a materialização deste princípio, o da responsabilidade”.⁴¹

Em sintonia aos autores já referenciados, segue o ensinamento de Diógenes Gasparini, o qual fundamenta a responsabilidade dos atos lícitos no “*princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargo a que estão sujeitos os administrados*”⁴², enquanto que nos atos ilícitos “o fundamento é a própria *violação da legalidade*”.⁴³

³⁸ MELLO, C.A.B. de, p. 1007.

³⁹ Idem.

⁴⁰ ROCHA, C. L. A., p. 261.

⁴¹ Idem, p. 262.

⁴² GASPARINI, D., p. 1026.

⁴³ Idem, p. 1027.

Observa-se bem sedimentado na doutrina esta diferenciação entre o dever indenizatório fundamentado pela prática do dano anormal, embora lícito, do ato antijurídico que incumbe ao ente público o dever de ressarcimento, pelo simples fato do Estado não estar imune às normas que proibem tal comportamento.

A respeito da bipartição entre os atos lícitos e ilícitos, para fins de determinar-se os fundamentos da responsabilidade, ressalva Celso Ribeiro Bastos que o objetivo é conhecer a natureza da conduta, a qual pode estar ou não em conformidade com o direito, mas que “a causação em si mesma do dano é sempre ilícita”, um vez que em ambas as hipóteses resta o dever de indenizar.⁴⁴

Na mesma linha de tudo o que já foi exposto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta como fundamento único para a responsabilização do Estado o *princípio da solidariedade*, pois “todos devem responder pelos danos eventualmente causados no desempenho de atividades públicas que a todos beneficiam”.⁴⁵

Por outro lado, sobressai a perspectiva suscitada por Weida Zancaner, ao conferir especial relevância na distinção entre os danos causados por atos lícitos ou ilícitos, em que pese isso não ser adotado pelos autores adeptos da teoria objetiva.⁴⁶

Para Zancaner, nos casos de atividade lícita, exige-se do Estado para sua responsabilização a obrigatória ocorrência do dano anormal e especial. Isto porque em razão da licitude, e sendo o dano de pouca extensão, há aplicação do “princípio que nos diz haver igualdade de todos os cidadãos frente às cargas públicas”.⁴⁷ E com clareza conclui a argumentação da seguinte forma:

“Podemos dizer que com a atividade lícita, há que se ter tolerância; com a ilícita, pode-se ser, a qualquer momento intolerante, pois ainda que mínimo o dano, ninguém é obrigado a suportá-lo. Em face de todo o exposto podemos concluir que a causa de imputação de responsabilidade ao Estado é o dano antijurídico.”⁴⁸

44 BASTOS, C.R., p. 189.

45 MOREIRA NETO, D. De F. Responsabilidade patrimonial do Estado e de prestadores de serviços públicos. In _____. Curso de Direito Administrativo. 12 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 577.

46 ZANCANER, W. Responsabilidade extracontratual das concessionárias de obras e serviços públicos e do Estado concedente. p. 765. In _____. Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari / Luiz Guilherme Costa Wagner Júnior (Coord.). - Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 761-770.

47 Idem.

48 Idem.

Com razão tal assertiva, uma vez que a *posteriori* todo dano indenizável estará eivado de antijuridicidade.

Destarte, adianta-se a correlação apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello: no caso em que “o Estado gera o dano, produz o evento lesivo – entendemos que é de aplicar-se a *responsabilidade objetiva*”, já “em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjativa*”.⁴⁹

O que resta refletir, e o que se apresentará como principal foco do presente trabalho, é se o dano causado não pela atividade, mas por omissão, pode acarretar na responsabilidade do Estado. Mais do que isso, busca-se perquirir se é oportuna a aferição de culpa no comportamento omissivo estatal.

2.3 AS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE

A doutrina não dissente quando faz o retrospecto da aceitação da responsabilidade estatal. Partindo da absoluta irresponsabilidade do ente público, perpassando o julgado Aresto Blanco – com a incipiente responsabilização do Estado pelos danos oriundos dos serviços prestados -, atingindo, por fim, a concepção da responsabilidade como princípio inerente ao Estado de Direito, não se verificam relevantes diferenças nas opiniões dos autores. Sem dúvida, a controvérsia contemporânea reside na discussão acerca da teoria que embasa a responsabilidade estatal.

A princípio, não se admitia a responsabilidade pelos atos do Estado. Esse era o contexto das monarquias totalitárias, em que por meio da tradição do *the king can do no wrong*, eximia-se o Poder Público de promover qualquer ressarcimento. Por mais que isso cause estranhamento, é sabido que a irresponsabilidade estava em consonância com a desigualdade então vigente entre o particular e o Estado. Como aduz Carvalho Filho, a eventual responsabilização do Estado significaria afronta a sua soberania.⁵⁰

49 MELLO, C.A.B. de. Ato administrativo e direitos dos administrados. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 142; 144 – 145.

50 CARVALHO FILHO, J. dos S., p. 157.

Pode-se afirmar que o direito brasileiro nunca chegou a conhecer tal teoria. Expõe Lúcia Valle Figueiredo que a responsabilidade pessoal do servidor já se encontrava prevista na alínea 29, do art. 179 da Constituição do Império (1824), dispositivo que manteve seu núcleo essencial nas Cartas posteriormente editadas.⁵¹

No mesmo sentido manifestou-se José de Aguiar Dias, evocando Rui Barbosa, o qual já admitia que a “tese da irresponsabilidade jamais logrou entrada na jurisprudência brasileira”.⁵²

Nesse primeiro momento, as aberturas possíveis à responsabilização do Estado justificavam-se pela influência recebida das normas e princípios da doutrina civilista.⁵³ Em tal contexto, o Estado poderia ser responsabilizado pelos atos de gestão, ou seja, respondia nos casos em que atuava de maneira paritária aos particulares, sendo pré-requisito a culpa do agente.⁵⁴ Acerca do incipiente desenvolvimento do instituto, Odete Medauar defende que a teoria civilista “representou passo importante nessa evolução, ao abrir alguma possibilidade de responsabilizar o Estado, mesmo em pequena escala, o que seria antes inadmissível”.⁵⁵

Foi, no entanto, nas discussões propiciadas pelo direito francês acerca do foro competente para processar e julgar as ações de responsabilidade contra o Poder Público, que o tema ganhou nova dimensão. Odília Ferreira da Luz Oliveira aponta tratar-se de uma fase em que a responsabilidade passou a ser norteadada pelos princípios do Direito Público, o que foi consubstanciado por dois julgamentos ímpares do Tribunal de Conflitos da França:

O marco inicial encontra-se em duas decisões do Tribunal de Conflitos francês: o *arrêt Blanco*, de 8 de fevereiro de 1873, e o *arrêt Pelletier*, de 30 de julho do mesmo ano. A primeira definiu que a responsabilidade do Estado não se rege pelas normas do Código Civil, mas está sujeita a regime especial, autônomo. O *arrêt Pelletier*, por sua vez, distinguiu a falta pessoal

51 FIGUEIREDO, L. V. Curso de direito administrativo. - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 262.

52 DIAS, J. de A., p. 773.

53 OLIVEIRA, O. F. da L. Manual de direito administrativo. - Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 292.

54 MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. - 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 366.

55 Idem.

do agente, determinadora de sua responsabilidade também pessoal, e a falta do serviço, que acarreta a responsabilidade do Estado.⁵⁶

Assim, tornou-se evidente o tratamento diferenciado da matéria de responsabilidade da Administração em relação à responsabilidade entre particulares, fixando-se naquele país a competência da jurisdição administrativa no *Conseil d'Etat*.

No que concerne ao *arrêt Blanco*, denota-se que sua maior contribuição foi definir que em se tratando da Administração a “responsabilidade se regia por princípios próprios não plenamente coincidentes com os de direito comum”.⁵⁷

A partir desta premissa foi possível definir a concepção de falta de serviço em detrimento do conceito da “culpa” proveniente do regime privado, pois o dever de responder estaria vinculado à insuficiência da prestação do serviço ou a não prestação.

Paul Duez e Guy Debeyre relacionam os fatores que ensejaram a construção da referida teoria: a) a extensão da competência dos Tribunais Administrativos, o abandono da distinção dos atos de autoridade e de gestão e também pelo abandono da competência judiciária em matéria de responsabilidade municipal e b) devido a multiplicação das ações de responsabilidade perante o Conselho de Estado, o que permitiu a consolidação de sua doutrina.⁵⁸

Admitindo-se a fundamentação da responsabilidade do Estado por outro fator que não a culpa civil, qual seja, a culpa publicística ou a falta do serviço – que na lição de Paul Duez se apresenta ante a inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço⁵⁹- passou-se a aceitar a possibilidade de responsabilizar o Estado mesmo que não fosse comprovada a ocorrência da falta do serviço, nas hipóteses de profunda dificuldade para a vítima. Neste ponto, bastava a demonstração do nexo de causalidade entre o dano sofrido

56 OLIVEIRA, O. F. da L., p. 292.

57 BASTOS, C. R. Curso de Direito Constitucional. - 22 ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2001. p. 346.

58 DUEZ, P. et DEBEYRE, G. *Traité de Droit Administratif*. - Paris, Librairie Dalloz, 1952. p. 418.

59 DUEZ, P. *La responsabilité de la puissance publique*, 1927, p. 15. apud STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*. - 6ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 958-959.

e a ação ou omissão da Administração, assim como a existência do dano revestido de caráter especial, anormal e excepcional.⁶⁰

Desse modo, a jurisprudência do Conselho de Estado Francês passou a exigir a presença de menos requisitos para o reconhecimento da responsabilidade estatal, tendência que evoluiria na aceitação da responsabilidade objetiva para os atos do Estado. Celso Ribeiro Bastos ressalta que para atingir esse resultado “foi muito importante a noção francesa de 'faute du service, que se opunha a uma 'faute personnelle'. Abandona-se a figura isolada do agente para fazer repousar a responsabilidade numa abstração, é dizer, no serviço. Bastava, pois, que este tivesse sido mal prestado, ou prestado tardiamente, ou não executado quando o devesse ter sido”.⁶¹

A construção de uma teoria não embasada na culpa é apontada pela maioria dos autores como a melhor escolha doutrinária para reger os casos de responsabilidade que envolvem o Estado. Nesse sentido, ensina Hely Lopes Meirelles que “a doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por *princípios objetivos*, expressos na *teoria da responsabilidade sem culpa* ou fundados numa *culpa especial do serviço público* (...)”.⁶²

A respeito das teorias que procuram fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado, encontram-se as seguintes teses doutrinárias: teoria da culpa administrativa, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.⁶³

A primeira, também denominada de teoria da culpa do serviço público,⁶⁴ transferiu a culpa para a esfera da responsabilidade pública, adaptando-se às particularidades do ato administrativo.⁶⁵

60 OLIVEIRA, F. A. Responsabilidade Civil do Estado por fatos da Administração Pública, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba:Juruá, 1980 (20), p. 314.

61 BASTOS, C.R, p. 347.

62 MEIRELLES, H. L., p. 648.

63 STOCO, R., p. 958.

64 DI PIETRO, M. S. Z., p. 643.

65 PEREIRA, C. M. da S. Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 130.

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles tece a excelente explanação:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a *falta do serviço* para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio *falta do serviço/culpa da Administração*. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*.⁶⁶

Nessa orientação também manifesta-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem a teoria da culpa do serviço apresenta superficialmente a idéia da responsabilidade objetiva, “uma vez que infligido o *dano* e comprovada, como causa, a *falta do serviço*, disso haveria responsabilidade. A esta corrente denominou-se, marcando a transição, de *teoria da culpa administrativa*”.⁶⁷

Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira salienta que a teoria do acidente administrativo – terminologia empregada pelo autor à falta do serviço –, encerra as “últimas amarras com o elemento subjetivo e, dele prescindindo, dava surgimento à obrigação de reparar o dano a partir do simples *ato lesivo*”.⁶⁸

Por fim, insta destacar a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho, ao propor que a “teoria da culpa administrativa constituiu o primeiro passo na mutação da ideologia subjetiva da culpa civil frente à responsabilidade civil do Estado, consubstanciada na tese do risco administrativo (...), pois conferiu relevo e importância à falta do serviço”.⁶⁹

É possível identificar certa divergência quanto à inclusão da falta do serviço na esfera da responsabilidade objetiva, embora não haja dúvidas de que tal teoria não busca a culpabilidade do agente, sendo escorreita a configuração da culpa do serviço, por este não ter sido prestado ou ante a prestação insuficiente.

Por outro lado, defende Rui Stoco a aplicação da responsabilidade subjetiva na teoria da falta do serviço, ante a aferição da culpa ou dolo. Ademais, justifica que

66 MEIRELLES, H. L., p. 649.

67 MOREIRA NETO, D. de F., p. 578.

68 PEREIRA, C.M. da S., op. cit., p. 131.

69 BACELLAR FILHO, R. F., p. 211.

“caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente.”⁷⁰

Já Hely Lopes Meirelles aponta que em tal teoria persiste a culpa, mas que se trata de uma culpa especial da Administração, a culpa administrativa.⁷¹

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro tratar-se da culpa anônima do serviço público, caso em que a responsabilidade será apurada prescindindo-se da culpa individual do funcionário, sempre que o serviço público não funcionar, funcionar atrasado ou funcionar mal.⁷²

Ao preterir a presença da culpa, argumenta Caio Mário da Silva Pereira que para a teoria do acidente administrativo “basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio de normalidade”, para que reste configurada a responsabilidade estatal e, por conseguinte, o dever indenizatório.⁷³

Na perspectiva publicista, defende-se a teoria da falta do serviço como formadora da responsabilização objetiva, constituindo o acidente administrativo a base de surgimento da teoria do risco. Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho:

Reafirme-se que a suscitação da *faute du service* desencadeou o processo de evolução que culminou com as teorias objetivas do risco, sem, contudo sepultar, face o posicionamento de significativa parte da doutrina, o resquício civilista da culpa. A teoria do acidente administrativo baseada na falta de serviço desmembrou-se, possibilitando a existência do que hoje se tem chamado de teorias do risco (integral e administrativo).⁷⁴

Vale lembrar que pela aplicação do princípio da solidariedade, os prejuízos ocasionados pela atividade estatal devem ser repartidos com o sacrifício de todos na sociedade. Por essa razão Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que “pouco importaria se houvesse culpa, ou não, do agente público causador do dano,

70 STOCO, R. p. 960.

71 MEIRELLES, H. L. M., p. 649.

72 DI PIETRO, M. S. Z., p. 646.

73 PEREIRA, C. M. da S., p. 131.

74 BACELLAR FILHO, R. F., p. 213.

entronizando-se, então, nova fase da *teoria objetiva*, de inspiração publicista, com suas três modalidades”.⁷⁵

Refletem os autores que a incidência da culpa, mesmo que na espécie anônima, conduz o administrado a uma dificuldade exacerbada para provar o dano causado. Com razão tal assertiva, eis que presente significativa desigualdade de meios entre o particular e a Administração.

De fato, no que concerne aos atos do Estado, vislumbra-se que o instituto evoluiu para a aceitação da responsabilidade objetiva, sob os moldes do risco administrativo ou integral.

O risco administrativo determina a indenização mediante presença do nexo causalidade entre o dano e a conduta estatal, prescindindo a configuração da falta do serviço ou da culpa do agente. É a hipótese do *fato do serviço* que, diferente da falta do serviço na qual se baseia a teoria da culpa administrativa, pressupõe o “fato lesivo da Administração”.⁷⁶

Aduz Hely Lopes Meirelles que nesta teoria “não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais”.⁷⁷

É o que Carvalieri Filho relata como “expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos”; cuida-se de um risco criado no exercício da atividade administrativa.⁷⁸ O autor assinala que o fundamento para se responsabilizar o Estado no caso de inexistir violação jurídica, tem fulcro no dever de incolumidade da atividade estatal, ou seja, garantir a segurança para evitar a causação do dano.⁷⁹

75 MOREIRA NETO, D. de F., p. 578.

76 MEIRELLES, H. L., p. 649.

77 Idem.

78 CARVALIERI FILHO, S., p. 232.

79 Idem.

Em suma, os autores chegam a conclusões semelhantes a respeito da teoria do risco administrativo. Cabe destacar a brilhante síntese elaborada por Flávio de Araújo Willeman:

Vê-se, então, que a teoria do risco administrativo conduz à responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, em que não mais se perquire o elemento culpa do agente público para se chegar, como premissa necessária, ao dever de indenizar. Basta que a atividade administrativa, lícita (nos casos especificados na legislação ou de irrazoável sacrifício imposto ao lesado) ou ilícita, cause dano a terceiro e que haja o nexo de causalidade entre o dano e a conduta administrativa”.⁸⁰

Nada obstante, há casos em que mesmo configurado o dano, não surgirá para a Administração a obrigação de indenizar. São as hipóteses de aplicação das excludentes de responsabilidade, seja porque a vítima colaborou de alguma forma para a concretização do resultado, seja pela presença do caso fortuito ou de motivo de força maior.

A exclusão do dever indenizatório, nesses casos, visa a impedir que o Estado se torne o segurador universal ante os prejuízos ocorridos na sociedade. Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho: “...pela profusão de ações indenizatórias fundadas em fatos que envolvessem a Administração Pública, todavia, sem guardar com este nenhuma relação causal quanto ao evento danoso”.⁸¹

A distinção verificada entre as modalidades da *teoria do risco* projeta-se justamente no que diz respeito a admissão dessas excludentes, uma vez que na aplicação do risco integral descabe a exclusão de responsabilidade, ainda que evidente a participação da vítima ou de quaisquer outros fatores.

Contudo, já advertia Hely Lopes Meirelles acerca da difícil aplicação desta vertente da teoria do risco:

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo*, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.⁸²

80 WILLEMAN, F. de A. A Responsabilidade das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002), p. 353: in____Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 343-377.

81 BACELLAR FILHO, R. F., p. 221.

82 MEIRELLES, H. L., p. 650.

Assim, o risco integral não teria sido recepcionado pelo direito pátrio, exceto nos casos em que a lei assim o determine, a exemplo da responsabilidade por acidente nuclear.

Por outro lado, apontam Di Pietro e Medauar que muitos autores que defendem o risco integral acabam por entrar em contradição ao admitirem a exclusão da responsabilidade estatal em caso de força maior ou por culpa da vítima, uma vez que nessas circunstâncias não estaria presente o nexo de causalidade.⁸³

Disso resulta que a teoria do risco é melhor aplicada pelo viés do *risco administrativo*, exigindo-se do particular a comprovação do nexo causal entre o dano e a conduta estatal, isto se a lesão não for provocada por motivo de força maior ou mediante a participação da vítima.

2.4 A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em um retrospecto histórico, denota-se que mesmo as Constituições anteriores à de 1946, não chegaram a cogitar a irresponsabilidade do Poder Público pelos seus atos (comissivos ou omissivos); previa-se, ao menos, uma solidariedade estatal em relação aos atos ilícitos de seus agentes.

A responsabilidade era, até então, fundada na culpa dos agentes públicos, sendo necessário demonstrar sua imprudência, imperícia ou negligência ao causar dano a terceiros para se obter a indenização. Como não raras vezes a vítima ficava sem reparação em razão de não conseguir comprovar a culpa, pois em posição bastante inferior à do ente estatal, mudou-se o cenário da responsabilização estatal, a qual evoluiu no sentido de sua objetivação.

Encontra-se o marco legal na Carta Constitucional de 1946, a qual descartou a necessidade de se apurar a culpa para o nascimento da

83 DI PIETRO, M. S. Z, p. 647; MEDAUAR, O., p. 368.

responsabilização civil do Estado e passou a consagrar a responsabilidade civil objetiva do Estado brasileiro.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade do Estado foi estampada no art. 37, § 6º, nestes termos:

Art. 37. (...)

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

No mesmo sentido é a redação do art. 43 do Código Civil, ao dizer que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Imprescindível ressaltar que o revogado Código Civil de 1916 dispunha, no seu artigo 15, acerca “da responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público (1) como subjetiva o que pressupunha comprovação de dolo ou culpa e (2) abrangendo tão-somente os atos ilícitos”.⁸⁴

Sobre o assunto, esclarece Bacellar Filho que a Constituição de 1946 teria revogado o citado dispositivo, ao “disciplinar tal responsabilidade na modalidade objetiva”, menos para os atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito privado. Desse modo, no que diz respeito à Administração, teria vigorado o seguinte sistema até a promulgação da Constituição de 1988:

(...) as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública conviviam com dois sistemas de responsabilidade: (i) caso se tratasse de uma pessoa jurídica de Direito Público, a responsabilidade seria objetiva, por incidência de dispositivo constitucional, (ii) caso se tratasse de uma pessoa jurídica de Direito Privado, a responsabilidade seria subjetiva, por incidência da regra genérica do Código Civil.⁸⁵

Conforme visto anteriormente, a redação do atual Código Civil, que acompanhou o texto da Carta Constitucional de 1988, pôs fim às diferenças decorrentes do tipo de personalidade jurídica do causador do dano. Restou

⁸⁴ BACELLAR FILHO, R. F., p. 223.

⁸⁵ Idem.

estabelecido que, para surgir a obrigação estatal de indenizar, basta que a vítima prove que o dano por ela sofrido teve como causa a atividade administrativa, somente perquirindo-se acerca do comportamento culposo do agente público no caso de ação regressiva do Estado em face deste.

Com efeito, parte considerável da doutrina entende que este posicionamento da legislação consagrou a responsabilidade objetiva como regra em nosso ordenamento jurídico.

Há, no entanto, uma segunda corrente, iniciada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁸⁶, que vislumbra autorizada a aplicação da teoria subjetiva nos casos em que a Administração foi omissa, sob o entendimento de que o texto constitucional determina a responsabilidade sem culpa somente para os danos praticados pelos agentes, ou seja, nos atos comissivos.

Em referência ao renomado Prof. Oswaldo Aranha, o igualmente partidário dessa doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello, assim introduz:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.⁸⁷

Em análise às distintas interpretações da teoria albergada pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal, Romeu Felipe Bacellar Filho admite a controvérsia, doutrinária e jurisprudencial, no que concerne à omissão do Estado. Em relação aos atos comissivos, anota que já prevalece o consenso de aplicação da responsabilidade objetiva; por fim, posiciona-se no sentido da doutrina que afirma a natureza objetiva da responsabilidade descrita no texto constitucional.

Por tudo o que foi exposto, extrai-se como direcionamento a ser seguido o reconhecimento de que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, contempla a aplicação da teoria objetiva na hipótese de conduta comissiva, cabendo, ainda hoje, a teoria subjetiva nos casos de omissão.

86 BANDEIRA DE MELLO, O. A. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. II, p. 487.

87 BANDEIRA DE MELLO, C. A., p. 1003.

Em consonância com esse entendimento está a síntese proferida por Diógenes Gasparini:

(...) em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da *culpa administrativa* e do *risco administrativo*, desprezadas as da *irresponsabilidade* e do *risco integral*. Aquela, a culpa administrativa, se aplica, por exemplo, para responsabilizar o Estado por danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido em comportamentos que lhe são impostos por leis; quando há o dever legal de agir e o Estado se omite. Esta, a do risco administrativo, nos demais casos, ou seja, onde há uma ação do Estado.⁸⁸

É com fulcro na doutrina que entende pela aplicação da culpa administrativa que serão analisados os parâmetros da responsabilidade estatal, quando a Administração se mostra ineficiente em seu dever de fiscalizar as atividades de risco ao meio ambiente.

3. ELEMENTOS E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Este tópico almeja uma breve introdução acerca dos componentes que ensejam a responsabilidade: os agentes públicos envolvidos, o dano produzido pela conduta lícita ou ilícita e o nexo de causalidade. Preferiu-se comportar a *culpa* no próximo capítulo, por configurar um tema de maior polêmica no âmbito da teoria da responsabilidade. Ao final serão melhor apresentadas as possibilidades de exclusão da responsabilidade extracontratual do Estado.

3.1 OS SUJEITOS

Cuida-se das pessoas envolvidas na hipótese de cometimento do dano imputável à conduta estatal, panorama em que inclusive participa o lesado, pois

⁸⁸ GASPARINI, D., p. 1032.

conforme visto, na teoria do risco administrativo a conduta da vítima é de extrema relevância na apuração de possível excludente de responsabilidade.

José dos Santos Carvalho Filho se refere a este cenário apontando que nele participam o Estado, o lesado e o agente do Estado. A inserção do ente público é explicada pois “o Estado, segundo o direito positivo, é civilmente responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sendo-o, incumbe-lhe reparar os prejuízos causados, ficando obrigado a pagar as respectivas indenizações.”⁸⁹

O art. 37, §6º, da Carta Constitucional de 1988, faz menção aos agentes públicos e imputa aos particulares prestadores de serviços públicos a mesma responsabilidade devida pelo Estado.

Em relação ao termo *agente*, a perspectiva adotada pela doutrina é a interpretação extensiva, eis que contempla “todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório”, que pratiquem “o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.⁹⁰

A conduta dos agentes conforma a atuação do Estado; aqueles agem sob as prerrogativas inerentes ao ente público, de modo que não há como separar a conduta da Administração daquela praticada por seus representantes.

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que:

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.⁹¹

Extrai-se do conceito o fato do Estado indenizar diretamente a vítima do dano, resguardado o direito de ajuizar a ação regressiva contra o agente, quando presente dolo ou culpa. Isto pois, como aduziu Bandeira de Mello, cuida-se de um vínculo caracterizado por uma relação interna, cuja prova de dolo ou culpa cabe somente ao Estado, sendo irrazoável exigir da vítima que comprove a má conduta do agente.

89 CARVALHO FILHO, J. dos S., p. 428.

90 MEIRELLES, H. L., p. 565.

91 BANDEIRA DE MELLO, C. A., p. 1008.

3.2 DANO INDENIZÁVEL

Para aferição da responsabilidade, é imprescindível delimitar as características do dano que faz surgir a obrigação de indenizar. Adverte Romeu Felipe Bacellar Filho que “o dano ressarcível é aquele que se mostre especial, anormal e ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido”⁹²

Nesse aspecto, a especialidade esperada é a que vai além da atuação da Administração no uso do poder de polícia, no qual possível redução do direito do administrado não é capaz de gerar ressarcimento. A apontada anormalidade, por sua vez, é a que supera os “razoáveis limites de suportabilidade”. Aplica-se em ambos os casos o requisito de juridicidade, pois não é admissível o ressarcimento de bens “oriundos de comportamentos reprováveis, ou interesses considerados escusos de acordo com o conjunto normativo”.⁹³

Conforme preleciona Sílvio de Salvo Venosa:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor econômico e não econômico. (...) Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*).⁹⁴

Com precisão, Sérgio Cavalieri Filho, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, salienta que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar,

92 BACELLAR FILHO, R. F., p. 236.

93 Idem..

94 VENOSA, S. S. Direito civil: responsabilidade civil.- 8. ed.- São Paulo: Editora Atlas, 2004. - (Coleção Direito Civil; v. 4). p.34.

ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.⁹⁵

Como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, nos casos em que prevalece a responsabilidade objetiva por atos comissivos lícitos do Estado, a aferição de responsabilidade não ocorre pela identificação da conduta do agente, mas, ao contrário, pela qualificação do dano, no pólo passivo. São as palavras do mestre:

Já se mencionou que há responsabilidade estatal tanto por atos ilícitos como por atos lícitos. No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparação não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito. Donde, ante atuação lesiva do Estado, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importa que o dano seja ilegítimo se assim nos podemos expressar; não que a conduta causadora o seja.⁹⁶

Assim, vislumbram-se distintos os requisitos do dano conforme seja decorrente de ato lícito ou ilícito do Poder Público. Maria Emília Mendes Alcântara sustenta que os atos ilícitos independem da configuração do dano especial e anormal, pois são características que já se encontram na ilicitude, sendo necessária a aferição da certeza do dano e de sua valoração econômica.⁹⁷

Em síntese, depende a responsabilidade, no caso do ato ser lícito, do “nexo de causalidade, dano certo, não eventual e possível, bem como anormal e especial”. Entretanto, verificada a ilicitude, há de estar “fundamentado no princípio da legalidade, bastando o preenchimento dos requisitos da imputabilidade e do nexo de causalidade”, exigindo-se ainda para a indenização que o dano seja certo e não eventual.⁹⁸

A partir dessa premissa é possível aduzir que da conduta ilícita, por exemplo, quando a Administração tinha o dever de agir e não o fez (caso em que se enquadra o dever de fiscalizar), surge a espécie de dano que, para ser indenizável,

95 GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo:Saraiva, 2003, v. 3, p. 40.

96 BANDEIRA DE MELLO, C. A., p. 985-986.

97 ALCÂNTARA, M. E. M. Responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado? Apud BANDEIRA DE MELLO, C.A.. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1986. p. 70.

98 SIQUEIRA, B.L.W. O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado. Revista de Direito Administrativo. n. 219, jan./mar. 2000, p. 95.

necessita da certeza de sua existência e da proteção prevista em lei.

Em capítulo específico adentraremos no âmbito do dano ambiental, que apesar de suas peculiaridades resguarda os requisitos básicos acima delineados.

3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Na teoria do risco administrativo, para configurar a responsabilidade do Estado, basta, segundo o entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência, mera relação causal entre o comportamento do agente estatal e o dano advindo dele. É dizer, deve-se provar o liame causal entre um e outro.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, a prova deve recair não sobre o elemento subjetivo de que se animou o agente (culpa ou dolo), cuja consideração a lei dispensa, mas sobre o elo de ligação da conduta ao dano experimentado.

Quanto à questão da prova da relação causal, ensina Caio Mário que

a matéria referente à dificuldade da produção do nexo causal vem, em princípio, subordinada ao velho aforismo, segundo o qual, ao autor incumbe a prova do que alega - *onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*. Ajuizando a ação indenizatória, propõe-se o autor provar os requisitos da responsabilidade civil. Se não logra evidenciá-los decairá do pedido. Cabe-lhe, então, provar o vínculo necessário entre o fato e sua pretensa consequência.⁹⁹

Aprofundando-se na matéria, Carlos Roberto Gonçalves faz importante contribuição ao tratar do tema das concausas, as quais acarretam em certo óbice na explanação da teoria do nexo causal. Cuida-se da situação em que mais de uma causa interfere na produção do dano, sendo necessário averiguar a qual incumbe o resultado. Ao que nos interessa, Gonçalves anota que “o Código Civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe que, neste caso, ela é solidária (cf. Art. 942, parágrafo único)”.¹⁰⁰

99 PEREIRA, C. M. da S., p. 76-77.

100 GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 331.

Com efeito, é o caso em que mais de um sujeito participou significativamente para a deflagração do dano. Resta-nos refletir acerca desta participação, se encerra apenas a conduta ativa dos sujeitos ou se a omissão pode configurar como um dos fatores que produz a lesão.

Há de ser ter em vista que neste caso estaríamos diante da chamada conduta comissiva por omissão, quando o agente tinha o dever legal de agir e não o fez.

Por fim, é suficiente para o desenvolvimento do trabalho encerrar o conceito de nexos de causalidade como o “vínculo, o elo de ligação entre a atividade estatal e o dano produzido ao terceiro. Ele surge da obrigação extracontratual entre o sujeito estatal e o particular”.¹⁰¹

3.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

São as causas que afastam (por exclusão) a responsabilidade do Estado. Embora a doutrina as apresente com certa divergência, elige-se aqui o entendimento proferido por Rui Stoco, o qual se afigura em mais conformidade com os parâmetros da responsabilidade estatal – são elas: o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.¹⁰²

Definir as hipóteses de caso fortuito e a força maior é tarefa árdua diante dos diferentes posicionamentos doutrinários adotados na matéria. Busca-se na lição de Romeu Felipe Bacellar Filho a segura explanação sobre o assunto:

A distinção não oferece nenhuma dificuldade. Em se tratando de caso fortuito, o traço marcante é a imprevisibilidade. Se o evento pudesse ser previsto, certamente poderia ser evitado. Já em se tratando de força maior, o que transcende é a irresistibilidade. O evento, em muitos casos, embora previsível, afigura-se inevitável por sua força maior.¹⁰³

101SIQUEIRA, B.L.W., p. 96.

102STOCO, R., p. 975.

103BACELLAR FILHO, R. F., p. 242.

A culpa da vítima, quando exclusiva, desfaz o vínculo entre o dano e a conduta estatal, ocorrendo a isenção da Administração do dever de indenizar. É possível, no entanto, que o comportamento da vítima venha a contribuir para o resultado, caso em que a responsabilidade do Estado será mitigada.¹⁰⁴ Parece que nesta hipótese, a participação do lesado configura mais um atenuante do nexo causal.¹⁰⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na perspectiva da teoria do risco, alerta que se “o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única”, então deixaria de existir o nexo de causalidade. Essa situação já não seria observada no caso da responsabilidade estar embasada na teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço.¹⁰⁶

A renomada administrativista defende a força maior (acontecimento imprevisível, inevitável e estranho às partes) e a culpa exclusiva da vítima, como situações de exclusão da responsabilidade do Estado. O caso fortuito, quando o dano é produzido por ato humano ou falha estatal, não seria suficiente para configurar uma excludente. Ademais, na força maior é possível a responsabilidade por omissão, com base na teoria da culpa do serviço, se além do evento natural concorrer deficiência no serviço público.¹⁰⁷

Diógenes Gasparini discorre acerca do requisito essencial que caracteriza a responsabilidade estatal, qual seja, o fato de incumbir-se ao Estado somente a indenização por danos cometidos por seus agentes, “de sorte que nem se cogita da responsabilização do Estado por dano decorrente de ato de terceiro”. Portanto, não é devida indenização se o prejuízo for deflagrado por motivo de força externa, no caso de greve ou grave perturbação da ordem (força maior) ou se a vítima provocou o dano.¹⁰⁸

104MEDAUAR, O., p. 372.

105Essa é a lição de Di Pietro, ao proferir: “como causa atenuante, é apontada a culpa concorrente da vítima.” (DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2010. p. 652).

106DI PIETRO, M. S. Z., p. 651.

107Idem, p. 652.

108GASPARINI, D. p. 1032-1033.

Em relação à força externa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende ser aplicável a teoria da culpa do serviço:

(...) quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese (...) é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado.¹⁰⁹

Segundo o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo o dano consequência da omissão do Estado, quando este tinha o dever de evitá-lo, ante ao dever legal de agir com diligência, prudência e perícia, se não houver dolo ou culpa, não há que se falar em responsabilidade.¹¹⁰

Anota-se, por último, o estado de necessidade como excludente ou atenuante da responsabilidade, ainda que esse entendimento não seja unânime na doutrina.¹¹¹ Aponta Romeu Felipe Bacellar Filho que se trata da “terceira classe de situações que afastam ou diminuem a responsabilidade da Administração Pública, pois traduz hipótese em que prevalece o interesse coletivo sobre o individual.”¹¹²

Portanto, em face dos direitos coletivos a serem protegidos, ocorrerá, dependendo da espécie desses direitos, a exclusão da responsabilidade do Estado.

109DI PIETRO, M. S. Z., p, 652.

110BANDEIRA DE MELLO, C.A., p. 1023.

111Denota-se que para Rui Stoco, “em se tratando de responsabilidade objetiva do Poder Público, não se pode considerar as situações personalíssimas da legítima defesa, do estado de necessidade ou de estrito cumprimento do dever legal, na atuação do agente público (que se classificam como excludente de ilicitude), como causas excludentes de responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, se não se provar culpa exclusiva da vítima, pois, se não se caracterizam como ilícito penal ou civil para o agente, não têm o condão de romper o liame causal para o Estado.” (STOCO, R. Tratado de Responsabilidade Civil - com comentários ao Código Civil de 2002 – 6. ed. rev., atual. e ampli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 975-976).

112BACELLAR FILHO, R. F., p. 243.

A TEORIA SUBJETIVA NA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

1. APLICAÇÃO DA CULPA NA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

Em que pese o instituto da responsabilidade ter evoluído no sentido de albergar a teoria objetiva como regra em relação ao Estado, todavia há doutrinadores que admitem, em certos casos, o fundamento da responsabilidade sob critérios subjetivos.

Almiro do Couto e Silva ressalva essa possibilidade ao aduzir que a regra na responsabilidade do Estado é a dispensa de culpa, bastando, pois, a configuração do dano e nexa causal. A análise da culpa seria imprescindível apenas em certos casos.

É o que ocorre, por exemplo, nos serviços que o Estado presta aos particulares e que, nas relações privadas são caracterizados como obrigações de meios e não obrigações de resultados, tais como os serviços médicos, de defensoria pública, etc.¹¹³

Do mesmo modo, nas hipóteses de força maior e de caso fortuito, a Administração responderia subjetivamente, nos moldes da teoria da culpa administrativa, pois são situações em que o dano não é resultado do comportamento estatal.¹¹⁴

Hely Lopes Meirelles visualiza no texto constitucional a distinção entre os danos causados por agentes da Administração, daqueles que ocorrem por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Nos “atos predatórios de terceiros” e nos “fenômenos naturais que causem danos aos particulares” aplica-se a teoria da culpa civil, “manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano”.¹¹⁵

113COUTO E SILVA, A. do. A responsabilidade extracontratual do Estado de Direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo. n. 202, out./dez. 1995, p. 24.

114GASPARINI, D., p. 1043.

115MEIRELLES, H. L., p. 655.

Lúcia Valle Figueiredo sustenta que na omissão do Estado em seu dever de fiscalizar aplica-se a regra geral da responsabilidade objetiva, sendo que na dificuldade de comprová-la “dever-se-á apelar para a responsabilidade subjetiva, verificando-se, destarte, se houve ausência de prestação devida ou se, também – embora tenha havido tal prestação –, sua insuficiência.”¹¹⁶

Assim, colhe-se dessa perspectiva doutrinária as hipóteses em que a responsabilidade subjetiva será excepcionalmente aplicada: nos serviços prestados aos particulares que constituem obrigação de meio e não de fim; nos danos decorrentes da omissão do Estado e, por último, nos eventos da natureza que causam prejuízo aos administrados, mas que a atuação estatal eficiente poderia evitar.

1.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OMISSÃO

Os pressupostos da responsabilidade civil do Estado serão distintos de acordo com a natureza da conduta deflagrada: enfrenta-se o ato comissivo quando o ente público executa alguma ação, enquanto que na hipótese de abstenção de certo comportamento ocorre a omissão.

Observa-se que, a princípio, essa classificação não tem por finalidade transmitir a ideia de que nos casos em que o Estado não age seria menos gravosa a indenização devida. José Cretella Júnior adianta que “não apenas a ação produz danos. Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração.”¹¹⁷

Sendo o evento danoso oriundo de comportamento comissivo, pouco importa se o ente público agiu com legitimidade ou não. Neste caso, certa será a responsabilidade objetiva do Estado, em observância ao princípio da igualdade. Assim, “se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o

116FIGUEIREDO, L. do V., p. 284-285.

117CRETELLA JÚNIOR, J. Tratado de Direito Administrativo. V. VIII – Responsabilidade em Direito Administrativo. Rio – São Paulo: Forense, 1969. p. 210.

princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado.”¹¹⁸

No que concerne à omissão do Estado, ressalta-se o raciocínio de Carlos Roberto Gonçalves ao lecionar que “o Estado responde por omissão quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar de obstar àquilo que podia impedir e estava obrigado a fazê-lo.”¹¹⁹

Diferente é o fundamento da responsabilidade estatal quando de sua omissão, isto é, da sua obrigação de indenizar o dano que decorre da sua inobservância a um dever legal de atuação. De fato, a controvérsia doutrinária versa acerca da opinião de parte dos autores que estendem a responsabilidade objetiva também nas omissões da Administração.

Contudo, na linha de pensamento que se tem adotado no presente trabalho, corrobora-se o entendimento dos autores que defendem a aplicação da responsabilidade subjetiva em face da omissão estatal.

Coleciona-se a significativa explanação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.¹²⁰

Portanto, nos casos em que o serviço não funciona ou funciona tardia ou ineficientemente, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. E isto pode ocorrer por evento da natureza, que o Poder Público deveria impedir e não o fez, e no comportamento ilícito do particular que deveria ter sido controlado pela Administração.

A fundo, cuida-se sempre de uma “responsabilidade por comportamento ilícito” e, por conseguinte, de “responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de

118BANDEIRA DE MELLO, C.A., p. 1011.

119 GONÇALVEZ, C. R., p. 220.

120BANDEIRA DE MELLO, C.A., p. 1013.

negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).¹²¹

Ao tratar do tema, Celso Ribeiro Bastos denota que quando a Administração se exime de agir, quando devia, importa na responsabilidade prevista pelo Código Civil, sendo necessária a comprovação de culpa. É a hipótese em que a abstenção do Estado possibilitou a existência do dano, no entanto, não sendo seu causador, “visto que não há um nexo de causalidade entre a omissão e o surgimento do prejuízo.”¹²²

Nesse sentido, Maria Helena Diniz também entende ser subjetiva a responsabilidade estatal por omissão, pela necessidade de prova de culpa ou dolo. Adverte ainda que “os prejuízos não são causados pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que omissão é condição do dano, ou melhor, é o evento cuja ausência enseja a ocorrência da lesão.”¹²³

De fato, na omissão o dano não é diretamente produzido pela Administração que, na verdade, tinha o dever de atuar com diligência para evitá-lo. Por isso, diz-se que a teoria do risco é mais adequada aos atos comissivos, pois “na hipótese de atos omissivos, a aplicação da teoria do risco importaria em uma exacerbação descomedida da responsabilidade do Estado.”¹²⁴

Destaca-se que nem toda omissão é capaz de gerar a responsabilização do Estado. Não é suficiente averiguar o vínculo “*ausência do serviço* (omissão estatal) e o *dano sofrido*”,¹²⁵ sem atentar para a presença de dois requisitos: descumprimento de obrigação legal para que a Administração não permita a concretização do dano e constatação de que o serviço foi ineficiente, incorrendo o ente público em culpa (por negligência, imprudência ou imperícia), “em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.”¹²⁶

121Ibidem.

122BASTOS, C. R., p. 195.

123DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro.- 4. ed.- São Paulo: Saraiva, 1988. p. 415.

124SAAD, R. M. O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 67.

125BANDEIRA DE MELLO, C. A., p. 1013.

126Idem.

Opera-se a aferição da culpa na conduta estatal para justificar se há ou não dever de indenizar. José dos Santos Carvalho Filho compartilha desse entendimento e informa que:

(...) quando a conduta estatal for omissa, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.¹²⁷

Na sequência do raciocínio, Carvalho Filho afirma que a conduta omissiva somente enseja a responsabilidade do Estado se aferíveis os elementos que compõem a culpa. Esta, “origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.”¹²⁸

Por sua vez, não cabe a vítima do dano provar a culpa ou dolo na conduta da Administração, uma vez que é dever do ente público “demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir”, para que então não responda pelo prejuízo causado.¹²⁹

Repete-se, uma última vez, as hipóteses em que frente a omissão de conduta legalmente prevista, haverá a responsabilidade estatal: dano decorrente de evento natural que a Administração poderia impedir, mas que se manteve inerte, e dano provocado por particular em atividade cujo controle ou autorização cabia ao Poder Público.

Assim, em ambas as situações o Estado deveria ter agido porque havia determinação legal para que o fizesse. Dessa nota extrai-se como pressuposto para a responsabilidade por omissão a verificação do ato ilícito e que, ademais, não interessa a simples omissão do ente público, mas aquela que infere o descumprimento de dever legal.

127CARVALHO FILHO, J. dos S., p. 443.

128Idem.

129DI PIETRO, M. S. Z., p. 656.

2.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E COMPORTAMENTO ILÍCITO

Nos termos já delineados, tem-se que a obrigação de indenizar parte da desobediência ao princípio da legalidade, residindo na consumação do ato ilícito a circunstância que leva a responsabilização do Estado.

Defini-se o “ato ilícito como o ato jurídico pelo qual um sujeito viola uma norma jurídica, cujos efeitos causam danos ao titular do direito subjetivo amparado pela norma.”¹³⁰

Em correta adequação à perspectiva da teoria subjetiva, aduz Odília Ferreira da Luz Oliveira que “as teorias *subjetivas* dizem respeito à responsabilidade patrimonial do Estado por atos ilícitos, apoiando-se na culpa do agente ou na falta (culpa) do serviço”.¹³¹

Com efeito, o requisito essencial para configuração da responsabilidade por conduta omissiva do Estado é a previsão legal. Salienta-se que:

(...) quando em pauta a responsabilidade por comportamento negativo, o Estado só responderá se houver omitido dever que lhe tenha sido prescrito por normas; não se sua inação for lícita. É que o conceito de omissão, em direito, está ligado ao de ilicitude. Sob o ponto de vista jurídico, a mera inação não configura omissão, esta só se apresenta quando, tendo o dever de agir, o sujeito fica inerte. Assim, o Estado não é obrigado a indenizar pelo homicídio praticado pela mulher contra o marido, dentro de casa, embora seja certo que a presença da polícia no local, antes do evento, impediria sua consumação. É que inexistente um dever jurídico de o Poder Público policial o interior das residências, logo, não ocorreu omissão. No entanto, o Estado responde pelo acidente automobilístico causado pela falta de conservação de uma estrada; no caso, terá deixado de cumprir o dever de conservar a via pública.¹³²

Conforme visto, a doutrina oferece o arcabouço necessário para a imputação de responsabilidade subjetiva ao Estado por omissão, no cometimento do ato ilícito e mediante a presença dos elementos caracterizadores da culpa.

A averiguação de tal hipótese pode, quizá, levar em consideração a conduta dos agentes públicos (culpa ou dolo) ou, apreciar o funcionamento regular do

130SAAD, R. M., p. 21.

131OLIVEIRA, O. F. da L., p. 293.

132SUNDFELD, C.A Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 175. Apud Câmara, J. de A. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, v. 12. ano 4, p. 44-45, jan./mar. 1997.

serviço. Nesse caso, fala-se na culpa anônima (do serviço como um todo), sem analisar a conduta dos agentes responsáveis pela ineficiência do serviço. Ainda assim, trata-se de *culpa*.

2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

2.1 TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO

Cabe o exame mais detalhado acerca da teoria da culpa do serviço, tendo em vista sua importância para o desenvolvimento do trabalho, eis que fundamenta parcela dos casos de responsabilidade pública por omissão.

Originária do Conselho de Estado francês, esta teoria também denominada *faute du service*, traduzida como culpa do serviço, aponta para o exame do funcionamento do serviço, sob critérios transitórios entre as correntes subjetiva e a objetiva, o que a faz ser considerada por muitos já no âmbito da teoria publicista.

Para Alexandre de Moraes, a culpa do serviço constitui a terceira fase de desenvolvimento da responsabilidade estatal. Assim, “a evolução da Administração Pública trouxe a terceira fase, ou fase da publicização da culpa, também denominada Teoria da Culpa Administrativa ou da *faute du service* (falta do serviço) dos franceses.”¹³³

Apresenta-se mais de um conceito para *culpa*. Segundo Celso Ribeiro Bastos:

A culpa passa a ser do serviço, expressão esta que é utilizada metaforicamente porque, a rigor, o serviço não é passível de culpa. O que revela notar aí é que por esta via se caminhava no sentido da responsabilidade objetiva do Estado e passava a coexistir uma culpa individual ao lado de uma culpa administrativa.¹³⁴

133MORAES, A., de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 231.

134BASTOS, C. R. Curso de Direito Constitucional. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 347.

No âmbito do Direito Público, a teoria da culpa administrativa contempla um “conceito mais amplo de culpa, exorbitante daquele que vigora para o direito privado, consistente, o último, na imprudência, imperícia ou negligência do agente”. A doutrina enaltece que “compreenderia a culpa até a previsibilidade, possibilidade que o funcionário público teria de antever o dano e fazer o possível para evitá-lo, mas não o fez”.¹³⁵

Cumpra também ressaltar as linhas gerais que embasaram a elaboração da *faute du service*. Com fundamento na obra de Paul Duez, assim ensina José de Aguiar Dias:

A teoria da falta do serviço público, elaborada na França pelo Conselho de Estado como concepção autônoma, se caracteriza, segundo o insigne Paul Duez, pelos seguintes pontos essenciais: 1º) *A responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária*. A administração não é declarada responsável em consequência do jogo dos dados preponente-preposto, patrão-empregado, etc., mas absorve a penalidade do agente, que se torna simples peça na empresa administrativa, em cujo corpo se funde. 2º) *A falta do serviço público não depende da falta do agente*. É suficiente estabelecer a má condição do serviço, o funcionamento defeituoso, a que se possa atribuir o dano. (...) 3º) É preciso, entretanto, notar que o que dá lugar à responsabilidade é a *falta*, não o *fato* do serviço. Distinção útil, no sentido de que a teoria não pode ser assimilada à doutrina do risco. 4º) Nem todo defeito do serviço acarreta a responsabilidade: requer-se, para que esta se aperfeiçoe, o caráter de defectibilidade, cuja apreciação varia segundo o serviço, o lugar, as circunstâncias.¹³⁶

Soma-se a exposição conferida por Caio Mário da Silva Pereira, quanto à clássica classificação da culpa do serviço de Paul Duez:

Paul Duez examina as hipóteses de mau funcionamento do serviço público, que ele classifica em três categorias: a) fatos de ordem material, acidentes provocados por pessoas, serviços, veículos, materiais, trabalhos mal conduzidos ou mal executados, perda ou extravio de documentos; erros de informação pela administração; falsa aplicação de texto legislativo ou regulamentar, e muitos outros; b) inação ou omissão dos órgãos administrativos, ainda que não constitua ilegalidade na acepção estrita da palavra; ausência de medidas de proteção necessárias a garantir a segurança das pessoas; falta nos serviços de vigilância das pessoas, como no caso dos alunos de escolas e dos detentos nos presídios; recusa sistemática na aplicação da lei ou regulamento, e outros tantos casos; c) lentidão no funcionamento do serviço público, demora na prática dos atos, inércia ou resistência passiva da administração pública.¹³⁷

135CRETELLA JUNIOR, J. Direito Administrativo Brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 675.

136DUEZ, P. Responsabilité de la Puissance Publique. [S.l.:s.n.], p.11. Apud DIAS, J. de A. Responsabilidade civil do Estado. Da Responsabilidade Civil. 11.ed rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 786.

137DUEZ, P. Responsabilité de la Puissance Publique. [S.l.:s.n.], p.27 e ss. Apud PEREIRA, C. M. da

Desta feita, resume-se como a ineficiência do serviço público pode ser demonstrada:

- a. mau funcionamento. Nesta categoria estão os atos comissivos eivados de culpa do Poder Público (...);
- b. não funcionamento do serviço. Dá-se o não funcionamento do serviço em virtude da omissão da Administração Pública, que está obrigada a agir e não o faz (...);
- c. morosidade ou inércia do serviço. O serviço é prestado, mas tardiamente, causando o perecimento dos bens ou graves prejuízos aos direitos dos administrados.¹³⁸

Na perspectiva de Celso Antônio Bandeira de Mello, na falta do serviço “*não é uma atuação do Estado* que produz o dano, mas por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o *dever de evitar*.” Por isso o autor não considera a aplicação da culpa administrativa na hipótese de mau funcionamento (conduta comissiva), somente naquelas em que o serviço não funcionou ou funcionou tardiamente.¹³⁹

Com razão o entendimento de Bandeira de Mello, visto que a noção de *mau funcionamento* leva em conta a conduta pessoal do agente, o que se quer afastada na esfera da culpa administrativa. Entende-se que:

A falta do serviço público não depende de falta do agente, mas do funcionamento defeituoso, insatisfatório, ou, na terminologia moderna, ineficiente do serviço público prestado, do qual decorre o dano. Significa, portanto, uma deficiência no funcionamento normal do serviço, atribuível a um ou vários agentes da Administração, mas que não lhes é imputável a título pessoal.¹⁴⁰

A questão da diferenciação de culpas, entre o Estado e o agente, por certo configura uma situação conflituosa. Vislumbra-se presente certa abstração, a considerar que a culpa do agente se confundiria com a da Administração, uma vez ser em nome dela que o funcionário exerce a atividade.

S. Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade civil. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 131-132.

138SAAD, R. M., p. 53-54.

139BANDEIRA DE MELLO, C. A., p. 1010.

140RIVERO, J. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1981. p.320. Apud MORAES, A. de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002., p.231.

Resta claro que lesado terceiro, não há de falar-se em responsabilidade do agente. A diretiva impõem-se contra a responsabilidade do serviço público, eis que o caso “não configura culpa individual, e menos ainda, dolo, do agente público.” O evento danoso “resulta da organização do serviço quanto à sua prestação”, sendo sua averiguação realizada “no terreno subjetivo da culpa”.¹⁴¹

É de Temístocles Brandão Cavalcanti a lição que pressupõe que na omissão do Estado “nem sempre se encontra o elemento intencional, isto é, nem sempre pode-se atribuir a falta, a deficiência verificada no serviço, a determinado funcionário”. É fato que “decorre da própria natureza da estrutura interna da administração e do caráter impessoal de que muitas vezes se reveste.”¹⁴²

Resulta que a responsabilidade do Estado, no caso da prática de atos ilícitos pelos agentes, pauta-se pela deficiência no funcionamento do serviço, nem sempre identificável a um funcionário. É suficiente para a responsabilização do Estado que a prestação do serviço seja ineficiente.

Como já antecipava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “a responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados.”¹⁴³

Assim a orientação de Maria Helena Diniz, em síntese do que já foi aqui exposto:

Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou falta do serviço (...)¹⁴⁴

E a responsabilidade do Estado será devida:

(...) porque não cumpriu o dever legal de obstar o evento danoso. (...) Realmente, o dever do Estado é evitar omissões, agindo sempre

141BANDEIRA DE MELLO, O. A., p. 482.

142CAVALCANTI, T. B. Tratado de Direito Administrativo.- 5. ed. v. 1 - São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 408.

143BANDEIRA DE MELLO, O. A., p. 487.

144DINIZ, M. H., p. 416.

oportunamente, procurando, sobretudo, prever que remediar, removendo concreta e objetivamente tudo que possa ser lesivo ao administrado. É mister, portanto, que aja comportamento ilícito do Estado, por não ter obstado o dano, respondendo por esta incúria, negligência ou deficiência. O Estado eximir-se-á da responsabilidade se não agiu com culpa ou dolo, se o dano for inevitável em razão de força maior (...) ou estado de necessidade, se houve culpa da vítima (...) ou de terceiro. (...) Igualmente o Estado não responderá quando, ao atuar por estado de necessidade, causar danos, ante a preponderância, nesse caso, de interesses gerais públicos sobre conveniências, bens ou direitos dos particulares.¹⁴⁵

Desse modo, conclui-se que há suficiente respaldo doutrinário para se aplicar a teoria da *culpa do serviço* no caso de dano provocado por particular mediante a omissão do Estado.

2. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Aduz a doutrina que a teoria do risco administrativo é a que melhor enfrenta a responsabilidade do Estado, por superar as dificuldades de provar outro critério além do dano, comportamento estatal e nexos de causalidade. Neste aspecto, a teoria da culpa do serviço não seria satisfatória, pois a vítima “além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização.”¹⁴⁶

Na aludida teoria do risco administrativo “não se exige qualquer fato do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado”. Apenas se exige o “fato do serviço” e não a falta, como na responsabilidade subjetiva. Assim, o risco administrativo é pautado “no *risco* que a atividade pública gera para os administrados”, promovendo a desigualdade no meio social.¹⁴⁷

Celso Ribeiro Bastos adverte que “como o Estado mobiliza instrumentos de grande potencial lesivo, ao assim fazer, está ele de antemão assumindo o risco

145Ibidem, p. 417.

146MEIRELLES. H. L., p. 561.

147Idem.

pelos danos que daí advenham.”¹⁴⁸

Nada obstante, a doutrina que defende a aplicação do risco criado parece fazer referência ao evento danoso produzido, diretamente, pela ação da Administração Pública. Nas palavras de Caio Mário de Silva Pereira:

Basta estabelecer a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a ação do agente ou do órgão da Administração. Se o funcionamento do serviço público (bom ou mau não importa), causou um dano, este deve ser reparado.¹⁴⁹

O questionamento é inevitável. Pretendendo-se analisar as hipóteses de responsabilidade por omissão, conclui-se, em primeiro lugar, equivocado falar-se em ação (conduta comissiva) do Estado. Neste diapasão, em segundo lugar, se não foi pelo comportamento direto do ente público, deve ser esclarecida a origem do dano.

Sobre este assunto, já se fixou que verificada a omissão, enfrentamos duas possibilidades decorrentes de atos ilícitos: ou o Estado, por não observar as condutas necessárias, permitiu a deflagração de certo evento da natureza, ou deixou de fiscalizar - ou ainda não fiscalizou o suficiente - a conduta do particular que causou prejuízo à coletividade.

Entende-se, pois, que em ambos os casos é imprescindível aferir-se a culpa da Administração e, por isso, não há meios para admitir a aplicação da teoria do risco administrativo.

Em tal hipótese, estaríamos a admitir que a prestação de serviços é, como regra, ineficiente. Isto porque a ausência da averiguação de culpa impossibilitaria, em muitos casos, o reconhecimento de que o serviço foi adequado.

Nesta hipótese, admitindo-se a culpa administrativa, responsabilizar-se-ia o particular que causou o dano objetivamente e, sendo constatada negligência, imperícia ou imprudência da Administração, caberia falar em responsabilidade estatal sob os moldes da teoria subjetiva.

Destarte, a crítica reside na tendência da teoria do risco administrativo em fazer do Estado o garantidor universal dos danos perpetrados na sociedade, exigindo-se dele, inclusive quando não contribuiu diretamente para o prejuízo, a

148BASTOS, C. R., p. 348.

149PEREIRA, C. M. da S., p. 132.

comprovação de uma excludente para afastar o dever de indenizar.

2.3 TEORIA MISTA: OMISSÃO GENÉRICA E OMISSÃO ESPECÍFICA

Parte-se da premissa de que o Estado nem sempre estará adstrito a efetuar o ressarcimento nos casos de omissão. José de Aguiar Dias trata do tema, inclusive fazendo referência à doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Os atos omissivos ainda se dividiriam em omissos genéricos e específicos, exigindo-se para os primeiros a prova da culpa da Administração, e, em relação aos segundos, admitindo-se a responsabilidade objetiva, já que estaríamos diante de hipótese em que teria havido violação de “dever individualizado de agir”, a que Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta outra condicionante, qual seja a de que só responderá o Estado se houver demonstração de que evento danoso poderia ser por ele impedido.¹⁵⁰

Sérgio Cavalieri Filho adentra com propriedade no assunto, sobre o qual ensina que há casos em que o Estado responde objetivamente em caso de omissão, mas somente quando esta omissão for específica.¹⁵¹

A omissão específica ocorre quando o evento danoso emana direta e imediatamente da inércia administrativa, como no caso do motorista causador de acidente automobilístico, ter passado por uma *parada policial* minutos antes de causar o dano, e sua embriaguez não ter sido notada pelos policiais. Neste caso, responderá o Estado de forma objetiva.¹⁵²

Por outro lado, a omissão genérica é a que não decorre diretamente da falta de ação do Estado, pois não é possível responsabilizá-lo pelo simples fato de alguém sofrer um acidente por um motorista embriagado. Aqui, para responsabilizar o Estado, faz-se necessário apurar a culpa estatal, ainda que trate de omissão. Certo, portanto, que na omissão genérica a responsabilidade civil estatal é

150DIAS, J. de A., p. 777.

151CARVALIERI FILHO, S., p. 240.

152Idem.

subjetiva.¹⁵³

Assim também entende Guilherme Couto de Castro, para quem “sendo caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano e, inexistindo fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida”.¹⁵⁴

Trata-se de corrente doutrinária que admite a coexistência das modalidades de responsabilidade em uma mesma situação.

A vantagem em aceitar-se tanto o risco administrativo, quanto a falta de serviço (a depender da posição que o sujeito ocupa na relação), é viabilizar a indenização justa nos casos de omissão, caso em que o Estado não será o causador direto do dano. Afasta-se, assim, a noção do Poder Público como segurador universal das interações sociais.

Todavia, é forçoso admitir que a coexistência das teorias em comento ainda não está sedimentada na doutrina e jurisprudência pátria. No entanto, acredita-se que possa constituir como o próximo passo na evolução da responsabilidade no direito brasileiro.

153Ibidem.

154CASTRO, G. de C. A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel de culpa em seu contexto. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 57.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO AMBIENTAL. OMISSÃO. AFERIÇÃO DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL.

1. O CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO AMBIENTAL

1.1 A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

A tutela dos bens ambientais no ordenamento jurídico é um dos temas que mais inspiram debate na atual sociedade. São muitos os interesses conflitantes, o que nem sempre resulta em um posicionamento favorável ao meio ambiente. Ainda assim, o tema é recepcionado pelo direito brasileiro sob um enfoque de vanguarda em relação ao panorama internacional sobre a matéria.

Em relação à aplicação do instituto da responsabilidade no Direito Ambiental, “pode-se afirmar que o escopo da tutela do meio ambiente – e a responsabilização civil pelos danos a ele causados, o seu corolário – é preservar a adequada qualidade de vida e, com isso, assegurar a dignidade da pessoa humana.”¹⁵⁵

Na legislação brasileira, a questão ganhou notoriedade com a edição da Política Nacional do Meio Ambiente, que além de trazer diversos instrumentos para a proteção ambiental, estabeleceu que “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 (...)” (art. 14, §1º, da Lei Federal nº 6.038/81).

Os termos da disposição supracitada suscitam intensa divergência doutrinária, em razão da adoção, ou não, da teoria do risco integral para a situação em comento.

José Ricardo Alvarez Vianna, partidário da corrente que entende o risco integral como a teoria mais eficaz em se tratando de meio ambiente, opina que “esta concepção (...) é obtida como imperativo social de não deixar passar impune

¹⁵⁵ PELOSO, T. M. C. M., p. 69.

qualquer lesão ao *sui generis* bem ambiental.”¹⁵⁶

Referido posicionamento encontraria fulcro nas características próprias do dano ambiental:

Como é cediço, as causas dos danos ao meio ambiente podem resultar das mais variadas condutas. Podem decorrer de várias ações conjuntas, dissociadas no tempo e no espaço, prejudicando sobremaneira a avaliação do nexo causal. (...) Na mesma esteira, difícil será a própria identificação do sujeito causador do dano ambiental, culminando, se prevalecer a sistemática tradicional, na impunidade dos poluidores, e pior, estimulando-se, por via oblíqua, novas práticas lesivas.¹⁵⁷

Assim, também seriam peculiares os seus efeitos:

Os efeitos dos danos ambientais também podem ser múltiplos, passando desde alterações climáticas, desertificações, erosão, salinização e empobrecimento do solo, contaminação e secamento de rios e lençóis freáticos, disseminação de pragas agrícolas, até a perda da biodiversidade, tudo com reflexos negativos à saúde humana, com proliferação de doenças e perda significativa da qualidade de vida. É desse aspecto multiforme, de causas e efeitos dos danos ambientais, que se tornam insatisfatórios os padrões ortodoxos da responsabilidade civil, mesmo na modalidade objetiva, para dirimir as questões fáticas que se manifestam na prática.¹⁵⁸

Distinta é a posição adotada por Toshio Mukai, que não excetua a responsabilidade objetiva ambiental da regência da teoria do risco administrativo, pois “é a redação do dispositivo constitucional que inadmitte o acolhimento da teoria do risco integral.”¹⁵⁹

Em que pese a rica argumentação proferida pelos autores que proclamam a assunção do risco integral, corrobora-se o entendimento daqueles que enxergam em tal possibilidade franca contradição com o sistema de responsabilidade vigente no ordenamento pátrio. Isto porque, mesmo diante da grave danosidade da lesão ambiental, não é possível ignorar as hipóteses de exclusão do nexo causal.

E acerca da admissão das excludentes:

Portanto, (...) o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos que causar ao meio ambiente, e a terceiros, desde que tanto o meio ambiente como os terceiros deverão ser afetados por sua *atividade*. Tudo isso sem

156 VIANNA, J. R. A. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 104.

157 Idem.

158 Idem, p. 105.

159 MUKAI, T. Direito Ambiental Sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 60.

indagação da existência ou não de culpa do poluidor. Verifica-se, assim, que o que empenha a responsabilidade do poluidor é a sua atividade lesiva ao meio ambiente e a terceiros. Fica, portanto, de fora desse quadro qualquer atividade que não possa ser debitada ao poluidor, tais como a ação de terceiros, vítima ou não, e, evidentemente, nesse rol, ainda se poderia colocar o caso fortuito (evento causado pela ação humana de terceiro) e a força maior (evento causado pela natureza).¹⁶⁰

Ao contrário do que alguns autores prelecionam, admitir a aplicação do risco administrativo no dano ambiental não acarreta em um menor potencial de responsabilização do poluidor. Até porque o meio ambiente equilibrado, ao menos após a Constituição Federal de 1988, passou a configurar direito fundamental do cidadão.

Apresenta-se, assim, a proteção constitucional do meio ambiente: “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” (art. 225, *caput*, Constituição Federal).

Canotilho explicita o caráter de direito fundamental ao meio ambiente, ensinando que:

O direito ao ambiente, além do seu conteúdo e força própria como direito constitucional fundamental, ergue-se a bem constitucional, devendo os vários decisores (legislador, tribunais, administração) tomar em conta na solução de conflitos constitucionais esta reserva constitucional do bem ambiente.¹⁶¹

Na lição de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, a admissão de um direito fundamental ao meio ambiente está em consonância com o contexto de “novos enfrentamentos históricos de natureza existencial postos pela crise ecológica”, pois “considerando a insuficiência dos direitos de liberdade e mesmo dos direitos sociais, o reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente (ou a proteção ambiental) constitui aspecto central da agenda política-jurídica contemporânea.”¹⁶²

¹⁶⁰Ibidem, p. 60-61.

¹⁶¹CANOTILHO, J.J. G. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: _____. Direito Constitucional Brasileiro. (Org.) José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 05.

¹⁶²FENSTERSEIFER, T; SARLET, I. W. Direito constitucional ambiental: (estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 34.

Neste patamar, tem papel central a observância dos princípios que informam o Direito Ambiental. Destaca-se os que podem ser considerados como princípios basilares da responsabilidade civil ambiental.

Em primeiro lugar, insta ressaltar que os objetivos do direito ambiental são fundamentalmente preventivos, ou seja, trabalha-se com a possibilidade de mero risco. Os princípios da prevenção e da precaução visam exatamente inibir a conduta de consumação do dano ambiental. Não se exige somente a reparação como sendo o remédio para amenizar os danos ao meio ambiente, pois a degradação ambiental muitas vezes é irreparável e pode nunca retornar ao *status quo*.¹⁶³

Porém, difícil seria conceder eficácia às ações preventivas sem a existência de outra medida que obrigasse o poluidor a ressarcir os danos causados por sua atividade. É o que motivou o surgimento do princípio do poluidor-pagador, que “constitui o fundamento primário da responsabilidade civil em matéria ambiental.”¹⁶⁴

Édis Milaré denota que tal conceito já prevalecia no Direito Romano, ou seja, “aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.” A nota que se extraí é a mesma que embasa a responsabilidade civil, conforme anteriormente analisado, pois quem deu causa ou prejuízo tem a obrigação de ressarcir-lo.

Vislumbra a doutrina duas esferas de aplicação do princípio do poluidor-pagador. A primeira de caráter preventivo, no intento de que o responsável pela atividade potencialmente poluidora se abstenha de causar algum malefício ao meio ambiente e, a segunda, de caráter repressivo, ante a imposição do obrigatório ressarcimento.¹⁶⁵

Portanto, tem-se na sua função repressiva a aplicação da responsabilidade civil pelo dano ambiental, eis que o pagamento devido não terá outra natureza como

163No que tange à diferenciação dos termos, adota-se a postura manifestada por Celso Antônio Pacheco Fiorillo, segundo a qual o texto constitucional teria albergado o *princípio da prevenção*, sendo que o *princípio da precaução* (instituído no direito brasileiro por algumas normas infraconstitucionais), estaria incluído no âmbito da prevenção. (FIORILLO, C. A. P. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 120-123).

164MILARÉ., É. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. - 3.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 756.

165FIORILLO, C. A. P. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 92.

se poderia esperar da responsabilidade penal ou administrativa. Nessa perspectiva, aduz Celso Antônio Pacheco Fiorillo que:

(...) é correto afirmar que o princípio do poluidor-pagador determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais: a) a responsabilidade civil objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental; e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.¹⁶⁶

Após a sucinta explanação acerca da tutela jurídica dos bens ambientais, passa-se à análise da configuração do dano ambiental.

2.2 DANO AMBIENTAL

Em relação ao meio ambiente, ocorrerá o dano com a lesão a um bem ambiental, devido a ação ou omissão de conduta de pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que concorrer direta ou indiretamente para o evento danoso.¹⁶⁷

José Rubens Morato e Patryck de Araújo Ayala defendem o conceito ambivalente de dano ambiental, que em certos casos pode significar modificações prejudiciais ao ambiente e, em outras, as consequências que isto “provoca na saúde das pessoas e em seus interesses.”¹⁶⁸ Em síntese:

Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses.¹⁶⁹

¹⁶⁶Ibidem., p. 97.

¹⁶⁷FIORILLO, C. A. P., p. 104.

¹⁶⁸LEITE, J. R. M.; AYALA, P. de A. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 92.

¹⁶⁹Idem.

Em sua definição, Álvaro Luiz Valery Mirra destaca que o dano ambiental inclui “os aspectos naturais, culturais e artificiais que condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial, coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos específicos”¹⁷⁰. É uma conceituação ampla e necessária, pois os bens protegidos incluem os materiais ou imateriais, naturais ou artificiais, etc.

Deve-se anotar, ainda, que o supracitado autor vincula à ocorrência do dano ambiental algumas particularidades que devem ser aqui ressaltadas. A primeira diz respeito à certeza da existência do dano, que pode ser tanto atual como futuro - ou seja, no caso do dano cuja manifestação demore a ocorrer. Exemplifica-se a hipótese de dano futuro na análise dos efeitos da poluição na saúde humana, os quais podem levar anos para aparecer. No entanto, não seria esta característica suficiente para eximir o poluidor do dever de reparar. “Por se tratarem de danos certos e não eventuais, a sua reparabilidade não pode ser contestada.”¹⁷¹

Outra característica importante do dano ambiental é o fato de não ser possível atribuir-lhe personalidade, eis que sua natureza é difusa e coletiva, prejudicando toda a sociedade.¹⁷²

Esta característica também recebe destaque na doutrina de Édis Milaré, para quem “mesmo quando alguns aspectos particulares de sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos, a lesão ambiental afeta, sempre e necessariamente, uma pluralidade difusa de vítimas.”¹⁷³ Além desta peculiaridade, o autor aponta a dificuldade na reparação do dano, visto que em muitas situações a “reparação integral é claramente impossível ou de utilidade efetiva duvidosa”¹⁷⁴, como no desaparecimento de alguma espécie animal ou vegetal. Por último, Milaré trata da difícil valoração do bem ambiental, que “além de ser um bem essencialmente difuso, possui em si valores intangíveis e imponderáveis que

170MIRRA, A. L. V. Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente. 2. ed., atual. - São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 94.

171Idem, p. 100-101.

172Idem, p. 105.

173MILARÉ, É., p. 668.

174Idem, p. 669.

escapam às valorações correntes (principalmente econômicas e financeiras)...”¹⁷⁵

No aspecto da reparação do dano ambiental, urge diferenciar que enquanto a responsabilidade civil do Estado, pensada nos moldes do Direito Administrativo, tem por finalidade recompor o prejuízo causado em face de algum ou de poucos indivíduos frente ao benefício do interesse coletivo, a responsabilidade ambiental pretende, em primeiro turno, prevenir o dano e, se isso não for possível, recuperá-lo integralmente, “para garantir à coletividade, ao indivíduo e até mesmo ao próprio poluidor o direito fundamental de ter acesso à qualidade de vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”¹⁷⁶

Por fim, ainda sobre o contexto da projeção futura do dano, coleciona-se o ensinamento conferido por Guilherme Couto de Castro:

Diferente é o dano ecológico. Ao aferi-lo, deve-se considerar não apenas o problema atual, mas também a sua projeção. Ainda que eventual perícia constate a ausência de nocividade imediata, há que se verificar a projeção do problema no tempo, sopesando as soluções; não se trata apenas de 10 ou 15 anos, e sim de direito constitucionalmente ressalvado às gerações futuras. A própria ideia de desenvolvimento sustentável tem aí seu alicerce.

É o que cabia relatar, em consideração ao foco do presente trabalho, acerca dos traços distintivos do dano ambiental.

2. SISTEMA DE CONTROLE E COMANDO PÚBLICO AMBIENTAL

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO AMBIENTAL

O fundamento legal que determina ao Estado o dever de proteção ao meio

¹⁷⁵Ibidem.

¹⁷⁶BARROSO, R. C. A Responsabilidade Civil do Estado por omissão em face do dano ambiental. p. 220. Revista de Direito Ambiental, ano 16, v. 63, p. 203-238, jul.-set.2011.

ambiente encontra-se estampado no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, sendo apresentado no respectivo §1º, o rol de condutas incumbidas ao Poder Público, a fim de impedir que determinados comportamentos sociais lesionem o ambiente.

O texto constitucional transparece que, embora também incumba à coletividade o papel de proteger e preservar o meio ambiente, é ao Estado a que foram dirigidas certas obrigações no dever de controlar e fiscalizar os empreendimentos potencialmente poluidores.

O imperativo ganha reforço na disposição do art. 2º, VI, da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), o qual estabelece que a ação governamental deve ser exercida “na manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente tutelado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.”

A respeito da tutela administrativa do meio ambiente, argumenta Édis Milaré:

Trata-se, basicamente, de mecanismo jurídico destinado a assegurar a coordenação de atividades quando na estrutura da Administração Pública se integram pessoas coletivas autônomas. Isto vale para a gestão ambiental, porquanto muitos são os agentes que interferem ou intervêm no processo, sendo eles não só de direito público como, também, de direito privado; e não se podem excluir, até mesmo, as pessoas físicas que tenham responsabilidade em ações de causa e efeito ambientais.¹⁷⁷

Nesse ínterim, a gestão ambiental é a “forma racional e ampla de praticar a tutela administrativa do ambiente através de sistemas que integrem a Administração Pública e a sociedade organizada, conferindo ao processo a nota participativa e democrática que é preconizada por nossos textos legais maiores.”¹⁷⁸

A participação da sociedade nesse processo é referenciada por Helli Alves de Oliveira como uma obrigação que, apesar de atribuída ao Estado, “é antes de tudo um dever dos cidadãos na salvaguarda do patrimônio ambiental dentro do qual eles vivem”, em decorrência de um sistema que exige do indivíduo a realização dos seus direitos e deveres, que “resulta num modelo de desenvolvimento, na medida em que retira os cidadãos de um estado passivos beneficiários e lhes impõe dividir as responsabilidades na gestão dos interesses da coletividade inteira.”¹⁷⁹

177MILARÉ, É., p. 676.

178Idem, p. 678.

179OLIVEIRA, H. A. de. Da responsabilidade do Estado por danos ambientais. - Rio de Janeiro:

Com efeito, a vigente legislação ambiental contempla instrumentos de participação popular que possibilitam o controle das ações da Administração, como a realização de *audiência pública* nas obras de grande impacto e a observância dos princípios da publicidade e transparência pública nos procedimentos de EIA (estudo de impacto ambiental) e RIMA (relatório prévio de impacto ambiental).

Ainda assim, conceder o direito de participação à sociedade não visa retirar ou diminuir a responsabilidade do Poder Público (ou do empreendedor que exerça a atividade de risco ambiental), o qual, na hipótese de descumprimento das condutas legais de controle e fiscalização, será sempre responsabilizado.

Portanto, toda atividade que envolva risco ao meio ambiente somente deve ser liberada após cuidadosa análise da Administração, “de modo a evitar o resultado danoso, e, ocorrendo este, buscando-se adotar as medidas apropriadas a coibir a ação lesiva, com a imposição de sanções pertinentes a evitar o prosseguimento do dano ou mesmo com a determinação da respectiva reparação.”¹⁸⁰

Encerra-se a presente análise com a sucinta, mas suficiente, nota proferida pelo Prof. Édis Milaré:

A tutela administrativa do ambiente, partindo de um sistema jurídico e de um corpo de instrumentos legais, conduzirá a ação do Poder Público a um sistema de gestão ambiental, no contexto do que estabelece o art. 225 da Constituição, complementado pelos dispositivos das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios.¹⁸¹

Assim, a máxima proteção do bem ambiental deve nortear as escolhas do ente público, pois não se trata de assunto próprio ao poder discricionário, dado a existência de mandamento constitucional que impõe ao Estado o dever de preservar e conservar o meio ambiente às futuras gerações.

2.2 PODER – DEVER DE FISCALIZAÇÃO

Forense, 1990. p. 40.

180OLIVEIRA, A. V. de. Proteção ambiental em juízo: omissão administrativa – prevaricação, p. 24. Revista AJUFE, Edição nº 55, maio/junho/julho, 1997, p. 23-25.

181MILARÉ, É., p. 678.

A interferência da Administração Pública nas atividades dos administrados requer o uso das prerrogativas que a lei lhe confere, dentre elas a imposição de sua vontade no exercício do *poder de polícia*.

Na acepção de Marçal Justen Filho, “o poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.”¹⁸² A definição do autor é comum à doutrina; não requer complementação.

Odete Medauar esclarece que, no direito administrativo brasileiro, emprega-se o uso da expressão *poder-dever* no sentido do dever vinculado ao poder, ou “de modo similar, o dever que nasce do exercício de um poder”.¹⁸³

É certo que a Administração precisa atuar visando o cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, razão pela qual lhe são atribuídas prerrogativas, como o poder de limitar a atividade individual que venha a prejudicar o bem comum. Esse é o sentido de adicionar a locução *dever*, pois agindo em prol do interesse coletivo, o exercício do poder torna-se obrigatório.

Em relação ao procedimento de atuação do poder de polícia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta quatro fases que perfazem o denominado *ciclo de polícia*. A primeira, classificada como “ordem de polícia”, é o marco legal que condiciona o particular a não realizar algo que cause prejuízo ao interesse público (preceito negativo absoluto) ou “para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público” (preceito negativo com reserva de consentimento).¹⁸⁴

Na próxima etapa, tem-se o consentimento de polícia, exarado por meio do ato de anuência, o qual informa sobre o cumprimento dos requisitos necessários para o exercício do direito requerido. Referido ato se consubstancia no alvará de licença (ato vinculado e não discricionário) e alvará de autorização (cabe apreciação discricionária da Administração).¹⁸⁵

¹⁸²JUSTEN FILHO, M., p. 561.

¹⁸³MEDAUAR, O., p. 119.

¹⁸⁴MOREIRA NETO, D. de F., p. 398.

¹⁸⁵Idem, p. 399.

Completam a atuação da polícia administrativa a fiscalização (com o objetivo de verificar a obediência às ordens de polícia, bem como possíveis abusos das licenças e autorizações concedidas) e a aplicação de sanção através dos “instrumentos de intervenção punitiva do Estado sobre propriedade privada e as atividades particulares.”¹⁸⁶

Na esfera ambiental, conceitua-se os atos de polícia administrativa como *poder de polícia ambiental*. Conforme aduz Paulo Affonso Leme Machado:

Poder de polícia ambiental é atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.¹⁸⁷

Constata-se, portanto, que a fiscalização dos empreendimentos potencialmente poluidores, para os quais a Administração concede a licença ambiental, é conduta obrigatória como resultado do dever de proteção ao meio ambiente equilibrado, nos termos em que define a Constituição Federal.

Nesse sentido, Édis Milaré aponta que o poder de polícia ambiental é “decorrência lógica e direta da competência para o exercício da tutela administrativa do ambiente”.¹⁸⁸ E, quanto ao seu papel no sistema de proteção ambiental:

A importância do correto exercício deste Poder reflete-se tanto na prevenção de atividades lesivas ao ambiente, através do controle dos administrados, como em sua repressão, quando as autoridades noticiam formalmente a ocorrência de uma infração às normas e aos princípios do Direito Ambiental, ensejando o desencadeamento dos procedimentos para a tutela civil, administrativa e penal dos recursos ambientais agredidos ou colocados em situação de risco.¹⁸⁹

Dessa forma, são distintos os casos de imputação de responsabilidade ao Estado de acordo com o cumprimento ou não do efetivo poder de polícia. Tratando-se de uma *omissão* do ente público (ou não fiscalizou ou fiscalizou de maneira

186Ibidem, p. 400-401.

187 MACHADO, P. A. L. Direito Ambiental Brasileiro.- São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 253.

188MILARÉ, É., p. 679.

189Idem.

ineficiente), temos a aplicação da responsabilidade subjetiva na modalidade falta de serviço ou, sendo o caso em que a Administração exerceu com diligência a fiscalização, e mesmo assim o particular concretizou o dano, então este deve ser responsabilizado.

3. A PRODUÇÃO DO DANO AMBIENTAL ANTE A OMISSÃO DO ESTADO

3.1 AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Assentada a responsabilidade sobre o princípio da legalidade, é a sua violação que faz surgir o fundamento para a responsabilização do Estado, quando este deixa de fiscalizar atividades de risco ou quando concede licença ambiental para empreendimentos fora dos padrões exigidos por lei.

A considerar o objeto de estudo do presente trabalho, afasta-se a hipótese do dano provocado diretamente pela atividade estatal. Cuida-se do dano provocado pelo particular, em qualquer conduta capaz de provocar alteração maléfica ao meio ambiente, a qual irá necessitar da análise sobre a extensão da participação do Estado na ocorrência da lesão.

Como se tem até o momento afirmado, é o caso de aplicar-se a teoria da culpa do serviço, sendo fundamental, a fim de que não se faça do Poder Público o segurador universal, averiguar se o funcionamento do serviço atingiu o mínimo exigível para os padrões do Estado, dentro das condições do caso concreto.

Sobre a responsabilidade do Estado, Almiro do Couto e Silva leciona que “quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha no serviço, para que o dano se produzisse.”¹⁹⁰

190COUTO E SILVA, A. do A. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, nº 202, p. 19-41, out./dez. 1995. p. 32.

Ao tratar da questão da responsabilidade solidária pelos danos causados por terceiros, Álvaro Mirra propõe:

Como analisado, a responsabilidade do Estado pela omissão em fiscalizar as atividades potencialmente degradadoras e impedir a consumação de danos ambientais, bem como pela concessão de licenciamento ou autorização para atividades que na prática se revelam lesivas à qualidade ambiental, nos termos do art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81, é, em verdade, responsabilidade indireta, caracterizando-se como direta a responsabilidade do causador principal do dano.¹⁹¹

Não há que se enquadrar o Estado como poluidor indireto se inexistir vínculo entre a conduta esperada (aquela prevista em lei) do ente público e a produção do dano. Ou seja, se o comportamento estatal nem ao menos propiciou a efetivação da lesão, deve-se buscar a reparação integral em face do particular.

É evidente que ao Poder Público sempre caberá a responsabilidade de recuperar o bem ambiental degradado, em decorrência do mandamento constitucional. Por isso, apenas em última hipótese, não sendo possível exigir as medidas necessárias do particular, recorre-se ao Estado como ente legitimado a atuar na defesa do meio ambiente.

Desta feita, na perspectiva da omissão estatal, a aferição de responsabilidade deve perquirir acerca da ocorrência de duas situações, qual sejam, a possibilidade do particular ter causado o dano em decorrência de atividade para a qual tinha obtido, irregularmente, as licenças necessárias e, a possibilidade do dano ter sido cometido na ausência de fiscalização do Estado, ou ainda se esta foi ineficiente.

3.2 DÉFICIT DE FISCALIZAÇÃO

¹⁹¹MIRRA, A. L. V., A noção de poluidor na Lei nº 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. Aspectos processuais do Direito Ambiental, organizadores José Rubens Morato Leite, Marcelo Buzaglo Dantas. p. 1-17- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 15.

É tarefa difícil avaliar, em cada caso, se a prestação de serviço público foi insuficiente e desse modo contribuiu para a deflagração do dano ambiental. A fim de estabelecer com exatidão a responsabilidade, necessário seria adotar um critério para padronizar o serviço eficiente.

Em primeiro lugar, apenas cabe falar em responsabilidade se o Estado estiver obrigado a prestar o serviço. Conclui-se que, nestes casos, decorre somente de ato ilícito, portanto. “Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”.¹⁹²

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não existe definição precisa sobre o que seria esse *padrão exigível*, mas que se pode apontar que a normalidade da eficiência “há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades *reais* médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.”¹⁹³

Deve-se considerar, para tanto, o procedimento do Estado em situações análogas e a expectativa comum da sociedade para avaliar tais possibilidades. Também se deve levar em conta as próprias expectativas do Estado em relação ao serviço omissivo, insuficiente ou inadequado.¹⁹⁴

Não se responsabiliza o Estado “se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.”¹⁹⁵ Ou seja, o Estado não foi o causador do dano.

Em auxílio, descreve-se a análise proferida por Márcia Dieguez Leuzinger:

Em relação, especificamente, à proteção do meio ambiente, obrigação do Estado, nos termos do art. 225, *caput*, da CF/88, a atuação estatal deve ser tanto preventiva quanto repressiva, sendo-lhe imputado, no âmbito da prevenção, o dever de fiscalização. Descumprido esse dever, dentro dos padrões exigíveis de atuação, incide a responsabilidade do Estado por eventual dano ambiental causado por particulares, aplicando-se, nesse

192BANDEIRA DE MELLO, C. A., p. 1013.

193Idem.

194Idem, p. 1014.

195Idem.

caso, a teoria da culpa do serviço (o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado).¹⁹⁶

A definição de um padrão standard de fiscalização facilitaria o esclarecimento do papel da Administração em eventual caso de dano ambiental, situação em que se poderia cogitar se a atuação estatal contribuiu diretamente na causa do dano. Contudo, a questão é complexa e todavia não apresenta indícios de apaziguamento.

4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NO DANO AMBIENTAL CAUSADO POR PARTICULARES

4.1 NA CONDUTA ILÍCITA DA ADMINISTRAÇÃO

Ocorre por ofensa ao dever de cautela em relação à proteção dos bens ambientais, quando a Administração concede licença ambiental ao empreendimento que não preenche os requisitos legais para obtenção do documento.

Configura uma das hipóteses de vedação à emissão da licença a prova de que a atividade produzirá danos irremediáveis ao meio ambiente, após estudos de impacto local, bem como a impossibilidade de determinado empreendimento localizar-se em área definida pela lei de zoneamento como de exclusiva ocupação residencial.

Toshio Mukai aponta que a situação conforma possibilidade de responsabilizar o Estado solidariamente, pelo fundamento da teoria subjetiva, se “o ato administrativo de licença for ilegal e inescusável, a indicar manifestamente o mau funcionamento do serviço”; igualmente se “atribuível a um funcionamento normal do serviço, desde que o dano seja especial e não comporte uma 'margem de tolerabilidade’”.¹⁹⁷

¹⁹⁶LEUZINGER, M. D. Responsabilidade Civil do Estado por danos ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. p.193-194.

¹⁹⁷MUKAI, T., p. 72.

Esclarecedora é a lição de Helli Alves de Oliveira, ao apontar que “o Estado poderá ser responsabilizado pela falta no exercício do seu controle técnico, caso tenha sido outorgada, ao empreendedor, 'licença ambiental', fundada em estudo de impacto irregular ou fraudulento”.¹⁹⁸

Ainda assim, se faz necessário apurar a participação da Administração pela análise dos estudos e relatórios ambientais – através da culpabilidade dos seus técnicos e demais agentes - , pois a responsabilidade estatal depende da comprovação de culpa grave, da omissão injustificável.¹⁹⁹

Entretanto, acredita-se que a responsabilidade da Administração pela emissão de licença ilegal deve pautar-se pela teoria objetiva, centrada na modalidade do risco integral.

São casos de ausência de controle das concessões de licença no padrão preconizado pela legislação infraconstitucional, ou seja, a Administração descumpriu diretamente a norma legal e, por conseguinte, responde por permitir o funcionamento irregular de determinado empreendimento potencialmente poluidor.

Observa-se que, muitas vezes, o tempo da averiguação da ilicitude da licença é posterior ao dano (pois a Administração pode ter agido de boa-fé), ou ao menos quando já existe indícios de que o prejuízo possa ocorrer. Assim, independente da ilicitude do comportamento estatal; o particular também deve ser acionado a promover a reparação do bem.

Portanto, nos casos de licença ilegal para o exercício de atividade, estaríamos diante da hipótese de dano causado pela atuação do Estado, cabendo a aplicação da responsabilidade objetiva nos mesmos moldes da aplicada ao particular que praticar a conduta de agressão ao meio ambiente.

4.2 NA CONCESSÃO LEGAL DE LICENÇA AMBIENTAL

¹⁹⁸OLIVEIRA, H. A., p. 46.

¹⁹⁹Idem, p. 51.

Cuida-se da hipótese em que o administrado preenchia os requisitos legais para a aprovação do licenciamento ambiental, mas que posteriormente vem a deflagrar conduta incompatível com as normas e princípios do direito ambiental. Mediante tal acontecimento, pode-se apurar a omissão estatal por ausência ou ineficiência de fiscalização da atividade ou pode ser constatado que a Administração executou os procedimentos de controle ambiental tal como exige a legislação pertinente.

O descumprimento do dever de fiscalizar as atividades licenciadas acarreta em responsabilidade por inércia da Administração, apurando-se a negligência, imprudência ou imperícia na prestação ineficiente do serviço.

Consoante a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.²⁰⁰

Desse modo, exigir do Estado a reparação nos moldes da teoria do risco administrativo, não sendo ele o causador direto do dano, traduz-se como uma punição desproporcional à própria coletividade, que ao final arcará com o prejuízo da indenização.

A partir dessa análise não se pretende a mitigação da reparação integral do bem ambiental, mas a imputação da responsabilidade objetiva ao causador direto do dano, resguardando a obrigação indenizatória do Poder Público quando restar configurada sua culpa por ausência ou deficiência na prestação do serviço.

Por isso, é imprescindível a análise cautelosa das situações nas quais poderá surgir a responsabilidade estatal. Destaca-se a seguinte lição no sentido de:

(...) é preciso pensar a responsabilidade civil por danos ambientais com o objetivo de imputar, principalmente, ao real e efetivo causador direto a responsabilidade pela recomposição do dano ambiental. Advirta-se que, por disposição legal expressa (arts. 3º, IV e 14, §1º, da Lei 6.938/81), essa conclusão não prejudica a solidariedade e integralidade da

200BANDEIRA DE MELLO, C. A., p. 1014.

responsabilidade, simplesmente gera a asserção de que, conhecido o causador direto, privilegia-se a atuação sobre ele na recuperação do dano ambiental.²⁰¹

Já nas hipóteses em que o Estado atuou com diligência, exercendo o controle e a fiscalização segundo o padrão normal de eficiência, não há porque fixar qualquer dever reparatório ao ente público, sendo a responsabilidade exclusiva do particular.

Nota-se que, conforme antes asseverado, surgirá para o Estado o dever de recuperar o ambiente degradado por força do preceito constitucional que ordena ao Poder Público a tarefa de proteger e preservar o meio ambiente, caso o poluidor direto não possua condições de fazê-lo.

201BARROSO, R. C., p. 224.

CONCLUSÕES

A evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado foi possível pela consagração do Estado de Direito, vez que o ente público passou a sujeitar-se ao ordenamento legal, fazendo-se responsável pelos prejuízos sociais causados em decorrência de suas atividades.

Não se entende plausível, por outro lado, a responsabilização por todo e qualquer dano, ausente o aferimento acerca da participação dos administrados na concretização do dano, sob o risco de estarmos admitindo a figura de um Estado garantidor universal. Por óbvio, todo ressarcimento promovido pelos cofres públicos significa a responsabilização da própria sociedade.

A questão reclama uma análise apurada da correta responsabilização do dano, na expectativa de que nos casos em que a omissão do Estado não influenciou na causação direta do prejuízo, possa exigir-se a reparação somente ao particular envolvido.

E quando presente dúvida acerca da regularidade na atuação estatal, faz-se necessário averiguar se a prestação do serviço não existiu ou se foi insuficiente, pois do contrário tampouco poderia ser provado que a conduta da Administração esteve dentro dos padrões de eficiência esperados.

Há na imputação da responsabilidade mais de uma possibilidade de fundamentação, pois o dano pode decorrer de ato lícito ou ilícito. A doutrina apresenta que a responsabilização por ato lícito tem fulcro no princípio da igualdade, enquanto que no ato ilícito, no princípio da legalidade.

Em relação ao particular causador direto do dano, sendo cometido o ato ilícito – que na esfera do presente trabalho se consubstancia no ato que gera lesão ao meio ambiente -, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva, nos moldes do art. 14, §1º, da Lei Federal nº 6.938/81. Neste caso, aplicar-se-á a modalidade do risco administrativo, já que não obstante a indiscutível relevância do bem ambiental, admite-se a exclusão da responsabilidade ocorrendo o caso fortuito ou motivo de força maior.

Já o Estado poderá ser responsabilizado tanto nas situações de

cometimento de ato lícito ou ilícito. Na conduta lícita, a Administração pode provocar prejuízo a determinado sujeito ou a um grupo de sujeitos, mesmo que em decorrência de uma ação legal. A ofensa ao princípio da igualdade fará surgir a obrigação em recompor o dano causado.

Na prática do ato antijurídico, o dever de reparar pode nascer do dano praticado diretamente pela Administração, como no caso em que se verifica sua omissão. Nesse contexto, a pesquisa monográfica centrou-se na hipótese do dano ambiental provocado por particulares mediante a omissão estatal.

Não figurando a Administração como agente direto do dano, cabe indagar acerca da interferência da conduta omissiva na concretização do ato ilícito. Para tanto, imprescindível aferir se houve negligência, imperícia ou imprudência do ente público, ou seja, neste caso incidem aspectos da teoria subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço.

Isto pois, entende-se que aplicar a teoria do risco administrativo, nessa hipótese, tem como consequência a responsabilização do Estado ainda que o controle das atividades potencialmente poluidoras tenha sido eficiente. Ressalta-se que a fiscalização estatal, em sentido amplo, segue critérios definidos por lei, como a exigência de certos requisitos para obtenção da licença de instalação do empreendimento e o posterior acompanhamento da atividade. Sendo confirmado que o ente público cumpriu com sua obrigação legal, não há que se imputar responsabilidade, pois não se pode esperar que o Estado se faça presente em todos os lugares, e ao mesmo tempo, impedindo que o administrado efetue conduta lesiva ao meio ambiente.

Evidente que se aferida qualquer falha do serviço, ou mesmo se constatado que inexistiu sua prestação, será o Estado responsabilizado. Porém, conforme visto, por fundamento diverso, já que presente a apuração da culpa do serviço.

A vantagem em se aceitar a aplicação da teoria objetiva (risco administrativo), para quem causou o dano, e a teoria subjetiva (culpa do serviço) para a Administração, é viabilizar a indenização justa nos casos de omissão. Afasta-se, assim, a noção do Poder Público como segurador universal das interações sociais.

Por sua vez, há previsão doutrinária que admite a coexistência das teorias

objetiva e subjetiva na imputação da responsabilidade por omissão, a depender da presença de um vínculo direto entre a conduta omissiva e o dano. Nesse caso estará configurada a *omissão específica*, na qual o Estado responderá objetivamente. Entretanto, ausente o vínculo, enfrenta-se a ocorrência de *omissão genérica*, caso em que a responsabilização requer a aferição da negligência, imprudência ou imperícia do serviço.

Na perspectiva do dever de fiscalização em matéria ambiental, a responsabilidade por omissão ocorre porque a Administração não pode impedir que o administrado causasse o dano, situação que se biparte em duas possibilidades: a) o particular praticou a conduta e detinha licença ambiental para executar a atividade, licença obtida irregularmente, seja porque os requisitos necessários à obtenção foram fraudados, seja porque a Administração não agiu com cautela, expedindo a licença mesmo com o conhecimento de que a atividade era de risco e b) situação em que a licença é regular e a Administração fiscalizou a atividade, vindo o particular, nestas condições, a praticar o dano.

No primeiro caso descrito, o Estado deve responder objetivamente pelos danos causados, tendo em vista a existência de vínculo entre a conduta estatal e o resultado danoso. A Administração autorizou o exercício de atividade que produz prejuízo ao meio ambiente. Como exemplo, pense-se na liberação para o emprego de determinado agrotóxico, cujos componentes confirmam graves danos à natureza e à saúde humana.

Na segunda descrição, aponta-se o comportamento diligente da Administração, que após emitir a licença, fiscalizou o exercício da atividade. Neste âmbito, entende-se oportuno a aferição de culpa na conduta estatal, a fim de apurar se a fiscalização insuficiente deu causa ao cometimento do dano pelo particular. Por isso, acolhe-se a doutrina que entende pela aplicabilidade da teoria subjetiva, na modalidade culpa do serviço, nesse particular caso de omissão do Estado.

Por último, conclui-se pela possibilidade de aplicação da teoria objetiva (risco administrativo) em relação ao sujeito causador direto do dano ambiental e também em face do Estado, quando este é causador direto do dano ou quando na omissão está caracterizado o vínculo entre a conduta e o dano; e pela aplicação da teoria subjetiva (culpa do serviço), nos casos de omissão mediante a atuação diligente da Administração, a fim de que se possa aferir se a conduta estatal

realmente foi insuficiente, eximindo-se o ente público da responsabilização caso isto não seja comprovado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, R. F. Direito Administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 194-260.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ato administrativo e direitos dos administrados. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981..p. 121-172.

_____. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 121-122; 993-1065.

BANDEIRA DE MELLO, O. A. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. II. p. 474-487.

BARROSO, R. C. A Responsabilidade Civil do Estado por omissão em face do dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, ano 16, v. 63, p. 203-238, jul.-set.2011.

BASTOS, C. R. Curso de Direito Administrativo. - São Paulo: Saraiva, 1994. p. 184-201.

_____. Curso de Direito Constitucional. - 22 ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2001. p. 345-349.

CAHALI, Y. S. Responsabilidade Civil do Estado. 3ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 13-66.

CÂMARA, J. de A. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, v. 12. ano 4, p. 40-49, jan./mar. 1997.

CANOTILHO, J.J. G. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: _____. Direito Constitucional Brasileiro. (Org.) José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 05-06.

CARVALHO FILHO, J. dos S. Responsabilidade Civil do Estado. In: Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 425-463.

CASTRO, G. de C. A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel de culpa em seu contexto.- 2. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 107-120.

CAVALCANTI, T. B. Tratado de Direito Administrativo.- 5. ed. v. 1 - São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 370-461.

CAVALIERI FILHO, S. Programa de responsabilidade civil – 8. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008. p. 1-13; 134-256.

COUTO E SILVA, A. do. A responsabilidade extracontratual do Estado de Direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo. n. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

CRETELLA JÚNIOR, J. Direito Administrativo Brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 595-724.

_____. Tratado de Direito Administrativo. v. VIII – Responsabilidade em Direito Administrativo. Rio – São Paulo: Forense, 1969. p. 210-211.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2010. p. 642-668.

DIAS, J.A. Da responsabilidade civil. 11 ed. rev., atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3-98; 771-829.

DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro.- 4. ed. v. 7- São Paulo: Saraiva, 1988. p. 408-429.

DUEZ, P. et DEBEYRE, G. Traité de Droit Administratif. - Paris, Librairie Dalloz, 1952. p. 418-419.

FENSTERSEIFER, T; SARLET, I. W. Direito constitucional ambiental: (estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 34-38.

FIGUEIREDO, L. V. Curso de Direito Administrativo. - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 261-285.

FIORILLO, C. A. P. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 80-132.

GASPARINI, D. Direito administrativo. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1025-1047.

GOMES, O. Obrigações, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 99-106.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 330-341.

GORDILLO, A. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Macchi Lopes, 1075, v. I e II, t. II, p. XX-4-XX-6.

JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1-25; 561-569; 1241-1264.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. de A. Dano ambiental: do individual ao coletivo

extrapatrimonial: teoria e prática. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 92-102.

LEUZINGER, M. D. Responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, v.12, n.45, p. 184-195, jan./mar. 2007.

MACHADO, P.A.L. Direito Ambiental Brasileiro. 20 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 399-426.

MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. - 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 365-374.

MEIRELLES, H.L. Responsabilidade civil da Administração. Direito Administrativo Brasileiro. 21. ed. - São Paulo: Malheiros, 1996. p. 647-661.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário – 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 664-769.

MIRRA, A. L. V. Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente.- 2. ed., atual. - São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 89-117.

_____. A noção de poluidor na Lei nº 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. Aspectos processuais do Direito Ambiental. (Org) LEITE, J. R. M; DANTAS, M. B.,-Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 3-17.

MORAES, A., de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 230-248.

MOREIRA NETO, D. de F. Curso de Direito Administrativo. 12 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 398-409; 576-581.

MUKAI, T. Direito administrativo sistematizado. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2000. p. 523-539.

_____. Direito Ambiental Sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 57-75.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R.M.A. Código Civil Anotado. - 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 240-245.

OLIVEIRA, A. V. de. Proteção ambiental em juízo: omissão administrativa – prevaricação. Revista AJUFE, Edição nº 55, p. 23-25, maio/junho/julho, 1997.

OLIVEIRA, F. A. Responsabilidade Civil do Estado por fatos da Administração Pública, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba:Juruá, 1980 (20). p. 314.

OLIVEIRA, H. A. de. Da responsabilidade do Estado por danos ambientais. - Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 39-51.

OLIVEIRA, O. F. da L. Manual de Direito Administrativo. - Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 291-300.

PELOSO, T.M.C.M. Responsabilidade civil do Estado decorrente de licenciamento ambiental indevido. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU. Belo Horizonte, ano 8., n. 43, p. 69-75, jan./fev. 2009.

PEREIRA, C. M. da S. Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 127-146.

ROCHA, C. L. A. Princípios constitucionais da Administração Pública. - Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 253-302.

SAAD, R. M. O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 21-77.

SIQUEIRA, B.L.W. O nexó de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado. Revista de Direito Administrativo. n. 219, p. 91-106, jan./mar. 2000.

STOCO, R. Tratado de responsabilidade civil. - 6ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 958-976.

VENOSA, S. S. Direito civil: responsabilidade civil.– 8. ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2008.- (Coleção Direito Civil; v. 4). p.34-41.

VIANNA, J. R.A. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. - 2. ed. - Curitiba: Juruá, 2009. p. 77-129.

WILLEMANN, F. de A. A Responsabilidade das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002). Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 343-377.

ZANCANER, W. Responsabilidade extracontratual das concessionárias de obras e serviços públicos e do Estado concedente. Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari / WAGNER JÚNIOR, L. G. C., (Coord.). - Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 761-770.

