

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CLÁUDIA MAYUMI GELATI NAGAO

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NO EXERCÍCIO DO
PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL**

CURITIBA

2014

CLÁUDIA MAYUMI GELATI NAGAO

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NO EXERCÍCIO DO
PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

CURITIBA

2014

*"Desconfiai do mais trivial,
na aparência singelo.
E examinai, sobretudo, o que parece habitual.
Suplicamos expressamente:
não aceiteis o que é de hábito como coisa natural,
pois em tempo de desordem sangrenta,
de confusão organizada,
de arbitrariedade consciente,
de humanidade desumanizada,
nada deve parecer natural nada deve parecer impossível de mudar"*

Bertold Brecht

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Mário Nagao e Marlene Gelati Nagao, pelo infinito amor e por toda dedicação com que olham meus passos. E ao meu irmão, Luís Ossamu Gelati Nagao, pelo afeto e pela paciência desmedida quando os dias se tornam difíceis. Vocês são a maior razão dos meus sonhos e da minha felicidade.

Ao professor orientador Daniel Wunder Hachem, pela absoluta dedicação, comprometimento e excelência em ensinar e pelas conversas e abraços que tornaram este trabalho possível. Seu exemplo como docente, doutrinador e advogado são um incentivo a todos.

Aos amigos e às amigas, eternos companheiros dentro e fora da universidade, pela presença sempre capaz de aquecer meu coração nos momentos felizes ou tristes. Sem vocês, Thaís Bonato de Arruda, André Thomazoni Pessoa Silva, Mauro Fylipe Teodoro dos Santos, Marina Bruschi dos Santos, Maria Lúcia, Felipe Bernardi, Heloisa Wahrhaftig, Vinícius Luiz Zoanys dos Santos, Leonardo Arata, Aline Rodrigues Andrade, Laura Maeda Nunes, Naiara Andreoli Bittencourt, Marcela Rosa da Silva, Beatriz Arantes Cassou, Pedro Pannuti, Andrei Toshio Hayashi, Gabriela Gusmão Canedo e Henrique Pereira, haveria mais sombra e menos luz. Agradeço por me ensinarem, todos, o significado da doce ternura.

Às equipes de tênis de mesa e de tênis de campo de que participei. Carrego comigo as diversas lições de responsabilidade e superação provadas, e as inestimáveis amizades construídas. Se hoje sou capaz de sonhar, de acreditar em mim mesma e nas pessoas, muito se deve a vocês.

Aos professores, que ao longo desses cinco anos de graduação transmitiram seu conhecimento jurídico e, mais que isso, extrapolaram o tecnicismo para nos formar mais humanos e empáticos. Graças a isso, somos convictos da contribuição que podemos oferecer à sociedade.

Aos supervisores e aos colegas de estágio da Procuradoria Geral do Estado, da 10ª Vara Federal e da 7ª Vara Federal, pela disposição e paciência com que ofereceram valiosos ensinamentos e sinceras amizades.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 representa um marco paradigmático na relação entre o meio ambiente e a atividade humana, primando pelo direito fundamental ao equilíbrio ambiental, incluindo o dever de proteção como princípio norteador até mesmo da ordem econômica. Com efeito, ao Estado compete o protagonismo na proteção ambiental e a legitimidade para o exercício do poder de polícia ambiental, a fim de melhor garantir a incolumidade do meio ambiente, bem comum de todos. À luz dessas considerações, o presente trabalho acadêmico tem por escopo o estudo do instituto do poder de polícia ambiental e os efeitos da omissão do dever de fiscalização estatal frente à demanda reparatória de danos ambientais.

Palavras-chave: dano ambiental; poder de polícia ambiental; responsabilidade civil do Estado por omissão.

SÚMARIO

CAPÍTULO 1 – PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL	10
1.1 O poder de polícia: contornos e evolução	10
1.2 Definição e caracterizações	12
1.2.1 Conceito.....	12
1.2.3 Limites e fundamentos.....	20
1.2.4 Auto-executoriedade e coercitibilidade das medidas de polícia.....	23
1.3 A fiscalização ambiental	25
CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE DO ESTADO	27
2.1 Contornos jurídicos da responsabilidade extracontratual do Estado.....	27
2.1.1 Conceito e aspectos introdutórios.....	27
2.1.2 Fundamentos.....	30
2.1.3 Teorias da responsabilidade: síntese evolutiva	32
2.1.3 A responsabilidade objetiva na legislação brasileira.....	40
2.2 A responsabilidade por condutas omissivas.....	43
2.2.1 A responsabilidade aplicável à omissão do Estado: divergência doutrinária e jurisprudencial.....	44
2.2.2 A responsabilidade estatal na jurisprudência dos tribunais superiores	52
CAPÍTULO 3 – OMISSÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL QUE ENSEJA DANO AMBIENTAL.....	53
3.1 Tutela jurídica do meio ambiente e o dano ambiental	54
3.1.1 O meio ambiente e o tratamento normativo-jurídico brasileiro.....	54
3.1.2 Contornos do dano ambiental.....	59
3.2 Dever de fiscalização e controle ambiental	62
3.2.1 As freqüentes omissões estatais na proteção do meio ambiente	62
3.2.2 Responsabilidade civil ambiental.....	64
3.2.3 Responsabilidade do Estado por omissão no exercício do poder de polícia ambiental.....	69
CONCLUSÕES	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil é fundamental à realização do Estado Democrático de Direito, haja vista sua finalidade precípua de recomposição do equilíbrio infringido em decorrência de um dano. Por essa razão, o ordenamento jurídico pátrio prevê a responsabilização não apenas por ato ilícito como também por prejuízos decorrentes de atividade lícita do Poder Público ou mesmo de omissões. Isso, consoante a teoria do risco, se deve ao fato de que o dever de reparar transcende a mera prática de ilícito.

A responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, compatível com a natureza das suas atribuições e dos danos potenciais a ela inerentes. Por isso, sua responsabilização civil é avaliada, no mais das vezes, à luz da teoria do risco administrativo, que conduz a pessoa jurídica de direito público à reparação do dano gerado a particular por causa do agir administrativo, sendo irrelevante a ocorrência de culpa, dolo ou de qualquer ilicitude.

No que tange às condutas comissivas do ente público, sedimentou-se o entendimento, com base constitucional no art. 37, §6º, de que se aplica a teoria da responsabilidade objetiva. Todavia, nos casos de omissão estatal, permanece a discussão sobre aplicabilidade das teorias do risco e da *faute du service*, bem como na natureza do dever de reparação – se objetivo ou subjetivo.

O presente trabalho acadêmico tem por escopo justamente a análise da responsabilidade aplicável ao Estado omissivo, com breve passagem pela história do instituto da responsabilidade civil para então melhor interpretar os dispositivos legais ora vigentes.

É lícito afirmar, ainda, que a controvérsia sobre a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos também se verifica no Direito Ambiental. Como é notório, a preocupação com a proteção do meio ambiente tem sido uma constante nas agendas internacionais. A Constituição Federal de 1988, na mesma linha, elevou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental e consagra o Estado como agente essencial da

preservação ambiental, assistindo-lhe o dever de zelar pela sua incolumidade e adequada fruição.

Sob essa perspectiva e com fulcro nos princípios da precaução, prevenção, poluidor-pagador e do controle do poluidor pelo Poder Público, verifica-se que ao Estado compete o exercício do poder de polícia ambiental, assim compreendido como instrumento interventivo disponibilizado aos agentes públicos para atuar preventiva e repressivamente na busca do interesse público voltado à realização do meio ambiente sadio.

Nesta monografia, analisar-se-á o papel do Estado detentor do poder de polícia ambiental e a sua responsabilidade diante das omissões das quais decorrem danos ambientais.

Verifica-se, temerariamente, uma conjuntura ambiental marcada pela inércia do ente público frente a seus deveres de fiscalização e guarda dos recursos ambientais. A situação se agrava quando compreendido que o dano ambiental, por sua natureza e particularidades, nem sempre está sujeito à reparação – considerada, aqui, como a restauração do *status quo* anterior – porque a recuperação da degradação poderá ser demasiadamente custosa ou mesmo inviável. Além disso, mensurar a amplitude do impacto não é tarefa simples se avaliado que, seguidamente, os efeitos do dano não são imediatos e, mesmo que hoje não estejam aparentes, poderão ser decisivos no meio ambiente futuro.

Ademais, ao lado da consagração da proteção ambiental, a Lei Maior consagra interesses socioeconômicos tais como o direito de propriedade e a livre iniciativa que, como será visto, são questões muitas vezes dissonantes com o equilíbrio ambiental.

Dessa forma, traçadas as direções básicas conferidas ao presente trabalho, pretende-se, sem a vã pretensão de esgotar o tema, investigar os institutos do poder de polícia e da responsabilidade do Estado para, então, aplicá-los à matéria ambiental.

O estudo abordará os conceitos de meio ambiente e dano ambiental na tentativa de melhor expor a complexidade deste ramo do Direito e problematizar as situações de descumprimento dos deveres do Estado por conduta omissiva. Pretende-se tecer breves apontamentos sobre a natureza objetiva ou subjetiva da reparação devida, a partir de apontamentos

doutrinários e jurisprudenciais, assim como investigar a subsidiaridade ou solidariedade do ente público na ação de reparação de danos.

CAPÍTULO 1 – PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

Visando à melhor compreensão da atividade de polícia estatal, para então refletir o seu exercício, o presente capítulo fará uma breve exposição do instituto do poder de polícia e de sua vertente ambiental, traçando seus aspectos conceituais, históricos e ressaltando as características que o definem.

1.1 O poder de polícia: contornos e evolução

A ordem consagrada pela Constituição Federal de 1988 prevê, explícita ou implicitamente, vasto conjunto de direitos e garantias que compõem a própria essência do Estado de Direito e do regime democrático.

Concebidos como *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, aos particulares são reconhecidas a autonomia de iniciativa e a independência relativamente aos demais componentes da sociedade e do Estado¹. Não significa, todavia, a titularidade de garantias irrestritas e exercício ilimitado, haja vista a necessidade de compatibilizar os interesses individuais com o bem-estar coletivo. Como assevera Hely Lopes Meirelles, “*o regime de liberdades públicas assegura o uso normal dos direitos individuais, mas não autoriza o abuso, nem permite o exercício anti-social desses direitos*”².

À medida que a coabitação de direitos individuais faça surgir a necessidade de limites, decorrentes do potencial choque de interesses, o controle estatal sobre a vida privada se realiza através do poder de polícia³.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p.191.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

³ A título de nota, pertinente é a transcrição da crítica de Celso Antônio Bandeira de Mello à terminologia “poder de polícia”: “*Trata-se de designativo manifestamente infeliz. Engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas. Já isto seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobrançeria que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e forma por ela estabelecidos.*”

Conforme aduz Paulo de Bessa Antunes, uma reflexão desatenta poderia nos induzir a ver o Estado como garantidor de direitos ilimitadamente, isto é, “*responsável pela fruição plena dos direitos individuais, sem que se leve em conta o fato de que direitos implicam deveres e obrigações recíprocas entre os diversos socii*”⁴. Para o autor, a limitação é justamente a realização dos direitos, assim concebidos como recíprocos entre todos os componentes da sociedade, e o poder de polícia se apresenta como forte instrumento de “*harmonização de direitos individuais*”⁵.

A limitação de comportamentos particulares visa à manutenção dos próprios direitos fundamentais, pois que existe na tentativa de resguardar direitos individuais ameaçados pelo exercício desregulado de prerrogativas para, ao final, alcançar a igualdade entre os membros da sociedade. Essa é a razão que funda a compatibilidade entre os direitos individuais e as delimitações a eles impostos pelo poder de polícia estatal.

A satisfação de direitos fundamentais abrange uma ação conformadora da autonomia privada e tal limitação está contida no próprio conteúdo normativo.

Tradicionalmente, ao Estado cumpre a função de organizar a vida em sociedade, postando-se como árbitro, a fim de assegurar, ampla e globalmente, a realização de projetos pessoais. Interesses particulares ou de grupos, isoladamente, devem ser modulados a fim de que não comprometam a esfera privada de terceiros. Não é, destarte, função unicamente administrativa delimitar a esfera privada de liberdades, mas objetivo de toda a ordem normativa – abrange competências legislativas, jurisdicionais e administrativas⁶.

A definição de contornos jurídicos da esfera individual de direitos importa ao direito ambiental, haja vista a elevação constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado a bem de uso comum do povo, sendo

*Além disso, a expressão ‘poder de polícia’ traz consigo a evolução de uma época pretérita, a do ‘Estado de Polícia’, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de abstrato ‘poder de polícia’.” Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 771.*

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163-165.

dever da coletividade e do poder público a sua defesa e sua preservação⁷. A utilização de recursos ambientais é atividade submetida à disciplina e controle do Estado, conforme se verá adiante.

1.2 Definição e caracterizações

1.2.1 Conceito

É forçoso apresentar, em apertada síntese, o instituto do poder de polícia. A expressão “poder de polícia” teve origem jurisprudencial, na Corte Suprema dos Estados Unidos, quando do julgamento do caso *Brown x Maryland*, de 1827, e fazia remissão ao poder dos Estados-membros de editar normas limitadoras de direitos em prol do interesse coletivo⁸. Como se vê, esse poder de polícia, nos Estados Unidos, é função legislativa de editar leis limitadoras de direitos individuais visando ao bem estar coletivo, diversamente do que ocorre no Brasil, onde a atividade de polícia é exclusivamente administrativa e infra-legal⁹.

Com efeito, ainda que se tenha importado o conceito estadunidense, na sistemática pátria o poder de polícia deve ser encarado como uma faculdade de que dispõe a Administração em detrimento dos administrados, para restringir e condicionar bens, direitos e atividades¹⁰¹¹.

⁷ Ver artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, com a seguinte redação: Art. 225. 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 para as presentes e futuras gerações.

⁸ SILVA, Simone Cristina. *Poder de polícia*. Trabalho de pós-graduação em Direito Público, Universidade Anhanguera, Ipatinga, 2012, p. 14.

⁹ BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

¹⁰ BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

¹¹ Na maioria dos países europeus, a expressão “poder de polícia” já foi substituída por “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, conforme BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

No Direito brasileiro, a definição do poder de polícia está sitiada no artigo 78 do Código Tributário Nacional¹², com a seguinte redação:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão do Poder Público, a tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

Para Hely Lopes Meirelles, a atividade de polícia é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”¹³. É um mecanismo de controle de abusos de direitos individuais.

Na mesma esteira, Maria Sylvania Zanella di Pietro conceitua o poder de polícia como “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”¹⁴, abrangendo os mais variados setores, a exemplo da segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural e propriedade¹⁵. Por esse motivo, a própria polícia administrativa se ramifica em polícia de segurança, das florestas e das águas, por exemplo.

A pulverização do poder de polícia nos mais diversos campos é corroborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que recorda a atuação administrativa na fauna, na flora, em divertimentos públicos e culturais, na economia, no trânsito e na saúde pública, por exemplo¹⁶.

¹² O conceito de poder de polícia está inserido no Código Tributário Nacional porque o seu exercício é fato gerador de taxa. Ver: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 108 e SILVA, Simone Cristina. *Poder de polícia*. Trabalho de pós-graduação em Direito Público, Universidade Anhanguera, Ipatinga, 2012, p. 12.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 108.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 108.

¹⁶ Para maiores detalhes no que tange à atuação pública no exercício do poder de polícia, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 794.

Mediante o reconhecimento da diversidade de esferas de atuação, superada está a visão clássica para a qual o poder de polícia era instrumento de manutenção da ordem pública, calcado nos pilares da segurança, tranqüilidade e saúde. Reconhece-se que a atividade de polícia se orienta à realização do princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais consagrados pela ordem constitucional¹⁷.

Marçal Justen Filho, por sua vez, sustenta a atividade de polícia como a *“competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”*¹⁸.

De acordo com o doutrinador, as medidas de polícia apresentam natureza majoritariamente repressiva e preventiva; não se trata da busca pela satisfação de interesses individuais, pois o que se tenta é evitar lesões oriundas da fruição de direitos que impeçam a realização de necessidades alheias. Apesar de negar o cunho prestacional, Justen Filho admite que o poder de polícia pode gerar fornecimento de utilidades, mas apenas como decorrência acessória das restrições de liberdades¹⁹.

Disso decorre a corriqueira afirmação de que o poder de polícia é um poder negativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, porém, o traço negativo decorre da intenção de abstenção, de um não-fazer, e de uma atuação do particular, de modo que a utilidade pública é, sim, prioritariamente atingida de modo indireto pelas medidas de polícia²⁰.

Como se vê, é lícito afirmar que a doutrina majoritariamente concorda que a atividade de polícia consiste em uma faculdade de que dispõe o Poder Público para restringir direitos individuais e limitar as manifestações da autonomia privada²¹. Há divergências, entretanto, quanto aos efeitos reflexos do poder de polícia, sendo que acolher a realização indireta de utilidades públicas como meta essencial ou como mera consequência pode resultar em

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 794.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 385.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 386.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 780.

²¹ BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

alterações significativas na escolha das ações tomadas pela Administração no caso concreto.

Prosseguindo com a definição do poder de polícia, imprescindível dizer que a atividade administrativa se expressa por atos normativos ou concretos e possui caracteres ora preventivos, ora fiscalizadores ou repressivos, visando à conformação das ações ou abstenções dos particulares aos fins sociais consagrados pelo sistema normativo pátrio²². Em todas as hipóteses, identifica-se uma tentativa de impedir que ações individuais causem graves prejuízos à coletividade²³.

Os atos preventivos são os regulamentos administrativos enviados com o objetivo de padronizar alguns comportamentos e até mesmo por meio de autorizações e licenças às quais cabe ao Poder Público determinar. Já as ações fiscalizadoras são voltadas para as inspeções, vistorias e exames realizados pela Administração com a intenção de realizar as normas gerais de conduta. Os atos repressivos, por sua vez, estão voltados à aplicação de sanções devido a comportamentos dos administrados em desconformidade com as normas impostas²⁴.

Afeto a todos os entes federativos de acordo com o grau de interesse envolvido – aos Municípios, questões de interesse local; aos Estados, assuntos de interesse regional; à União, matérias de interesse nacional²⁵ – em regra, o poder de polícia é exercido exclusivamente. Certamente, casos há em que as três entidades federativas detêm interesse simultâneo e, nessas situações, ocorre concorrência de policiamento. Em qualquer das hipóteses, porém, diz-se que a *“entidade que detém a competência não pode demitir-se desse poder, que é de natureza irrenunciável”*²⁶ em virtude da concorrência de um ou mais entes da federação.

Como um sistema de regulação interna, o poder de polícia encontra alicerces no interesse social e na supremacia do Estado, cujas normas impõem

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 787.

²³ SILVA, Simone Cristina. *Poder de polícia*. Trabalho de pós-graduação em Direito Público, Universidade Anhanguera, Ipatinga, 2012, p. 15.

²⁴ CAVALCANTI, Felipe Franco de Holanda. *Atuação do poder de polícia e as suas limitações no sistema administrativo brasileiro*. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, João Pessoa, 2010, p. 18-19.

²⁵ SILVA, Simone Cristina. *Poder de polícia*. Trabalho de pós-graduação em Direito Público, Universidade Anhanguera, Ipatinga, 2012, p. 19.

²⁶ STF, ADIMC 2.544, DJU 8.11.2020.

restrições à esfera privada. É desses condicionamentos que se incumbe o policiamento administrativo. Somente poderá se justificar uma restrição de direitos individuais, porém, como meio de atingir o interesse coletivo²⁷.

A eleição dos valores coletivos em detrimento da ampla liberdade individual encontra significativo exemplo na funcionalização da propriedade, contemplada no artigo 1.228, §4º do Código Civil²⁸, artigo 5º, XXIV e artigo 170, III da Constituição Federal²⁹ e artigo 2º, §1º do Estatuto da Terra³⁰. Consagrado como um dos pilares do Direito Privado, o direito individual de propriedade deixa de ser uma atribuição plena, um espaço de livre manifestação da senhoria sobre o bem para homenagear valores sociais inerentes à propriedade.

Conforme o doutrinador Gustavo Tepedino, a *“determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade”*³¹.

²⁷ SILVA, Simone Cristina. *Poder de polícia*. Trabalho de pós-graduação em Direito Público, Universidade Anhanguera, Ipatinga, 2012, p. 21.

²⁸ Art. 1.228. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

²⁹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

³⁰ Art. 2º, do Estatuto da Terra: Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;

b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;

c) assegura a conservação dos recursos naturais;

d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In DIREITO, Carlos Menezes (coord.). *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1977, p. 321-322.

Leon Duguit assevera a justificação dos direitos mediante observação da missão social a que se devem ao afirmar que:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor da riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social.³².

Trata-se do reconhecimento de tarefas de cunho eminentemente social que somente podem ser desempenhadas pelo proprietário enquanto tal³³. Com isso, temos que o direito de propriedade apresenta em seu próprio conteúdo uma necessidade de responder adequadamente às necessidades sociais.

A funcionalização do direito de propriedade implica, destarte, no correspondente poder de polícia, a fim de que se verifique o cumprimento de valores socioeconômicos que permeiam a própria definição de propriedade.

Com efeito, vasto é o âmbito de atuação estatal voltado ao contorno de liberdades individuais a fim de que não haja choques de direitos e tampouco exercício absoluto de direito. Como exemplifica Meirelles, a Constituição Federal determina limitações ao direito de propriedade, ao exercício de profissões, ao direito de reunião, aos direitos políticos e à liberdade de comércio; e, do mesmo modo, o Código Civil condiciona o exercício de direitos, proibindo abusos, restringindo-os em prol de normas administrativas e dos direitos de vizinhança, por exemplo³⁴.

É objeto do poder de polícia todo bem, direito ou atividade individual que possa impactar na coletividade ou comprometer a segurança nacional, exigindo, destarte, regulamentação, controle e contenção estatal³⁵.

Diz-se que onde houver interesse relevante para coletividade haverá proteção através do poder de polícia. Mais que isso, para cada restrição de direitos existe poder de polícia correspondente, consubstanciado nas medidas

³² DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, t.3. apud GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 121.

³³ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, t.3. apud GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 121.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

³⁵ SILVA, Simone Cristina. *Poder de polícia*. Trabalho de pós-graduação em Direito Público, Universidade Anhanguera, Ipatinga, 2012, p. 22.

delegadas à Administração Pública para efetivar o interesse superior dos cidadãos e do Estado. Não poderá, porém, o administrador fazer uso dessa prerrogativa para suprimir direitos conforme uma vontade política. Os limites do poder de polícia administrativo, assim, “[...] são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (art. 5º)”³⁶.

De fato, confrontam-se dois interesses: o do cidadão, que anseia exercer seus direitos, e o da Administração, a quem incumbe o dever de garantir o exercício desses direitos através do poder de polícia. Como esse poder encontra fundamento no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, temos que o Poder Público situa-se em posição vantajosa³⁷.

Nesse panorama, é forçoso salientar que diversos doutrinadores discutem o caráter discricionário do poder de polícia, isto é, aventam a veracidade da sua caracterização como uma lacuna legal deixada a cargo do juízo subjetivo do administrador para, com certa margem de liberdade, decidir a regulação de direitos no caso concreto.

Hely Lopes Meirelles, por exemplo, defende a dupla possibilidade do poder de polícia: casos há em que a atuação é vinculada por determinação legal e outros nos quais existe competência não vinculada. Assevera o doutrinador que “*tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público*”³⁸. Apesar de defender a discricionariedade na atuação da polícia administrativa, em princípio, o autor não refuta a possibilidade de abuso ou desvio de poder, o qual admite impugnação pela via judicial. Além disso, a atividade passará a ser vinculada quando a norma legal regente estabelecer o modo de sua realização.

No mesmo sentido estão as elucidações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Apesar de reconhecer que a norma legal seguidamente delega certa margem de apreciação ao administrador, considerando descabido ao legislador

³⁶ STF, ADI 2.213/MC, DJU 23.4.2004.

³⁷ BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 135.

prever todas as hipóteses possíveis que exigem atuação da polícia, di Pietro nega uma discricionariedade *a priori* já que:

Em outras hipóteses, a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção. Nesse caso, o poder será vinculado³⁹.

Para ilustrar a hipótese de vinculação do Poder Público, Di Pietro cita a licença como ato de polícia vinculado, uma vez que o alvará de licença deve ser concedido sempre que forem preenchidos os requisitos definidos em lei. É o que ocorre na licença para dirigir veículos automotores e para exercer determinadas profissões, bem como para construir⁴⁰.

Tal tese encontra amparo, inclusive, em razões de ordem prática, já que, conforme explica Justen Filho, as competências legislativas podem contemplar margem de discricionariedade sem com isso significar poder discricionário. Um regime democrático exige que as limitações às liberdades sejam apuradas no caso concreto, e, mais que isso, que as linhas de restrições regulem também situações não previstas e possíveis no complexo e intrincado âmbito dos direitos fundamentais⁴¹.

No mesmo sentido, Bandeira de Mello afirma a inexistência de um poder discricionário propriamente dito, haja vista que apenas se tem notícia de atividades vinculadas e atos de competência discricionária, mas não toda uma classe de atuação discricionária⁴².

É preciso ressaltar que a controvérsia atinente à natureza discricionária ou não do poder de polícia pode resultar da problemática que envolve a própria nomenclatura do instituto. Ao proclamar um “poder” de polícia, há que se ter

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 391-392.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 391-392.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 386-393.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 786.

em mente que não existe um poder propriamente dito, mas uma função administrativa, um poder-dever que consiste em atividades infra-legais⁴³.

Com efeito, apesar dos embates doutrinários, parece mais acertada a tese segundo a qual não se pode falar sequer em uma “faculdade discricionária”, pois a Administração não tem funções discricionárias, e, sim, atos passíveis de exercício discricionário, mas cuja atividade é vinculada⁴⁴.

Assim, uma vez sedimentado que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício da competência discricionária, ora através de atos vinculados, cumpre trazer à tona, sinteticamente, fundamentos e limitações da atividade de polícia.

1.2.3 Limites e fundamentos

Pelo potencial antidemocrático que se origina a partir da estruturação de um aparato estatal destinado à coerção de direitos individuais é que se sujeita o poder de polícia aos princípios constitucionais e legais disciplinadores da democracia republicana⁴⁵.

Compreendido como decorrência do próprio Estado de Direito, o poder de polícia é limitado pelo princípio fundamental da legalidade, sem o qual não possui bases de legitimidade. É, conforme define Celso Antônio Bandeira de Mello, a contraface da qualidade de executora das leis – que deve ser exercida nos termos destas mesmas leis – através de atos da Administração⁴⁶.

O princípio da legalidade assegura a todos que somente a lei crie deveres de agir e de se abster. A Administração somente pode fazer o que a lei permite; há uma relação de completa submissão às leis. Conseqüentemente, a atividade de polícia possui natureza infralegislativa e não se caracteriza por

⁴³ BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

⁴⁴ Nesse sentido estão as afirmações de Eros Grau, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar, Juan Francisco Linares e Tomas Fernandes, citados por Marcia Andrea Bühring. Ver: BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 385-386 e 390.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 773.

ações inovativas, mas regulamentares. Inviabilizados, portanto, quaisquer limitações ou constrangimentos não autorizados por lei. O que não está afastado, todavia, é a disciplina legal discricionária, que delega ao administrador a faculdade de apontar a medida mais adequada frente ao caso concreto⁴⁷.

O presente trabalho não tem por escopo debater o alcance do sentido da legalidade. Importa, todavia, pontuar que há um movimento da doutrina e jurisprudência contemporâneas no sentido de compreender que a legalidade abrange não apenas leis, mas também princípios constitucionais, o que resulta em maior grau de subjetividade no controle das ações administrativas⁴⁸.

Considerando a necessária observância da legalidade, a utilização de meios coativos encontra limite no atendimento do fim legal em vista do qual foi instituída a medida restritiva⁴⁹. Desta feita, ao invocar o poder de polícia, não pode a Administração Pública aniquilar direitos fundamentais ou anular liberdades, pois estes jamais serão o fito de texto normativo.

Afora o princípio da legalidade, o poder de polícia é norteado pelo princípio da proporcionalidade, de acordo com o qual “[...] *as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas*”⁵⁰. Segundo os ensinamentos de Di Pietro:

Essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida nos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é *manifestamente inadequada* para alcançar a

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 386-387.

⁴⁸ COUTINHO, Luís Felipe de Azeredo. *O princípio da legalidade na Administração Pública contemporânea*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10150>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 793.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 81.

finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade⁵¹.

A proporcionalidade dos meios aos fins, no âmbito do poder de polícia, significa que as medidas não devem ir além do que visam proteger; não tem por escopo a destruição de direitos individuais, mas, contrariamente, assegurar o seu exercício, sendo que eventuais reduções somente serão possíveis quando em conflito com interesses coletivos⁵².

A atividade de polícia somente se valida se adequada, necessária e compatível com os valores constitucionalmente assegurados. A adequação remete à causalidade entre a providência adotada e o fim almejado; a necessidade confere a escolha da medida menos danosa e restritiva dentre as disponíveis; e a compatibilidade com a Constituição Federal, por sua vez, veda limitações que ofendam direitos fundamentais⁵³.

Discricionariedades infundadas ou arbitrariedades são incompatíveis com o Estado de Direito, devendo prevalecer uma simultaneidade harmônica entre o poder de polícia legítimo do Estado e os interesses dos cidadãos, sempre em consonância com os princípios constitucionais⁵⁴.

Impõe-se, assim, à Administração Pública postura de extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários para atingir o resultado pretendido. Conforme Celso Antonio Bandeira de Mello, a coação somente se legitima como último recurso eficaz para cumprir a pretensão jurídica, devendo guardar proporção ao resultado almejado em texto positivado. Consequentemente, toda coação que extrapole a medida necessária para realização do efeito jurídico pretendido é injurídica⁵⁵.

Frise-se que os eventuais excessos e abusos da Administração manifestam-se tanto na intensidade maior que a necessária quanto na extensão da medida superior ao suficiente ao alcance da finalidade pública em

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122.

⁵⁴ BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 793.

vista da qual foram instituídos os atos. Assim é que a atividade de polícia deve atender tanto à magnitude e veemência de suas ações quanto a precisa duração das medidas.

1.2.4 Auto-executoriedade e coercitibilidade das medidas de polícia

Dando continuidade à verificação dos atributos do poder de polícia, outra característica a ser colocada é a auto-executoriedade, compreendida como a faculdade de a Administração promover suas decisões de conformação de direitos individuais sem necessidade de prévia consulta ao Poder Judiciário. Na esteira de Hely Lopes Meirelles,

Nem seria possível condicionar os atos de polícia a aprovação prévia de qualquer outro órgão ou Poder estranho à Administração. (...) O que o princípio da auto-executoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração, independentemente de mandado judicial⁵⁶.

Sentindo-se o particular agravado em seus direitos, poderá reclamar pela via adequada ao Judiciário, que intervirá, oportunamente, para suprimir eventual ilegalidade administrativa ou para fixar a indenização que for cabível⁵⁷.

Providências de polícia serão tomadas na defesa dos interesses públicos quando a lei expressamente autorizar, quando a adoção da medida for urgente e quando inexistir outro meio de direito capaz de atingir o bem pretendido⁵⁸.

Por força da auto-executoriedade de suas medidas, o poder de polícia frequentemente se manifesta de modo coercitivo. De fato o ato de polícia é imperativo, obrigatório para seu destinatário, e “[...] *não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-los efetivos, e essa coerção também independe de autorização judicial*”⁵⁹.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 792.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 138.

Embora a coercitibilidade justifique o uso da força pública para cumprimento das medidas de polícia, a possibilidade de compulsória obediência pressupõe atuação regular da Administração, sem qualquer uso desmedido ou violação da legalidade⁶⁰. Assim, a violência desnecessária ou desproporcional à resistência caracteriza excesso de poder e abuso de autoridade, e devem ser atacadas por via de ações civis e criminais para reparação do dano – o *habeas corpus* e o mandado de segurança são meios eficazes de defesa do particular.

Ademais, como os atos jurídicos de poder público não podem, em regra, ser delegados a particulares, o mesmo ocorre com o poder de polícia. Medidas de autoridade pública no exercício de sua competência para restringir e limitar direitos individuais, cujas decisões são auto-executáveis coercitivamente, somente podem emanar do Poder Público.

Essa vedação ocorre, segundo o relevante entendimento de Bandeira de Mello, porque não podem os particulares se valerem de encargos correspondentes a funções tipicamente públicas, pois isso ofenderia “o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre os outros⁶¹”.

É, portanto, inadmissível a transferência do poder de coerção jurídica ou física do Estado para esfera privada, mesmo que temporariamente⁶². Não significa, entretanto, que determinados atos materiais e acessórios ao exercício do poder de polícia não possam ser transferidos e praticados por particulares, mediante delegação ou em decorrência de contrato de prestação. Apenas há óbice à imposição coercitiva de deveres que não provenha de agente público, gerando desequilíbrio entre os administrados, pois que aqueles investidos de poderes compulsórios figurariam em posição de supremacia.

Em suma, a atividade de polícia não pode ser delegada a particulares enquanto atividade essencial e exclusiva de Estado, mas atos meramente

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 793.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 789.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 392.

materiais à sua realização podem, estes sim, ser transferidos. Essa é uma importante limitação ao seu exercício⁶³.

1.3 A fiscalização ambiental

O Direito Ambiental tem como uma de suas principais funções a fixação de parâmetros normativos que certifiquem a utilização de recursos ambientais sem prejuízo do mínimo necessário para sustentabilidade e sem gerar danos à saúde, aos bens e aos direitos de terceiros⁶⁴.

A polícia do meio ambiente, encarregada de assegurar o respeito às normas e a defesa dos bens ambientais para as presentes e as futuras gerações, poderá atuar preventiva ou repressivamente e representa uma das atividades mais relevantes para proteção do meio ambiente, visto que, através da fiscalização, danos ambientais podem ser impedidos.

Em termos de proteção do meio ambiente, o poder de polícia está submetido aos mesmos regramentos dos atos administrativos, pois consiste apenas em uma de suas ramificações. Deve, assim, ser praticado por autoridade pública competente baseada em norma legal, observar a forma adequada, guardar proporcionalidade com os fins pretendidos e demonstrar impessoalidade, moralidade e eficiência⁶⁵.

A definição de polícia ambiental, de acordo com Paulo Affonso Leme Machado:

[...] é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou 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 pendentes de concessão, autorização/missão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.⁶⁶

⁶³ AMARO, Flávio José Tarouco Osório; BONELLA, Danielle Soncini; CAVALHEIRO, Kênia. *Poder de Polícia Administrativa: O uso da Proporcionalidade na condução de Ações Excessivas e Abusivas*. X Salão de Iniciação Científica PUCRS, Santa Maria, 2009, fls. 2686-2689.

⁶⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 170.

⁶⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 169.

⁶⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 385.

Como se vê, o que se faz é uma adaptação do conceito geral de poder de polícia para seara ambiental, de modo que o exercício do poder de polícia ambiental está atrelado às liberalidades das quais possam resultar poluições e agressões à natureza.

Conforme aduz Leme Machado, o poder de polícia é exercido mediante ordens, proibições e normas limitadoras e sancionadoras, o que inclui ordem, consenso e fiscalização de polícia. “[...] *originariamente restringia-se à segurança, moralidade e salubridade, expandindo-se atualmente para a defesa da economia e organização social e jurídica ‘em todas as ordens imagináveis*”⁶⁷.

Para Paulo Bessa Antunes, o poder de polícia consiste em “[...] *um conceito jurídico-administrativo que se referencia à atuação de órgãos ambientais e à função de fiscalização e controle por eles exercidos*”⁶⁸. Assim é que o direito de fiscalizar instalações é inerente à atuação de órgãos que concedem licenças ambientais.

Relevantes são as reflexões do supradito legislador no sentido de verificar que a ampla visibilidade que se dá às fiscalizações implica, frequentemente, na atuação irregular de órgãos sem atribuição legal em prol de suposta defesa do meio ambiente.

Insta salientar que, em se tratando de matéria ambiental, Celso Antonio Pacheco Fiorillo destaca a necessidade de vincular o poder de polícia “*a atividades da Administração Pública destinadas a regular a prática de atos ou mesmo fatos em razão da defesa de bens de uso comum do povo reputados constitucionalmente essenciais à sadia qualidade de vida (art. 225 da CF)*”⁶⁹.

Nessa seara, a fiscalização ambiental, exercida através do poder de polícia, dispõe de amplo rol de possibilidades para efetivação do controle preventivo e repressivo, tais como o licenciamento, o estudo prévio de impacto ambiental, suspensão de atividades, interdição de estabelecimentos, multa, caducidade de concessões, entre outros. Se os gestores públicos não

⁶⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 385.

⁶⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 169.

⁶⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

executam suas atividades e ficam inertes frente aos deveres de preservação ambiental, cairá sobre eles a responsabilidade ambiental.

CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Neste capítulo, tratar-se-á da responsabilidade resultante de ações ou omissões do Poder Público no exercício da função executiva. Não se ignora a responsabilidade por atos jurisdicionais e por atos legislativos, porém, o recorte pertinente ao presente trabalho monográfico abrangerá tão-somente o dever de reparar oriundo da atividade executiva estatal.

2.1 Contornos jurídicos da responsabilidade extracontratual do Estado

2.1.1 Conceito e aspectos introdutórios

A responsabilidade não se confunde com o dever jurídico tal qual concebido no Direito Privado – constranger a realização de conduta, consistente em uma ação ou omissão. Consoante as elucidações de Marçal Justen Filho, a noção de dever envolve a noção de submissão pessoal e patrimonial, enquanto a responsabilidade é elemento complementar ao dever jurídico e consequente da “ausência de cumprimento espontâneo”⁷⁰.

A responsabilidade extracontratual⁷¹ da Administração Pública⁷² ou responsabilidade extracontratual do Estado⁷³ remete à obrigação de responder

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.295.

⁷¹ Romeu Felipe Bacellar Filho explica que o uso do termo "responsabilidade civil" pode remeter à ideia de que a responsabilização administrativa seria regulada pelo Direito Civil, o que é inverídico, pois, na maioria das vezes, tal relação é regida pelo Direito Público, atuando o Direito Civil apenas em caráter subsidiário. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195. No presente trabalho, não se fará diferença entre as denominações “responsabilidade civil” e “responsabilidade extracontratual” do Estado.

⁷² Romeu Felipe Bacellar Filho entende que, a despeito das divergências doutrinárias a respeito da denominação dada ao tema, seria mais acertado falar em “responsabilidade da Administração Pública” considerando que “a responsabilização resulta de atos e omissões de pessoas jurídicas que a integram e não de atos do Estado organizado como entidade política”.

por danos causados a terceiros em virtude da ação ou omissão de agentes públicos atuando nessa qualidade⁷⁴. Diversamente do direito privado, ramo no qual a responsabilidade deriva de ato contrário à lei, admite-se, no direito administrativo, que, além dos atos ilícitos, comportamentos lícitos ensejem o dever de reparação⁷⁵.

Assim, conforme a lição de Augustín Gordillo:

En efecto, al referirnos a la “responsabilidad” del Estado debemos considerar, en sentido amplio, que ella existirá toda vez que una persona que ha sufrido um daño – material o moral – causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él⁷⁶.

A doutrina majoritária analisa o tema a partir do conceito segundo o qual a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar economicamente os danos à esfera juridicamente protegida de outrem, “e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos⁷⁷, imputáveis aos agentes públicos⁷⁸”.

Destaque-se o consenso doutrinário acerca do dever de indenizar danos oriundos da inércia estatal. Odete Medauar, ao tratar da obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência das omissões, utiliza-se

In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 194.

⁷³ Consoante Maria Sylvia di Pietro, incorrem em equívoco aqueles que se valem da expressão “responsabilidade da Administração Pública, visto que esta não tem personalidade jurídica e, conseqüentemente, não é titular de direitos e obrigações. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 606.

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

⁷⁵ Para Ruy Cirne Lima e Marçal Justen Filho, a antijuridicidade é indispensável à responsabilização civil do Estado, argumentando que casos há nos quais o dano não é uma ilegalidade, mas ato integrante do conjunto regulamentar e praxe da atividade funcional dos agentes públicos. Residiria a culpa, assim, na “organização defeituosa ou no irregular funcionamento do serviço público”. In LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev., atual. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 540.

⁷⁶ GORDILLO, Augustín A. *Tratado de derecho administrativo*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopez, 1971, p. XX – 4.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 775.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 607.

dos exemplos de atropelamento por veículo oficial, queda em buraco na rua, morte em prisão⁷⁹ para ilustrar a amplitude da obrigação.

Modernamente, é assente o entendimento de que o Poder Público, tal qual qualquer sujeito de direitos, pode figurar como causador de dano à esfera patrimonial de outrem, recaindo-lhe o dever de retornar os prejuízos causados. A razão de ser da Administração envolve o gerenciamento da coisa pública objetivando o bem-estar da comunidade⁸⁰, e não para causar-lhe adversidades.

Insta diferenciar a responsabilidade administrativa do dever de indenizar decorrente de poderes conferidos ao Estado que atingem diretamente direitos de terceiros e interesses privados, a exemplo da desapropriação. Sacrifícios como esse se justificam pelo interesse público⁸¹, princípio basilar do regime jurídico administrativo que decorre da necessidade de conferir ao Poder Público prerrogativas que instrumentam a perseguição de interesses coletivos em tempo satisfatório.

Com efeito, há um conjunto normativo e principiológico diferenciado que rege e norteia a atuação administrativa, dotado de prerrogativas e limitações condizentes com a busca pela satisfação e a indisponibilidade do interesse público.

Assim, diz-se que quando a satisfação de um fim coletivo não possa ocorrer de maneira outra que não mediante sacrifício de um interesse privado, ambos tutelados, há que prevalecer o primeiro. Surge, então, um dever de indenizar o particular prejudicado em prol da finalidade maior.

Não se trata de responsabilidade propriamente dita, como explica Bandeira de Mello, os casos em que o Estado “*debilita, enfraquece, sacrifica*

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 411.

⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

⁸¹ Não será objeto do presente trabalho a delimitação dos contornos conceituais do interesse público, mas “força reconhecer que com o advento do Estado Social, altera-se o conceito de *interesse público*, que abandona um prisma individualista, dirigido unicamente à defesa das liberdades negativas dos cidadãos. Essa noção adquire caráter solidário, incorporando as necessidades gerais da coletividade e os interesses dos grupos hipossuficientes, que requerem uma atuação estatal no âmbito privado para reequilibrar juridicamente as relações desiguais. Para tanto, os ordenamentos jurídicos passam a prever uma série de mecanismos destinados a condicionar o exercício dos direitos e liberdades individuais em prol de interesses da coletividade, estabelecendo, com isso, uma prevalência do interesse público sobre o particular”. In: HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 87-88.

*um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém*⁸².

Diversamente, existem situações em que o Direito autoriza a prática de atos que não visam diretamente ao sacrifício de direitos de terceiros, mas cujo exercício potencialmente atinge a esfera jurídica alheia. É essa lesão resultante indiretamente de ato lícito que configura a responsabilidade do Estado.

O fato é que o instituto da responsabilidade civil é essencial à realização do Estado de Direito, haja vista sua finalidade de restabelecer o equilíbrio violado por um dano. Assim é que a responsabilidade incide não apenas como decorrência de ato ilícito, mas também para tutelar prejuízos nos quais não se questiona a licitude da ação estatal⁸³.

A responsabilidade da Administração, por certo, obedece a regime próprio, compatível com as suas atribuições e com os riscos de suas atividades⁸⁴.

2.1.2 Fundamentos

Em primeiro lugar, pensar a responsabilidade deve remeter à noção de compensação equivalente pelo dano sofrido, conforme ensina Paulo de Bessa Antunes⁸⁵. Significa que o autor do dano deve repará-lo ao máximo, sendo essa reparação uma busca por valor, não necessariamente pecuniário, correspondente ao prejuízo que causou. O objetivo é a busca mais ampla

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 776.

⁸³ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado; HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. In: *Revista de Direito GV*. vol. 8, nº 1, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005>. Acesso em: 8 de novembro de 2014.

⁸⁴ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado; HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. In: *Revista de Direito GV*. vol. 8, nº 1, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005>. Acesso em: 8 de novembro de 2014.

⁸⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287.

possível do retorno ao *status quo ante*, na medida do possível, haja vista que, frequentemente, é inviável a reconstrução da realidade anterior.

A responsabilidade do Estado decorre da democracia republicana⁸⁶. Como representante da sociedade, a Administração Pública goza de poderes e prerrogativas orientados ao alcance dos fins públicos, o que lhe impõe um conjunto de obrigações perante a sociedade e a responsabilização por suas ações e omissões. Conforme Romeu Felipe Bacellar Filho, “*esse dever jurídico decorre tanto da igualdade dos direitos, assim também da solidariedade de todos perante os encargos sociais*”⁸⁷.

Assim, como decorrência do próprio regime jurídico administrativo, consideradas as suas prerrogativas e sujeições, é que se impõe o ressarcimento quando o uso desses privilégios causem algum dano. A imperatividade de tal resultado não advém apenas da legalidade, como também pelos princípios norteadores da Administração, sobretudo o da igualdade e da moralidade⁸⁸.

É que, ainda que contemplado com vasto rol de prerrogativas, o Estado não tem o condão de agir com excesso, isto é, não pode ultrapassar os limites previstos na ordem legal instituída, sob pena de responsabilização⁸⁹. Assim, quando a realização do bem comum implique em lesões individuais, esses prejuízos deverão ser suportados por toda coletividade, isto é, pelo Estado, para que o equilíbrio seja restabelecido⁹⁰. É a mesma razão pela qual os cidadãos são obrigados a reparar os danos que causarem a terceiros, por imposição da igualdade de todos perante a lei⁹¹.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.296.

⁸⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

⁸⁹ MELECH, Luiza de Souza. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por omissão: Aferição de culpa da Administração ambiental*. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 17.

⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

Com efeito, o tema é de notória importância, pois, como bem aponta Bessa Antunes, a responsabilidade “é um dos elementos mais marcantes para que se julgue a eficácia ou ineficácia de um sistema jurídico, bem como as finalidades sociais deste”⁹².

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca a relevância de não considerar como iguais os requisitos e os fundamentos da responsabilização, distinção que se baseia no fato de que estes – os fundamentos – correspondem à própria justificativa da existência da reparação, “naquilo que supedita as distintas hipóteses de responsabilização”⁹³.

Entende, assim, que o fundamento da responsabilidade se biparte: i) comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, ensejam o dever de reparar por decorrência do princípio da legalidade. Os omissivos, ademais, encontram no princípio da igualdade base para o dever de ressarcir; ii) comportamentos lícitos ou danos criados pela Administração Pública devem ser reparados em virtude do princípio da igualdade, haja vista a impossibilidade de depositar em alguns excessivo ônus proveniente de atividade desempenhada no interesse da coletividade⁹⁴.

2.1.3 Teorias da responsabilidade: síntese evolutiva

A estrutura do Estado e dos seus alicerces de operação são frutos da construção e percepção social, razão pela qual conhecer o caminho percorrido facilita o pensamento acerca dos fundamentos que culminaram na atual concepção de responsabilidade do Estado. Assim é que, visando à melhor compreensão da responsabilidade estatal, cumpre fazer um breve apanhado histórico, passando pelos diversos estágios do instituto.

Por longa data, prevaleceu o entendimento pela irresponsabilidade estatal. Também chamada teoria feudal, regalista ou regaliana, a teoria da irresponsabilidade era própria dos Estados absolutistas, nos quais o

⁹² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 788.

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 788.

governante ditava a lei⁹⁵. Vigorava a concepção de que o rei não erra – equivalente às célebres expressões “*le roi ne peut mal faire*”, “*the king can do no wrong*” e “o que agradou ao príncipe tem força de lei”⁹⁶ – e que o Estado, soberano perante um indivíduo e representante do interesse de todos, não poderia ser responsabilizado⁹⁷. Ademais, tal previsão se estendia aos altos funcionários representantes do Estado, restando aos demais agentes estatais a responsabilidade pelos atos que ultrapassassem suas atribuições⁹⁸, de modo que o amparo de “ilusória infalibilidade”⁹⁹ somava-se à responsabilidade do funcionário quando o ato danoso pudesse ser pessoalmente imputado¹⁰⁰.

Paulatinamente, com o crescente reconhecimento do Estado de direito e de direitos perante o Estado, o período da irresponsabilidade estatal foi superado. É notória a influência do direito francês que, já em fevereiro de 1800, disciplina em texto legal o ressarcimento de danos advindos de obras públicas¹⁰¹.

A expansão da responsabilização do Estado culminou com a adoção da teoria da teoria civilista, que passou pela teoria dos atos de gestão e de império e pela teoria da culpa civil, também chamada teoria da responsabilidade subjetiva.

Inicialmente, traçou-se uma diferença entre atos de gestão e atos de império. Ao editar os atos de império, o poder público age sob a égide da soberania, pelo que estaria isento de responsabilização. Diversamente, ao praticar atos de gestão, o Estado se equipara a um particular nas relações

⁹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

⁹⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 61.

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 411.

⁹⁸ DUQUE, Ricardo Hoyos. La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Temis: Bogotá, 1984, p.7 apud CRUZ, Ariele Chagas. *Responsabilidade do Estado pelo dano ambiental: um enfoque sobre a teoria do risco administrativo*. 2012. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8270/1/Ariele%20Chagas%20Cruz%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

⁹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 783.

¹⁰¹ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 319.

estabelecidas com seus empregados e prepostos, devendo ser responsabilizado quando houver culpa do agente¹⁰². Na prática, é complicado demonstrar o limiar divisório entre atos de império e atos de gestão, o que mantinha os administrados desprotegidos perante as ingerências da Administração.

Depois, apoiada na lógica civilista, a teoria subjetiva depositou o fundamento da responsabilidade na ideia de culpa do agente público, isto é, no ato praticado que guarda nexos de causalidade com o dano gerado por culpa ou dolo.

A despeito do avanço que o pioneirismo da teoria subjetiva despertou, quando comparada com a teoria da irresponsabilidade, sua insuficiência não tardou a se mostrar. A relação de Direito Público revela hipossuficiência do administrado frente ao Estado, o que dificultava sobremaneira a comprovação da culpa do agente e representava “um ônus injusto para vítima”¹⁰³, mostrando-se deficiente para a ideia de realização da justiça¹⁰⁴.

Sobreveio, assim, a teoria publicista ou teoria da responsabilidade sem culpa, melhor adequada à realidade administrativa, através da teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público e da teoria do risco.

Insta ressaltar que a retirada da culpa como fundamento da responsabilidade não ocorreu de forma linear ou pacata, sem embates ideológicos e técnico-jurídicos. Isso porque no regime jurídico da culpa exige-se a sua comprovação, ônus que processualmente recai sobre o particular lesado, beneficiando, em certa medida, o réu. A liberação desses pressupostos representa, mais que uma passagem paradigmática, pois também exprime uma vontade social que visa à melhor tutela jurídica dos sujeitos prejudicados¹⁰⁵.

A urgência por regras e princípios diferenciados para o trato das relações entre Poder Público e particulares evidenciou-se no sobejamente conhecido caso do Aresto Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos na França. Na ocasião, a menina Agnès Blanco foi atropelada por um vagão da

¹⁰² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 412.

¹⁰³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 412.

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

¹⁰⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 291.

Companhia Nacional de Manufatura de Fumo e seu pai ingressou com ação indenizatória fundada na ideia de que o Estado é responsável por danos que causar a terceiros em razão da prestação de serviços públicos. Julgado no dia 8 de fevereiro de 1873, o caso Blanco é considerado uma reviravolta no paradigma da responsabilização por condenar o Estado ao ressarcimento de danos decorrentes da atividade administrativa.

Consoante os apontamentos de Daniel Wunder Hachem, as principais contribuições do *arrêt Blanco* foram:

(i) a declaração de inaplicabilidade do Código Civil às situações de responsabilidade estatal; (ii) a afirmação da especificidade da matéria no âmbito administrativo da adaptabilidade do regime jurídico da responsabilidade em razão do objetivo do serviço público; (iii) a atribuição de competência à jurisdição administrativa para apreciar tais casos¹⁰⁶.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço está, em verdade, no âmago da transição para teoria publicista, que representa uma adaptação da visão civilista para conjuntura administrativa¹⁰⁷.

A noção de culpa administrativa procura dissociar a responsabilidade do Estado da culpa do agente público, reconhecendo a culpa do próprio serviço público¹⁰⁸.

Com efeito, reconhece-se, de um lado, a culpa individual do funcionário e, de outro, a culpa anônima do serviço público quando o serviço não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal. O Estado responderia nas hipóteses em que o funcionário não é identificável e se reconhece o mau funcionamento do serviço¹⁰⁹. Para Bacellar Filho, o advento da culpa anônima

¹⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1134.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 487.

¹⁰⁸ A teoria da *faute du service* é tema de maior debate no capítulo 2.3 do presente trabalho monográfico.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 610.

da Administração foi o marco propulsor da doutrina objetiva da responsabilidade estatal¹¹⁰.

Carlos Velloso, apoiado nos ensinamentos de Paul Duez, traça pontos essenciais da teoria da *faute du service*: (i) é uma responsabilidade primária, o que significa que não deriva de relação patrão-empregado ou preponente-preposto; (ii) a falta do serviço público prescinde de falta do agente público¹¹¹, já que decorre do funcionamento defeituoso do serviço; (iii) o fato gerador da responsabilidade é a falta do serviço e não o fato do serviço; (iv) a condição defeituosa do serviço deve ser analisada segundo critérios de serviço, lugar e circunstâncias¹¹².

Sem abandonar a teoria da falta do serviço, o Conselho de Estado francês passou a reconhecer a teoria do risco, base para o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado fundada no nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano sofrido pelo administrado.

Os fundamentos teóricos resultantes da construção doutrinária voltada para responsabilidade objetiva fulcraram-se, de acordo com Bacellar Filho, no princípio da equidade, no risco que a atividade pública oferece a particulares e os danos que pode gerar a alguns membros da comunidade, bem como na vedação de enriquecimento ilícito e na ideia de segurança social¹¹³.

A responsabilidade objetiva, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, corresponde à:

Obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano¹¹⁴.

¹¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e jurisprudência brasileiras, p. 308. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 293-336.

¹¹¹ Disso decorre a expressão “culpa anônima do serviço público”.

¹¹² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, nº 96, outubro, 1987, p. 236-237.

¹¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 788.

Como se vê, a responsabilidade objetiva do Estado resulta na obrigação de indenizar a vítima de ato lesivo em sua esfera juridicamente protegida, desde que demonstrado nexos causal entre o comportamento e o dano gerado.

Ademais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca pressupostos da responsabilidade objetiva, necessários à sua verificação, quais sejam: i) a prática de ato lícito ou ilícito por agente público; ii) o ato deve acarretar dano específico e anormal, assim entendido como o prejuízo que recai sobre um ou alguns administrados e que supera os inconvenientes típicos da vida em sociedade; iii) o nexos de causalidade entre a conduta e o dano¹¹⁵.

O debate sobre a ocorrência de culpa ou dolo, de acordo com essa corrente, transfere-se do Estado para a ação regressiva contra o agente público. Assim, resguardada a reparação do particular lesado, ao poder público restará a ação regressiva contra seus agentes que agiram culposa ou dolosamente.

A adoção da teoria da responsabilidade objetiva é também chamada teoria do risco porque parte da premissa de que o Estado realiza atividades que possuem um risco em sua essência. Dessa forma, a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco-proveito, ou risco criado¹¹⁶.

Parte da doutrina¹¹⁷ debate o desdobramento da teoria do risco nas teorias do risco administrativo e do risco integral. A primeira admitiria as causas excludentes de responsabilidade – culpa da vítima, força maior e culpa exclusiva de terceiros – e a segunda representa absoluta responsabilidade, sem qualquer isenção de ressarcimento.

Sobre essa diferenciação, Yussef Said Cahali argumenta que:

A distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova excludente de responsabilidade, efeito que seria

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p 610.

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p 38.

¹¹⁷ Hely Lopes Meirelles compreende pelo cabimento da distinção das teorias. Autores como Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella di Pietro contemplam a explicação do ponto de vista terminológico, sugerindo a inexistência substancial entre ambas as teorias.

inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.

(...)

Deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto¹¹⁸.

Odete Medauar, no mesmo sentido, considera nebulosa a distinção entre a teoria do risco administrativo e do risco integral, alegando que mesmo os defensores do risco integral admitem a isenção administrativa nos casos de força maior ou culpa exclusiva da vítima¹¹⁹.

No mesmo sentido, Di Pietro afirma que por longa data vigorou a inexistência de distinção entre as expressões risco administrativo e risco integral no Direito brasileiro. Consideradas, mesmo alguns autores que falavam em teoria do risco integral admitiam válidas e aplicáveis as excludentes de responsabilidade,¹²⁰ o que corrobora o trato similar imputado a ambas as nomenclaturas.

A despeito da discussão doutrinária, é simples depreender que a ambas as teorias do risco admitem a responsabilidade objetiva. A divergência reside no fato de que a teoria do risco integral rechaça qualquer tipo de abrandamento ou excludente de responsabilidade. A teoria do risco administrativo, mais razoável e adotada pela Constituição Federal¹²¹, aceita excludentes¹²².

Por sua característica extremada, a teoria do risco integral poderia causar abusos e convulsões sociais. Restaria à Administração o dever de

¹¹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, 2. ed. apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p 611.

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 368.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 611.

¹²¹ JUCOVSKI, Vera Lúcia Rocha Souza. Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais no Brasil e em Portugal. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.12, out./dez. 1998, p.59.

¹²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

indenizar por todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que decorrentes de dolo ou culpa¹²³.

Ocorre que, segundo Di Pietro, surgiram hipóteses de aplicação da teoria do risco integral com sentido de absoluta responsabilidade, o que sinaliza um abandono da correspondência entre teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Apesar das divergências doutrinárias, verifica-se, com ressalvas, que parte da doutrina defende a absoluta responsabilidade em três situações: i) danos nucleares¹²⁴; ii) danos ambientais¹²⁵; iii) danos decorrentes

¹²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

¹²⁴ Relativamente aos danos nucleares, o STJ reconheceu a responsabilidade objetiva e solidária do Estado:

ADMINISTRATIVO. DIREITO NUCLEAR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE RADIOATIVO EM GOIÂNIA. CÉSIO 137. ABANDONO DO APARELHO DE RADIOTERAPIA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E VIGILÂNCIA SANITÁRIO-AMBIENTAL DE ATIVIDADES COM APARELHOS RADIOATIVOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DOS ESTADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O art. 8º do Decreto 81.394/1975, que regulamenta a Lei 6.229/1975, atribuiu ao Ministério da Saúde competência para desenvolver programas de vigilância sanitária dos locais, instalações, equipamentos e agentes que utilizem aparelhos de radiodiagnóstico e radioterapia. 3. Cabe à União desenvolver programas de inspeção sanitária dos equipamentos de radioterapia, o que teria possibilitado a retirada, de maneira segura, da cápsula de Césio 137, que ocasionou a tragédia ocorrida em Goiânia em 1987. 4. Em matéria de atividade nuclear e radioativa, a fiscalização sanitário-ambiental é concorrente entre a União e os Estados, acarretando responsabilização solidária, na hipótese de falha de seu exercício. 5. Não fosse pela ausência de comunicação do Departamento de Instalações e Materiais Nucleares (que integra a estrutura da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, órgão federal) à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, o grave acidente que vitimou tantas pessoas inocentes e pobres não teria ocorrido. Constatação do Tribunal de origem que não pode ser reapreciada no STJ, sob pena de violação da Súmula 7. 6. Aplica-se a responsabilidade civil objetiva e solidária aos acidentes nucleares e radiológicos, que se equiparam para fins de vigilância sanitário-ambiental. 7. A controvérsia foi solucionada estritamente à luz de violação do Direito Federal, a saber, pela exegese dos arts. 1º, I, "j", da Lei 6.229/1975; 8º do Decreto 81.384/1978; e 4º da Lei 9.425/96. 8. Recurso Especial não provido. ..EMEN: (RESP 201000307203, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:28/02/2012 ..DTPB:.)

¹²⁵ Com relação ao dano ambiental, há julgado no STJ considerando a responsabilidade derivada do risco integral:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL. 1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; 2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; 3. O poluidor, por seu turno, com base na

de ataques terroristas ou crimes praticados abordo de aeronaves que estejam sobrevoando o espaço aéreo brasileiro.

2.1.3 A responsabilidade objetiva na legislação brasileira

A ordem constitucional pátria consagra expressa e especificamente a sujeição a todos, pessoas públicas e privadas, à obrigação de reparar lesão a bens jurídicos de terceiros. Trata-se do artigo 37, §6º, que assim estabelece:

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

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

O Código Civil de 2002, em seu artigo 43, prevê a responsabilidade do Estado nos seguintes termos:

Art. 43. 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.

Com isso, revogou-se por completa a antiga disposição do Código Civil de 1916, cuja redação foi interpretada segundo a visão civilista da responsabilidade centrada no dolo ou culpa do agente. Percebe-se, todavia,

mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade". 4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa a administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento. 5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e do Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever sel-executing, sem acesso à justiça, quantum indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. 6. In casu, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ. 5. Recurso improvido.

(RESP 200200756023, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:24/02/2003 PG:00196 REVJMG VOL.:00163 PG:00825 RSTJ VOL.:00173 PG:00136 ..DTPB:.)

que o texto normativo do Código Civil está atrasado em relação ao mandamento constitucional, vez que não prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço, como bem aponta a doutrinadora Maria Sylvia Z. Di Pietro¹²⁶.

O atual texto constitucional estabelece uma dupla relação de responsabilidade, como ensina Odete Medauar: 1) a responsabilidade objetiva do Poder Público e seus delegados na prestação do serviço público perante a vítima do dano; 2) a responsabilidade subjetiva do agente público causador do dano perante a Administração ou o empregador, calcada no dolo ou culpa¹²⁷.

Com efeito, a responsabilidade objetiva abrange sempre a Administração direta, composta pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e as suas autarquias, pessoas jurídicas de direito público. Também as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público – empresas estatais e fundações públicas, fundações privadas, cartórios extrajudiciais e quaisquer entidades do terceiro setor que recebem delegação para prestação de serviço público – respondem objetivamente nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, quando atuarem na prestação de serviços públicos¹²⁸.

Já as entidades de direito privado da Administração prestadoras de atividade econômica estão excluídas da regra de responsabilização objetiva, pois que não preenchem o requisito normativo de prestação de serviço público.

O art. 37, §6º fala, ainda, em “agentes, nessa qualidade”. O vocábulo “agentes” está posto na sua maior amplitude, abarcando todos aqueles que atuam em nome do estado – remunerado, não remunerado, temporário, detentor de cargo, mandato ou função. Inclui, destarte, os agentes políticos, particulares em colaboração com o Estado e servidores estatais. Além da qualidade de agente público, necessário se faz o vínculo entre a conduta danosa e o exercício da função administrativa.

Depreende-se do supradito artigo constitucional, na visão de José Cretella Júnior, que a incidência limita-se ao agente da pessoa pública ou da pessoa jurídica privada prestadora de serviços públicos quando em serviço ou,

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p 613.

¹²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 415.

¹²⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 415-416.

mesmo que fora dele, esteja no exercício das funções que “normalmente desempenha”¹²⁹. Os atos praticados por agentes públicos na qualidade de cidadãos comuns não são aptos a gerar responsabilidade estatal.

O Brasil adota a chamada teoria causalidade adequada, que examina a causa de acordo com a possibilidade e a probabilidade de causar o dano¹³⁰. Assim, é necessário que a conduta do agente, por si só, seja capaz de gerar o dano para que incida o dever de reparação estatal, sem qualquer interrupção do nexo de causalidade.

Dessa forma, sendo o nexo de causalidade um dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado, quando o serviço público não for a causa do dano ou quando não for a única circunstância que concorreu para o prejuízo, deixará de existir dever de reparação ou este será atenuado¹³¹.

Aponta-se a culpa concorrente da vítima como atenuante da responsabilidade. As excludentes, por sua vez, reúnem-se no conjunto formado por força maior, culpa da vítima e culpa de terceiros.

A respeito do primeiro fator de exclusão – a força maior – existe uma controvérsia terminológica que se baseia no fato de o Código Civil, em seu art. 393, parágrafo único, parecer identificar os conceitos de caso fortuito e força maior:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Entende-se que a força maior remete a acontecimentos irresistíveis e estranhos à vontade das partes. Diferentemente, o caso fortuito decorre de situações em que o dano seja qualificado pela imprevisibilidade, não ensejando exclusão de responsabilidade¹³².

¹²⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2002, p. 145.

¹³⁰ CARVALHO, Matheus. Vídeo-aula veiculada em www.cers.com.br.

¹³¹ Aqueles partidários da teoria do risco integral rechaçam a possibilidade de afastamento do dever de reparar em virtude da incidência de excludentes, mesmo que o nexo de causalidade tenha sido interrompido.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 615-616.

A excludente, no entanto, não tem sentido absoluto, aplicando-se irrestritamente a qualquer hipótese de força maior. Isso ocorre, pois, quando a força maior se apresenta aliada à omissão pública na realização de um serviço, injustificável seria a retirada da responsabilidade. Por exemplo, quando a prefeitura municipal não realiza a poda de galhos de árvores e um galho se parte, atingindo o carro de particular, não subsiste a hipótese de exclusão do dever de reparação por força maior.

Quando houver culpa exclusiva da vítima o Estado se exime da responsabilidade. Nesses casos, inexistente nexos de causalidade porque o ato danoso é consequência de ato comissivo ou omissivo da vítima, desligado de qualquer tipo de interferência administrativa¹³³.

Também a culpa de terceiro elide o dever de reparar, pois que, nesses casos, o ato não é praticado por agente público. Conforme a pertinente lição de Sílvio de Salvo Venosa, a responsabilidade decorre da emergência do ato danoso, sendo que *“os terceiros (...) podem, em princípio, ser responsabilizados se o ato foi praticado por culpa do autor material do dano ou do autor direto”*¹³⁴.

É assente na doutrina e jurisprudência que a responsabilidade objetiva do Estado no Direito brasileiro engloba os danos causados pelo cometimento atos lícitos ou ilícitos a terceiros¹³⁵ por seus agentes, nessa condição, como consequência da teoria do risco administrativo. A controvérsia, entretanto, persiste no tocante à responsabilidade decorrente da omissão estatal, tema que será abordado no tópico a seguir.

2.2 A responsabilidade por condutas omissivas

¹³³ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 530.

¹³⁴ VENOSA, Sílvio de Salva. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.79.

¹³⁵ Consoante Di Pietro, não se pode aceitar o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, por voto do Ministro Carlos Velloso, reconheceu cabível a responsabilização objetiva apenas quando o dano é causado a usuário do serviço público e, nos demais casos, aplicável a responsabilidade subjetiva. Ocorre que o art. 37, §6º da Constituição Federal fala em “terceiros”, não fazendo qualquer diferença entre o particular usuário e não usuário do serviço prestado.

2.2.1 A responsabilidade aplicável à omissão do Estado: divergência doutrinária e jurisprudencial

Nas palavras de Marcel Waline, “a falta pode consistir em uma omissão, uma negligência ou carência de um serviço, bem como em um fato positivo”¹³⁶.

É justamente o tema do regime jurídico da responsabilidade do Estado por omissão que envolve persistentes polêmicas e embates doutrinários e jurisprudenciais, notadamente no que tange ao seu caráter objetivo ou subjetivo. Uma corrente pende para aplicação do regime de responsabilidade subjetiva – dependente da comprovação de culpa ou dolo estatal – seguidamente embasada na teoria francesa da *faute du service*. Outra sustenta que os quadros de omissão se alinham com a aplicação da responsabilidade objetiva fundada, em sua maioria, na teoria do risco administrativo.

Para respeitável grupo de doutrinadores, arrazoa-se somente que o Estado responda pelos danos que causou. É que, se assim não fosse, poder-se-ia imputar ao Poder Público a responsabilidade ante qualquer evento lesivo na qualidade de guardião e perseguidor do interesse público.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva, pois, se o Estado não agiu, não poderá ser o autor do dano e somente se responsabilizará quando obrigado a impedir o dano. É o descumprimento de dever legal que caracteriza o dever de reparar e, ausente essa condição, não há razão para lhe impor o ônus patrimonial gerado. Logo, “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva”¹³⁷, já que toda conduta ilícita é precedida de negligência, imprudência, imperícia ou dolo de violar a norma.

Com efeito, nos casos em que o Estado não agiu conforme imposição legal, seja por inércia seja porque se apresentou aquém dos padrões

¹³⁶ WALINE, Marcel. *Traité de droit administratif*. 7 ed. Paris: Éditions Sirey, 1957, p.678.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 795.

suficientes e esperados que se possam exigir, restará configurada a responsabilidade estatal.

Não existe, conforme o autor, uma “*resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito*”¹³⁸. Porém, há que se indicar uma zona de normalidade conforme o meio social, nível de desenvolvimento, cultura, economia e conjunturas, a fim de se estabelecer “*possibilidades reais médias*” para avaliar o dano cometido.

Parte-se de uma conduta padrão reputada ao Estado e, quando este se omite, há desleixo administrativo que caracteriza e qualifica o dever de indenizar.

Di Pietro, no mesmo sentido, defende a responsabilidade subjetiva nos casos de omissão baseada na culpa do serviço ou culpa anônima do serviço, reconhecendo o dever desde que o serviço não funcione quando deveria, funcione atrasado ou funcione mal. Admite que “*A dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível*”¹³⁹. Essa possibilidade, segundo a autora, deve ser analisada a cada caso e à luz do princípio da reserva do possível a fim de observar o que seria razoável exigir do Estado para que o dano não ocorresse¹⁴⁰.

Em outras palavras, a doutrinadora argumenta que o dever de reparar decorre de uma omissão quando há dever estatal de agir e possibilidade de evitar o dano através de uma conduta comissiva. Significa que “*a culpa está embutida na idéia de omissão*”¹⁴¹, sendo que esta omissão deve necessariamente ser ilícita.

Assim, a responsabilização do Estado estaria condicionada à verificação dos elementos que caracterizam a culpa. Por decorrência disso é que, logicamente, para essa corrente, a teoria da responsabilidade objetiva

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 795.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 619.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 619.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 618-619.

explicitada na Constituição Federal não tem aplicabilidade em casos de omissão¹⁴².

Diógenes Gasparini compartilha desse entendimento e sustenta que a própria redação constitucional sinaliza uma vontade pela adoção da responsabilidade subjetiva no tocante aos danos decorrentes de condutas omissivas, pois afirma que a Constituição, ao utilizar o verbo 'causar' (causarem), sinaliza a vontade legislativa de adotar a responsabilidade objetiva diante de atuações dos agentes públicos, e não das omissões¹⁴³.

Ainda que o texto constitucional consagre a responsabilidade objetiva, Lúcia Valle Figueiredo, na mesma esteira, entende pela inadequação da imputação dessa responsabilidade ao Estado nos casos de omissão. Isto se dá porque quando do trato de casos omissivos é necessário verificar se a conduta estatal era esperada por dever de agir a partir da noção de falta do serviço, perquirindo se o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado¹⁴⁴.

A conclusão a que chegam os respeitáveis doutrinadores¹⁴⁵ é fundada na interpretação da teoria francesa da *faute du service* segundo a ideia de que a verificação do dever de reparação por condutas omissivas pressupõe um comportamento ilícito e, como tal, da análise de culpa ou dolo.

Diversamente dessa análise, Daniel Wunder Hachem questiona tal interpretação da teoria da *faute du service* ao afirmar que o critério do Direito francês da responsabilidade não é a conduta estatal comissiva ou omissiva¹⁴⁶. Conforme o autor, a corrente teórica desenvolveu-se com duplo enfoque: i) na distinção entre *faute du service* e *faute personnelle*; e ii) na imputação da

¹⁴² FALCONERI, Patrícia Cavalcante de. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão nos casos de Dano Ambiental. In: *Revista Advocacia Dinâmica*, Seções Jurídicas, out, 2006. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329184618.pdf.

¹⁴³ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 886.

¹⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

¹⁴⁵ Como referenciais de tal entendimento doutrinário, entre outros que adotaram a responsabilidade subjetiva em caso de omissão, cita-se, ainda, José Cretella Júnior, Yussef Said Cahali, Álvaro Lazarrini e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

¹⁴⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1134.

responsabilidade diretamente ao serviço, sendo irrelevante a atuação de agente público¹⁴⁷.

O primeiro aspecto avalia a possibilidade de individualizar ou não o agente causador do dano, sendo que a falta do serviço não pode ser separada da atividade do agente público e a falta pessoal pode ser destacada das funções do agente.

O marco jurisprudencial desta teoria foi o *arrêt Pelletier*, julgado apenas cinco meses após o aresto Blanco, e que tem a importante consequência de facilitar a reparação do dano, uma vez que, nos casos de *faute du service*, a responsabilidade recai sobre o Estado, retirando, assim, a dificuldade de solvabilidade pelo agente público. Isto é relevante porque, na prática, seguidamente o particular lesado não conseguia a reparação em virtude das condições financeiras do agente público. Passando a ser exceção a *faute personnelle*, recai, em regra, sobre a máquina estatal o ônus da responsabilização.

Com efeito, Hachem ressalta a possibilidade de se reconhecer a cumulação das responsabilidades de ambas as faltas. Possibilitou-se, assim, que se acionasse a justiça comum em face do agente e a justiça administrativa contra o Estado. Desta forma, em suma:

(...) é possível concluir que no direito francês costuma-se avaliar concomitantemente a conduta imputável ao Estado e o comportamento atribuível ao agente público. É *disso que trata a importância, em tal sistema, da teoria da faute du service e da distinção entre faute du service com a faute personnelle*: (i) havendo a ocorrência de ambas, há uma cumulação de responsabilidades, e a possibilidade de a Administração manejar ação regressiva em face do agente, ou de o agente empregar a mesma medida em face do Poder Público; (ii) configurando-se somente a *faute personnelle*, condena-se apenas o agente responsável; (iii) caracterizando-se apenas a *faute du service*, a responsabilidade recairá unicamente sobre a Administração¹⁴⁸.

¹⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1134.

¹⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1137.

Com relação ao segundo aspecto – a relevância de se identificar o agente responsável pelo dano causado – a *faute du service* diz respeito a causas provenientes da própria estrutura administrativa. A infração decorre da própria composição administrativa. Logo, pouco importa a existência de falta pessoal, sendo a noção de culpa é secundária em face da ineficiência do serviço¹⁴⁹.

Na sequência, propõe o autor uma nova interpretação da *faute du service* a partir do princípio da eficiência no ordenamento brasileiro e de quatro imprecisões do entendimento de que as condutas omissivas estatais implicam em responsabilidade subjetiva:

*(a) a teoria da faute du service não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva; (b) o critério para distinguir a responsabilidade pour faute (por falta) da responsabilidade sans faute (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta; (c) na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; (d) os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, e a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva*¹⁵⁰.

Com efeito, a doutrina francesa reconhece a falta como o descumprimento de um dever jurídico predeterminado em direito. A abstenção sancionável que implica em responsabilidade é, assim aquela que deriva de descumprimento de dever de agir.

Existe, porém, um equívoco potencialmente gerado pelo vocábulo “falta”: a noção objetiva de *faute* é traduzida por “falta” no sentido de “infração”, e não de “ausência”, tal qual se costuma entender. Preferível, portanto, a tradução de *faute du service* como “funcionamento defeituoso do serviço” ou “falta cometida no exercício do serviço”¹⁵¹, que melhor refletem a compreensão

¹⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1137.

¹⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1139.

¹⁵¹ Tradução de Daniel Wunder Hachem, em alusão à obra de Jacqueline Morand-Deviller.

de que a teoria se baseia na responsabilização por comportamentos que violam obrigação legal.

É preciso ter em mente que a doutrina francesa não se ocupa com a diferenciação de atos omissivos e comissivos quando da aplicação da teoria da *faute du service*, já que seu fundamento recai na ocorrência da falta, isto é, na presença de violação à norma jurídica imposta. Tal entendimento se comprova pelo seu amplo reconhecimento tanto na doutrina como na jurisprudência.

O Direito francês, em verdade, distingue as hipóteses de aplicação da responsabilidade subjetiva ou objetiva não pela natureza comissiva ou não, mas em razão da natureza da atividade¹⁵².

Destarte, Hachem defende a responsabilidade objetiva do Estado por omissão sempre que houver descumprimento de dever jurídico concreto de agir ou cumprimento precário que guarde nexos de causalidade com dano que recaia sobre particular imotivadamente¹⁵³.

Conclui-se, assim, que a importação da teoria da falta do serviço para o ordenamento brasileiro pressupõe a sua recepção sistemática. Submetida à análise conjunta com responsabilidade objetiva constitucional e com os princípios basilares do direito administrativo, depreende-se que o fundamento da responsabilidade por omissão equipara-se ao da responsabilidade por ações lesivas, qual seja, a violação ao princípio da isonomia¹⁵⁴.

Não se pode admitir que qualquer dos administrados suporte encargo desproporcional em benefício da coletividade, pois, mesmo que inexistindo culpa, poderá haver infração a preceito normativo.

No mesmo sentido, Emerson Gabardo, em escrito conjunto com Daniel Hachem, estabelece conexão entre a responsabilidade estatal e o

¹⁵² HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1144.

¹⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1145.

¹⁵⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1145-1146.

descumprimento do princípio constitucional explícito da eficiência, que consiste em dever expresso imposto à Administração de atuar com celeridade, presteza, economicidade e produtividade, de modo a realizar as finalidades públicas transcritas nas normas jurídicas, utilizando-se dos meios mais adequados a fim de atingir a máxima efetividade em consonância com os direitos fundamentais e demais princípios e regras que embasam a atuação administrativa¹⁵⁵.

Para os autores, são três os requisitos que configuram a responsabilidade objetiva: (i) descumprimento de um dever jurídico concreto de agir ou cumprimento precário; (ii) ocorrência de dano desarrazoado a cidadão; (iii) nexos de causalidade entre a postura do Estado e o prejuízo gerado¹⁵⁶.

Verificam, ainda, que parte da doutrina argentina e espanhola acrescentam um quarto requisito, que consiste na possibilidade material de agir, em alusão à condição financeira, fática e jurídica do Estado diante do caso concreto¹⁵⁷. Tal requisito, conforme apontam, não pode ser admitido, pois significa um retorno à verificação do elemento subjetivo da culpa – se o Estado tivesse condições e não agiu, configurada estaria a negligência; caso não tivesse condições, eximir-se-ia de responsabilidade. Trata-se da adoção da reserva possível na seara de análise do regime de responsabilidade estatal, o que, uma vez aceito como excludente, obsta a realização de direitos fundamentais.

Por seu turno, Marçal Justen Filho, ao defender a responsabilidade objetiva decorrente de atos comissivos ou omissivos, vale-se do argumento de

¹⁵⁵ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello et al. (Orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 240-292.

¹⁵⁶ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello et al. (Orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 240-292.

¹⁵⁷ Nesse sentido, Pablo Esteban Perrino afirma que a ponderação da responsabilidade deve passar por análise do alcance e natureza do dever cuja inobservância se imputa, dos instrumentos materiais e humanos disponíveis para sua execução, os padrões de rendimento médio e o grau de previsibilidade do dano. In: PERRINO, Pablo Esteban. *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*. La Ley, 24/11/2011. Ademais, Jorge Luis Salomoni, lembra que é condição para verificação da falta administrativa o fato de a atividade da qual se omitiu o Estado seja materialmente possível. In: SALOMONI, Jorge Luis. *La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina*. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/11.pdf>>.

que em todos os casos de responsabilização existe um elemento subjetivo, porém este está subordinado a regime especial que o objetiva¹⁵⁸.

O jurista paranaense acena a via dupla da responsabilidade por omissão: de um lado, os ilícitos omissivos próprios derivam de infração a dever de ação legal e, de outro, os ilícitos omissivos impróprios são resultado da inércia frente a dever genérico de atuar para evitar resultados danosos. Essas categorias não podem ter o mesmo tratamento jurídico, pois que uma trata de dever de diligência preciso e determinado e outra de dever de diligência sem conteúdo exato, ainda que não subsista diferença de reprobabilidade entre elas¹⁵⁹.

Assim, nos casos em que a lei determina a obrigatoriedade de uma conduta e o Estado a descumpra, a atuação é ilícita e gera presunção de formação da vontade defeituosa¹⁶⁰. Esses atos omissivos próprios equiparam-se a atos comissivos para efeitos de responsabilidade civil do Estado, pois o descumprimento do dever é, ele mesmo, uma ação.

Quando, porém, a norma dita comando genérico autorizando a atuação estatal, a responsabilidade somente se verifica diante de conduta juridicamente reprovável. Para exemplificar, Justen Filho remete à regra que determina que o Estado tem competência para fiscalizar a observância do limite de velocidade nas rodovias. Caso um indivíduo trafegue em alta velocidade e cause um acidente, não poderá, segundo o autor, o ente público ser automaticamente acionado para fins de reparação civil. A competência para fiscalizar existe, mas isso não é sinônimo de identificar e reprimir toda violação ao limite de velocidade¹⁶¹.

Conclui, destarte, que a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos e omissivos tem tratamento único, pois qualquer que seja a infração reprovável a dever especial de diligência, que deriva da natureza da atividade estatal, impõe que o elemento subjetivo se qualifique como objetivo.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1319.

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1313.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1319-1320.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.1316-1318.

José de Aguiar Dias, ao refletir a responsabilidade estatal derivada de atos omissivos, declara a impossibilidade de afastar a responsabilidade objetiva nos casos em que a Administração não atua conforme o exigível. Segundo o seu entendimento, as lesões cotidianas a esfera jurídica de particulares administrados resultam diretamente da falta do Estado com seu dever de diligência. E afirma:

(...) tem-se inocentado demais o Estado, entre nós. Parece que é tempo de dizer que, se os governantes cumprissem melhor os seus deveres, não precisaria o Estado de se ver defendido nos tribunais por argumentos que o colocam, sem qualquer lógica, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo ao risco de empobrecer o erário, por via de indenização¹⁶².

Na mesma esteira, Hely Lopes Meirelles acena que a disciplina constitucional presente no artigo 37, § 6º da Constituição Federal não faz diferença entre atos omissivos ou comissivos. Para o autor, esse é o intuito gravado na substituição da responsabilidade individual do servidor pela genérica do Estado. O risco da ação ou omissão é que embasa a responsabilidade objetiva da Administração, pela falta anônima do serviço, já que essa própria falta se insere em zonas de riscos assumidos pelo Poder Público quando da consecução de seus fins¹⁶³.

Com efeito, é lícito afirmar que há incidência da responsabilidade objetiva nos casos de omissão ilícita, isto é, quando o Estado descumpriu dever legal de providência. Importa o descumprimento de dever objetivo de atuação determinado pelo ordenamento jurídico¹⁶⁴. de aferir o nexo de causalidade quando era exigível que houvesse atuação estatal, o que torna irrelevante a identificação do elemento subjetivo da culpa.

2.2.2 A responsabilidade estatal na jurisprudência dos tribunais superiores

¹⁶² AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 8ª ed., v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 679/680.

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 654.

¹⁶⁴ FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X, da Constituição da República, p. 216. In: FREITAS, Juarez (Org.) *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208-223.

Conforme as explanações acima realizadas, é grande a zona de divergências no tocante ao tipo de responsabilidade aplicável às condutas omissivas do Estado. Em brevíssima análise, sem a pretensão de traçar minúcias ou parâmetros padronizados, verifica-se que o tema recebe tratamento bastante volúvel também nos tribunais.

O Supremo Tribunal Federal emitiu julgados que reconhecem tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva nos casos de omissão do poder público. Nesse sentido estão os julgados do AgRg no RE 754778, AgRg no RE 718584, AgRg no AI 852237, embargos de declaração no AI 734689, AgRg no RE 395942 e RE 382054.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, parece preferir o entendimento no sentido de que se aplica a responsabilidade subjetiva diante de atos omissivos. É o que se verifica a partir do julgamento do REsp 1230155/PR, AgRg no AREsp 302.747/SE, AgRg no AREsp 216.287/SC e REsp 1236863/ES.

Há, entretanto, julgados esparsos com aplicação da responsabilidade objetiva, a exemplo do AgRg no REsp 1364430/DF. Além disso, o Tribunal firmou entendimento de que será objetivo o dever de reparação em casos em que o dano decorre de dever de custódia suscitado pelo próprio Estado, como ocorreu na análise de AgRg no REsp 1305259/SC.

Com efeito, pode-se afirmar que os tribunais superiores contribuem para manutenção da controvérsia atinente à natureza da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos.

CAPÍTULO 3 – OMISSÃO ESTATAL NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL QUE ENSEJA DANO AMBIENTAL

O meio ambiente compõe o conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais que, uma vez integrados, propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas¹⁶⁵. Hodiernamente, não se discute a essencial relevância de voltar atenção e esforços em busca de sua proteção.

¹⁶⁵ Publicação disponível no sítio da Associação Paranaense de Engenheiros Ambientais: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo_tese%2018.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

Com efeito, o ordenamento pátrio atribui ao Estado o dever de tutela ambiental, sendo o poder de polícia notório instrumento de prevenção e repressão de danos que podem ferir o bem jurídico ambiental. Ainda assim, persiste um cenário de omissões constantes do Poder Público em matéria ambiental.

Pretende-se, em derradeiro capítulo, promover a investigação da dinâmica de proteção e lesão do meio ambiente a fim de constatar que, seguidamente, a omissão dos entes públicos no seu dever de preservação e tutela pode concorrer para ocorrência de lesão.

Feito esse breve apanhado, analisar-se-á a responsabilidade do Estado em decorrência da omissão no dever de fiscalização ambiental, investigando as controvérsias que cercam o tema e o tratamento hoje conferido.

3.1 Tutela jurídica do meio ambiente e o dano ambiental

3.1.1 O meio ambiente e o tratamento normativo-jurídico brasileiro

Como um recente setor do Direito moderno, o Direito Ambiental preocupa-se com a organização da forma com que a sociedade faz uso dos recursos ambientais. Instigante, seu conteúdo perpassa por inúmeras zonas de imprecisão – conceituais e operacionais – e numerosos espaços de conflitos de interesses.

Ensina Paulo de Bessa Antunes que compreende ao Direito Ambiental instituir parâmetros para determinar o que pode e o que não pode ser apropriado economicamente com prejuízo ambiental, bem como estabelecer:

(...) *como* a apropriação econômica (ambiental) pode ser feita. Assim, não é difícil perceber que o direito ambiental se encontra no coração de toda atividade econômica, haja vista que qualquer atividade econômica se faz sobre a base de uma infraestrutura que consome recursos naturais, notadamente sob a forma de energia¹⁶⁶.

¹⁶⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

Do excerto supra transcrito, depreende-se a potencialidade de embates envolvendo interesses ambientais e os mais diversos espaços de atuação antrópica. Por exemplo, o art. 170, VI da Constituição Federal¹⁶⁷, inserido no título Da Ordem Econômica e Financeira, prevê que a ordem econômica seguirá o princípio da defesa do meio ambiente, modulando o tratamento a produtos e serviços, assim como processos de elaboração e proteção, a depender do impacto ambiental que gerarem.

*“O agente econômico, público ou privado, não pode destruir o ambiente a pretexto de exercer o seu direito constitucionalmente tutelado da livre iniciativa”*¹⁶⁸. Dos dizeres de Luís Roberto Barroso, denota-se que, em verdade, foi estabelecido um limite à livre iniciativa e ao dever de propriedade de pessoas públicas e privadas em prol da consagração de um meio ambiente sadio.

Quer-se, com isso, rechaçar a perspectiva antropocêntrica calcada no economicentrismo, segundo a qual os bens ambientais são reduzidos ao seu proveito econômico pelo ser humano. Apesar dos esforços e da contraposição de um antropocentrismo alargado¹⁶⁹ - corrente adotada pelo constituinte - e da ecologia profunda¹⁷⁰, o ser humano ainda resiste ao abandono da ideia de que o ambiente é, de alguma maneira, servil¹⁷¹.

¹⁶⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 27 de setembro de 2014.

¹⁶⁹ O antropocentrismo alargado é uma vertente do pensamento antropocêntrico de acordo com o qual o respeito ao meio ambiente centra-se no ser humano como via de realização da dignidade da pessoa humana. Essa perspectiva fundamenta-se no interesse público, na integridade e na estabilidade ecológica como requisito de sobrevivência da própria espécie humana. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo (orgs). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 137-138.

¹⁷⁰ A ecologia profunda propõe uma nova maneira de pensar o meio ambiente, admitindo-o não apenas como objeto de direito, mas como sujeito de direitos, com dignidade própria e garantias fundamentais oponíveis contra os seres humanos. Segundo Fritjof Capra, a ecologia “não separa os seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão profundamente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece

A tutela ambiental surge, assim, como um paradigma regulatório e normativo da relação entre a atividade humana e o meio ambiente¹⁷².

O marco na história da proteção ambiental brasileira foi a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938/81, que, de modo pioneiro, estabeleceu a proteção integral do meio ambiente. Inovou, uma vez que os diplomas legais e constitucionais da época previam proteções esparsas, estabelecendo princípios, instrumentos para efetivação da proteção e o regime da responsabilidade objetiva nos casos que envolverem dano ambiental.

Na sequência, com a edição da Lei de Ação Civil Pública n 7.347/85, ampliou-se a possibilidade de impugnar o dano ambiental pela via judicial. A ação constitucional, assim, veio como novo instrumento de apuração e repressão de ofensas ao bem jurídico ambiental.

A Constituição Federal de 1988 sedimentou a proteção ambiental na medida em que ampliou a defesa de direitos e garantias individuais e atuou no reconhecimento de novos direitos, dentre os quais está o meio ambiente. Em seu artigo 225, *caput*, consagra a proteção ao meio ambiente em capítulo próprio, de onde se denota a inovação da Lei Fundamental e a vontade normativa enfática de proteção dos recursos naturais sob perspectiva de utilização racional. Nesse sentido:

Art. 225. 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.

Para além do benefício político e moral¹⁷³, a inserção do tema na Constituição Federal enseja benefícios de impacto imediato na relação entre

o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida". CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos *apud* LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo (orgs). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 139.

¹⁷¹LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo (orgs). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 137-139.

¹⁷² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

¹⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69.

homem e meio ambiente. Nesse sentido, Antônio Herman Benjamin fala em ganhos nas mais diversas ordens: i) estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, limitando e condicionando a exploração; ii) ecologização da propriedade e da sua função social; iii) proteção ambiental como direito fundamental; iv) legitimação constitucional da função estatal reguladora; v) redução da discricionariedade administrativa; vi) ampliação da participação pública; vii) máxima preeminência e proeminência dos direitos, deveres e princípios ambientais; viii) segurança normativa; ix) substituição do paradigma da legalidade ambiental; x) controle da constitucionalidade das leis e atos normativos; xi) reforço pró-ambiente das normas infraconstitucionais¹⁷⁴.

Ademais, é de suma importância o reconhecimento do direito ao meio ambiente saudável como direito fundamental de todos, considerando-se a sua relevância para realização da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito, bem como a sua constante inter-relação sobretudo com a atuação econômica. Para tanto, o legislador constituinte dedicou ao tema diversas regulamentações¹⁷⁵ com vistas a assegurar a melhor compreensão, interpretação e aplicação da tutela jurídica ambiental.

A definição de meio ambiente consta do diploma legal básico para o tratamento do dano ambiental, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que define em seu art. 3º, I:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Como se depreende do supra transcrito dispositivo normativo, o meio ambiente foi concebido como macrobem incorpóreo e imaterial, não se confundindo, portanto, com árvores, rios, mar, espécies de fauna e flora, por

¹⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69-81.

¹⁷⁵ Art. 5º, XXIII, LXXI, LXXIII; Art. 20, I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XI e §§ 1º e 2º; Art. 21, XIX, XX, XXIII e XXV; Art. 22, IV, XII e XXVI; Art. 23, I, III, IV, VI, VII, IX e XI; Art. 24, VI, VII e VIII; Art. 43, § 2º, IV e § 3º; Art. 49, XIV e XVI; Art. 91, § 1º, III; Art. 129, III; Art. 170, VI; Art. 174, §§ 3º e 4º; Art. 176; Art. 182; Art. 186; Art. 200, VII e VIII; Art. 216, V e §§ 1º, 3º e 4º; Art. 225; Art. 231; Art. 232; e arts. 43 e 44 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

exemplo¹⁷⁶. É bem jurídico autônomo e unitário, que não corresponde exatamente aos seus componentes, mas, sim, ao resultado da integração ecológica de todos esses bens¹⁷⁷. Além disso, trata-se de macrobem elevado à condição de bem de uso comum do povo, o que significa que proprietários públicos ou privados sujeitam-se indistintamente à previsão legal. Não se trata, destarte, de patrimônio público, mas de bem pertencente a toda coletividade¹⁷⁸.

Portanto, é lícito afirmar que a autonomia do meio ambiente provém de sua existência em si mesmo, independente de outros meios; e o caráter unitário resulta do conjunto marcado pela harmonia e interligação dos seus componentes¹⁷⁹.

Bessa Antunes ressalta a insuficiência conceitual da lei, uma vez que não se considera o aspecto fundamental do problema ambiental – o aspecto humano – recaindo em excessivo biologismo e fazendo ausente o aspecto social. O autor aponta como possível causa dessa imprecisão o contexto de elaboração da Lei 6.938/81, anterior à atual Constituição, quando “a proteção do meio ambiente era considerada uma forma de proteção da saúde humana, e não como um bem merecedor de tutela autônoma”¹⁸⁰.

Tal insuficiência pretende-se afastada com a redação da Constituição Federal de 88, pela qual a proteção do meio ambiente é elevada a condição de direito fundamental, essencial à observância dos direitos humanos. Paulatinamente, componentes biocêntricos foram inseridos no texto constitucional e na sua interpretação, mitigando a aplicação de cunho meramente utilitarista^{181 182}. Deve-se fazer uma leitura sistêmica em consonância com os mandamentos constitucionais.

¹⁷⁶ Esses citados elementos compõem o microbem ambiental.

¹⁷⁷ ANTUNES, Paulo Bessa. *Dano ambiental: Uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 157.

¹⁷⁸ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo (orgs). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 145-147.

¹⁷⁹ BONIN, Lucas Barni. *Responsabilidade civil do Estado por omissão nos danos ambientais*. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008, p. 32.

¹⁸⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

¹⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

¹⁸² Trata-se da opção constitucional por um tratamento orientado pelo antropocentrismo alargado.

No intuito de conferir definição sistemática ao tema, Roberto Armando Ramos de Aguiar, citado por Bessa Antunes, afirma que o conceito de meio ambiente é amplo e sistemático. “*Embora possamos falar em meio ambiente marinho, terrestre, urbano etc., essas facetas são partes de um todo sistematicamente organizado onde as partes, reciprocamente, dependem umas das outras e onde o todo é sempre comprometido cada vez que uma parte é agredida*”¹⁸³.

Dessa forma, chega-se a um conceito de meio ambiente com o reconhecimento de uma totalidade complexa, correspondente ao “*conjunto de ações, circunstâncias, de origem culturais, sociais, físicas, naturais e econômicas que envolvem o homem e todas as formas de vida*”¹⁸⁴.

3.1.2 Contornos do dano ambiental

A compreensão do presente capítulo pressupõe a investigação conceitual de dano ambiental, já que a medida do ressarcimento devido parte da classificação, especificação e quantificação do dano¹⁸⁵.

De acordo com Francisco Amaral, o dano consiste na “*lesão a um bem jurídico. Mais propriamente, é o prejuízo decorrente de uma lesão a bem jurídico, do que nasce uma obrigação de indenizar*”¹⁸⁶, sendo que essa ofensa pode ser patrimonial ou não¹⁸⁷. Trata-se de um prejuízo injusto causado por terceiro que causa variações negativas, materiais ou morais¹⁸⁸.

Como bem jurídico autônomo e unitário, o meio ambiente não se confunde com os diversos bens jurídicos que o integram, resultando no conjunto de bens que podem ser isoladamente identificados, como florestas, ar e flora. É um bem imaterial que pode ser composto por bens de domínio público

¹⁸³ AGUIAR, Roberto Armando Ramos. *Direito do Meio Ambiente e Participação Popular apud* ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 345.

¹⁸⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 342.

¹⁸⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 322.

¹⁸⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 559.

¹⁸⁷ Em matéria ambiental, é essencial a compreensão de que o dano não impacta necessariamente sobre o patrimônio, haja vista a superação do paradigma economicocêntrico. Os bens ambientais não importam apenas na medida de sua avaliação econômica, sendo isso facilmente constatado com a preferência pelo *status quo* anterior ao prejuízo e, somente na inviabilidade, busca-se a recomposição patrimonial.

¹⁸⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 322.

e também de domínio privado, além de bens inapropriáveis, a exemplo do ar atmosférico. Assim é que o meio ambiente é sempre fruído por toda sociedade e, na contrapartida, é dever dessa mesma coletividade resguardá-lo e protegê-lo¹⁸⁹.

Apesar disso, a devastação ambiental não é privilégio de nossos dias. É a sua percepção que remonta a tempos recentes¹⁹⁰, ainda que seja uma das mais evidentes e preocupantes ofensas à dignidade da pessoa humana, pois atinge o meio em que vive e se relaciona o ser humano¹⁹¹.

O dano ambiental consubstancia-se, conforme explícito na própria locução, no dano ao meio ambiente, que, conforme já exposto, é o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”¹⁹². Assim, dano ambiental é toda agressão à integridade ambiental¹⁹³.

A despeito da aparente facilidade conceitual do tema, Vladimir de Passos Freitas recorda que, em matéria ambiental, a multiplicidade empírica torna mais fácil intuir o conteúdo do que definir¹⁹⁴. As agressões ao meio ambiente vão além daquelas que se referem tão somente às águas, ao solo, ao ar e ao mar, como se poderia pensar em um primeiro momento.

A Constituição Federal, insista-se, não elaborou uma noção técnica de meio ambiente, o que induz a mesma problemática na definição de dano ambiental.

Atento a isso, Édis Milaré conceitua o dano ambiental como “a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”¹⁹⁵. Nessa definição estão inseridas as compreensões de que, em primeiro lugar, a lesão é um

¹⁸⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 323.

¹⁹⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 733.

¹⁹¹ DESTEFENNI, Marcos. *A Responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 134. In: BONIN, Lucas Barni. *Responsabilidade civil do Estado por omissão nos danos ambientais*. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008, p. 60.

¹⁹² Art. 3º, I da Lei 6.938/81.

¹⁹³ FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. In: *Revista de Direito Público*, n. 49/50, jan/jun, 1979, p. 35.

¹⁹⁴ FREITAS, Vladimir de Passos. *Direito administrativo e meio ambiente* 3. ed. Curitiba: Juruá. 2001, p. 22

¹⁹⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 735.

resultado qualificado da poluição e degradação¹⁹⁶ e, além disso, os recursos ambientais não podem abranger apenas a categoria de recursos naturais porque o meio ambiente corresponde ao universo de interações entre o ser humano e a natureza; não se encerra, portanto, nos ecossistemas naturais¹⁹⁷.

Com efeito, José Rubens Morato e Patryck de Araújo Ayala aduzem que existe uma dupla acepção do dano ambiental. Em um primeiro momento, o dano significa uma alteração indesejável a quaisquer dos elementos componentes do meio ambiente, representando uma lesão ao direito fundamental de todos de gozar de meio ambiente apropriado. Após, em uma segunda acepção, o dano ambiental abarca, ainda, os reflexos que tais modificações representam para a saúde e os interesses das pessoas¹⁹⁸.

A delimitação do dano ambiental perpassa, ainda, pela análise de atualidade e concretude. Com isso em mente, a jurisprudência brasileira vem reiteradamente exigindo a necessidade de comprovação da ocorrência do dano e inadmitindo o dano presumido¹⁹⁹ e, além disso, parece conceber o dano ambiental como atual e concreto – posterior, portanto, ao dano causado – o que implica dizer que a mera infração à norma não é suficiente²⁰⁰.

Insta ressaltar, entretanto, que seria excessivo caracterizar toda e qualquer alteração do meio ambiente como dano. As modificações ecológicas

¹⁹⁶ Esses conceitos, sim, foram especificados Lei 6.938/81, com a seguinte redação:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

¹⁹⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 734-735.

¹⁹⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 92.

¹⁹⁹ Nesse sentido, ver AC 88.556.787 do Tribunal Federal de Recursos e RE 1.140.549-MG.

²⁰⁰ Tal interpretação é temerosa quando compreendidas as peculiaridades dos bens ambientais e dos danos que podem afligi-los. Seguidamente, por exemplo, os danos não são imediatos, mas prática reiterada que cumula potencial danoso suficiente para que o estrago se manifeste. Tal situação poderia ser combatida se observadas ações preventivas e com a aplicação do princípio da precaução como forma de sancionar e coibir a reincidência.

danosas devem causar prejuízo superior ao tolerável²⁰¹, para que não se coíba quaisquer possibilidades de mudança e inovação em nome da preservação ambiental, como se o “imobilismo” fosse o estado ambiental ótimo²⁰².

Considera-se, assim, que a lesão ao meio ambiente reúne três características²⁰³ capitais: i) a ampla dispersão de vítimas; ii) a dificuldade inerente à ação reparatória; iii) a dificuldade da valoração.

Em primeiro lugar, a ampla dispersão do dano considera que o meio ambiente foi elevado à categoria de bem de uso comum do povo e as lesões que lhe são causadas atingem uma pluralidade de vítimas.

A dificuldade da recomposição do dano ambiental, por sua vez, explica-se pela natureza não apenas patrimonial do impacto. O estado ideal sempre será o da integridade e qualidade ambiental e a reparação dificilmente mostra-se suficiente à recuperação desses valores. A indenização é, assim, mais simbólica e útil à repressão e à coerção da conduta lesiva²⁰⁴, e a prevenção parece ser a melhor alternativa ambiental, pois que é praticamente impossível restaurar o *status quo* ambiental que se tinha previamente ao dano.

Finalmente, destaca-se a dificuldade de valoração do dano, pois o meio ambiente apresenta características que embaraçam a visualização da extensão do prejuízo e, além disso, seu valor escapa à quantificação econômico-financeira e, frequentemente, apenas o transcurso do tempo testemunhará a amplitude do impacto ambiental e a possibilidade de sua reparação²⁰⁵.

3.2 Dever de fiscalização e controle ambiental

3.2.1 As freqüentes omissões estatais na proteção do meio ambiente

²⁰¹ É evidente que, na prática, alterações ambientais com impactos reais ou potenciais são toleradas em alguma medida, notadamente em prol das atividades econômicas e da promessa de desenvolvimento.

²⁰² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 349.

²⁰³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 738-739.

²⁰⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 739.

²⁰⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 739.

Ao relevo dos imperativos constitucionais de prioritária preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, inúmeras situações demonstram quadros de excessivas omissões administrativas que permitem a concretização de degradações ambientais.

Como justificar a inércia frente a não concessão de licença ou a concessão fora dos parâmetros normativos, sabendo-se que, como refere a doutrina e a jurisprudência, este é justamente um exemplo de manifestação do poder de polícia absolutamente vinculada ao preenchimento de condições objetivas? Nesse caso, a ilicitude da omissão é gritante e reflete falhas administrativas que podem significar o cerceamento definitivo de atividade econômica ou particular, gerando prejuízos inestimáveis àqueles que da licença precisem se valer.

Além disso, a atividade licenciada pode ela mesma ensejar lesões ao meio ambiente, ainda que observe todos os padrões requeridos. Argumenta-se, assim, que a atividade estatal não se exaure no licenciamento, pois o interesse coletivo e a efetiva proteção ambiental requerem constante fiscalização das atividades econômicas permitidas pelo Estado.

Ilustram bem essa realidade os seguintes exemplos citados por Álvaro Mirra²⁰⁶: i) a poluição de rios e corpos d'água pelo lançamento de efluentes de esgotos urbanos e indústrias sem tratamento, causando lesões ao meio ambiente e à saúde das pessoas; ii) a degradação de ecossistemas e áreas naturais de relevância ecológica: a Constituição Federal prescreve como incumbência do Poder Público a preservação e a restauração de processos ecológicos essenciais, de ecossistemas e da diversidade e integridade do patrimônio genético, assim como a definição de espaços especialmente protegidos nas unidades da Federação (art. 225, § 1º, I, II e III); ainda assim, inúmeras áreas que comportam ecossistemas relevantes para o equilíbrio ecológico e para diversidade genética restam sem qualquer ou mínima proteção, sujeitos a ações de extratores de recursos naturais e de

²⁰⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. Publicação disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/o_problema_do_control_e_judicial_das_omissoes_estatais_lesiva.pdf>. Acesso em: 2 de novembro de 2014.

empreendedores imobiliários²⁰⁷. Mesmo quando áreas de proteção são definidas, a falta de demarcações limítrofes e de fiscalização de atividades que possam comprometer o equilíbrio ecológico contribuem para o fracasso dos parques de preservação; iii) depósito e destinação final inadequados do lixo urbano: a falta de estudos prévios e de fiscalização rotineira frequentemente dá causa a depósitos de resíduos sem adequada proteção do solo, muitas vezes com o comprometimento de águas superficiais e subterrâneas utilizadas pela população.

A casuística de omissões da atividade de polícia ambiental e de danos gerados é bastante diversificada e reitera o protagonismo que tem o Estado da proteção do meio ambiente. Diante disso, existe uma tendência jurisprudencial de, para além do mecanismo de responsabilização estatal, estender o controle judicial a fim de suprir a inércia dos órgãos públicos²⁰⁸.

O recorte deste trabalho centra-se, entretanto, na análise – a seguir referida – da natureza da responsabilidade civil que deve incidir sobre o Estado diante de situações tais quais as acima referidas.

3.2.2 Responsabilidade civil ambiental

O trato da responsabilidade em matéria ambiental remete, conforme já exposto²⁰⁹, à noção de compensação equivalente. Em Direito Ambiental, frequentemente se trata de matérias de tênue delineação, com limites jurídicos imprecisos, sendo que a degradação nem sempre apresenta efeitos imediatos, pois, não raro, somente ao longo do tempo se conhecerá o dano. Conforme Antonio Herman Benjamin, em razão das peculiaridades que cercam seu objeto, estrutura-se modelo próprio de responsabilidade ambiental:

²⁰⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. Publicação disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/o_problema_do_control_e_judicial_das_omissoes_estatais_lesiva.pdf>. Acesso em: 2 de novembro de 2014.

²⁰⁸ Para melhor aprofundar as ações do Judiciário no combate às omissões administrativas, ver: MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. Publicação disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/o_problema_do_control_e_judicial_das_omissoes_estatais_lesiva.pdf>. Acesso em: 2 de novembro de 2014.

²⁰⁹ Item 2.1.2, do presente trabalho.

(...) diante da dificuldade em se identificar os sujeitos da relação jurídica obrigacional, já que, freqüentemente, se estará diante de autores diversos e também de vítimas coletivas. Ademais, não se mostra fácil estabelecer-se o nexos causal e identificar o próprio dano, que nem sempre é imediato e não raro ocorre de forma retardada ou apresenta caráter cumulativo. Pode ocorrer ainda que, mesmo sendo possível identificar todos esses elementos, o responsável pelo dano não disponha de patrimônio suficiente para a necessária indenização²¹⁰.

Adotou-se a responsabilidade ambiental objetiva fundada no risco da atividade e na atuação degradante, independente de culpa ou dolo. Reconheceu-se ainda, como efeito essencial não só a reparação integral do dano causado, mas também a cessação do fato lesivo²¹¹ e todos os prejuízos causados, tais como: i) os efeitos ecológicos e ambientais da agressão a um bem ambiental corpóreo, que integrem o mesmo encadeamento causal (a destruição de espécimes, *habitats* e ecossistemas inter-relacionados com o meio imediatamente afetado, por exemplo); ii) os danos interinos, isto é, as perdas de qualidade ambiental havidas no intervalo entre o evento danoso e a real recomposição do meio degradado; iii) os danos ambientais futuros que podem ser comprovados; iv) os danos irreversíveis à qualidade ambiental e v) os danos morais coletivos reflexos da agressão ambiental²¹².

No Direito Administrativo, a responsabilidade do Estado é respaldada pela garantia do indivíduo em face da sociedade, assegurando-se o ressarcimento pela atividade estatal que persegue fins públicos. Já a responsabilidade ambiental, por sua vez, pauta-se pelo princípio do poluidor-pagador, o que reitera a preferência pela prevenção. Desse modo, o dano deve ser integralmente recuperado para assegurar o direito ao meio ambiente saudável da coletividade. A hipossuficiência não é do indivíduo perante o Estado, mas da coletividade²¹³.

A norma constitucional impõe ao Poder Público e à coletividade a co-responsabilidade pela defesa e preservação do meio ambiente:

²¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 9, 1998, p. 13.

²¹¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. In: *Revista de Direito Ambiental*. n.32, out./dez. 2003, p.69.

²¹² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. In: *Revista de Direito Ambiental*. n.32, out./dez. 2003, p.72-73.

²¹³ BARROSO, Ricardo Cavalcante. Responsabilidade civil do Estado por omissão em face do dano ambiental, In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo. n.63. jul./set. 2011, p.220-221.

Art. 225. 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.

(...)

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

Os destinatários da norma constitucional são as presentes e as futuras gerações. Isso ocorre em virtude da precisa constatação do legislador de que o relacionamento com o meio ambiente não pode ser fragmentado ou considerado sucessivamente, como se cada período não fosse determinante para a continuidade dos seguintes. Trata-se da consagração da ética da solidariedade entre as gerações, uma vez que *“a continuidade da vida no planeta pede que esta solidariedade não fique represada na mesma geração, mas ultrapasse (...) levando em conta as gerações que virão após”*²¹⁴.

Desta maneira, inaugura-se o princípio da responsabilidade ambiental entre gerações, uma tradução do “desenvolvimento sustentado”²¹⁵, que traz ao direito ambiental o conceito econômico de conservação dos recursos sem esgotá-los. É uma tentativa de frear a política desenvolvimentista e adaptá-la à agenda socioambiental.

Atente-se ao fato de que sustentabilidade não é princípio abstrato ou de observância protelável. Conforme Juarez Freitas, esse princípio constitucional determina a responsabilidade do Estado, com eficácia direta e imediata, e carrega em seu conteúdo a *“obrigação de se antecipar, prevenir e precaver (...) e a tomada de medidas cautelares, no exercício regular do poder de polícia”*²¹⁶. Se, dentre os elementos que compõe um desenvolvimento sustentável faltarem a precaução, a prevenção, a responsabilidade do Estado e da sociedade, a eficiência ou o ambiente descontaminado e saudável, a sustentabilidade terá seu conteúdo certo e invariavelmente reduzido²¹⁷.

²¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134.

²¹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134.

²¹⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39-40.

²¹⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

Nesse prisma, a Constituição Federal inaugura o Estado Sustentável. Para que se instaure, seria inviável persistir com o atual quadro de omissões inconstitucionais nas relações administrativas e ambientais. O momento é de repensar a responsabilidade estatal em consonância com a premissa de realizar a sustentabilidade justa, de resgatar e salvar as futuras gerações, de prevenir e de promover o desenvolvimento durável²¹⁸. Tais posturas vão de encontro ao consentimento com as omissões e a inoperância.

Além disso, a Lei 6.938/81 consagra em norma específica a responsabilidade objetiva por danos ambientais, de modo que a obrigação de reparar surge a partir da ação ou omissão que se relacionem com um dano mediante vínculo causal. Nesse sentido:

Art. 14, § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Conclui-se que “*O Estado é o promotor por excelência da defesa do meio ambiente na sociedade, ao elaborar e executar políticas públicas ambientais e ao exercer o controle e a fiscalização das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente*”²¹⁹. A tutela ambiental corresponde, em verdade, a poder-dever de fiscalizar e coibir práticas lesivas ao meio ambiente. O intuito do legislador, nos dizeres de Herman Benjamin, foi “*afastar qualquer dúvida sobre a índole cogente das determinações dirigidas a todo o Estado, na sua posição bifronte de legislador e de implementador administrativo e judicial do ordenamento*”²²⁰, estabelecendo cláusula vinculativa no sentido de impedir um estado de inércia frente às questões

²¹⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 271.

²¹⁹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. Publicação disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/o_problema_do_control_e_judicial_das_omissoes_estatais_lesiva.pdf>.

²²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira*. In: José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

ambientais, de modo que a sua inobservância acarreta responsabilização do ente público²²¹.

Todavia, é controversa a definição dos limites da extensão e da natureza dessa responsabilidade²²².

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento conforme aos dispositivos acima citados, interpretando a norma legal à luz do princípio do poluidor-pagador²²³ para reconhecer a responsabilidade independente de culpa do agente responsável pela degradação. Nesse sentido, REsp 1045746/RS, o REsp 604.725/PR, o REsp 570.194/RS, o REsp 745.363/PR e o REsp 769753.

Entende-se que a expansão das atividades econômicas na sociedade de risco não pode receber tratamento sob a ótica privada tradicional. A partir disso, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente substitui o elemento subjetivo da responsabilidade fundada na culpa pelo elemento objetivo fundado no risco da atividade²²⁴, extraindo-se a responsabilidade da simples ocorrência do dano.

A vinculação da responsabilidade ambiental à teoria do risco, amplamente defendida, demonstra a intenção de estabelecer o sistema mais rigoroso possível, a fim de melhor cumprir o dever de reparação ante o “*alarmante quadro de degradação que se assiste não só no Brasil, mas em todo o mundo*”²²⁵.

²²¹ A lição de Édis Milaré destaca como deveres específicos do poder público a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais; a promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas; a preservação da biodiversidade e controle das entidades de pesquisa e manipulação de material genético; a definição de espaços territoriais protegidos; a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental; o controle da produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas; a educação ambiental; e a proteção à fauna e à flora. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 189-204.

²²² O tema será investigado com maior delonga no sub-capítulo 3.3 do presente trabalho.

²²³ O princípio do poluidor-pagador é fundamento primário da responsabilidade civil ambiental e impõe a internalização dos custos decorrentes dos efeitos negativos das atividades humanas sobre o meio ambiente. Aquele que polui deve responder pelo dano causado

²²⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 826-827.

²²⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 827.

3.2.3 Responsabilidade do Estado por omissão no exercício do poder de polícia ambiental

Como demonstrado, compete ao Estado o poder-dever de zelar pela incolumidade do meio ambiente²²⁶ e, diante de omissões frente a tal atribuição, será responsabilizado.

Quando o Poder Público participa ativamente na prática do dano ambiental, é considerado poluidor direto e não há dúvidas acerca da sua responsabilidade objetiva. É imputação por ação que segue a regra geral de responsabilidade²²⁷. A situação muda, entretanto, quando os danos são causados por omissão do dever de polícia ambiental, pois não foi pacificado entendimento acerca da responsabilidade do Estado quando poluidor indireto²²⁸, por falhas de fiscalização, quando o dever de reparação decorre não do fato que diretamente gerou o dano, mas por ter se omitido de conduta que evitasse ou diminuísse o prejuízo injustamente causado²²⁹.

Infelizmente, a casuística de omissões estatais é rica no Estado brasileiro, o que contribui enormemente para a ocorrência de graves prejuízos ambientais²³⁰.

Para melhor analisar a natureza da responsabilidade nesses casos, faz-se necessário um olhar atento aos princípios regentes de direito ambiental e à vontade constituinte quando da elaboração da norma.

²²⁶ Pelo princípio do controle do poluidor pelo poder público, o Estado, através do exercício do poder de polícia, legitima-se a intervir na ordem privada para preservar, controlar e proteger o meio ambiente.

²²⁷ VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

²²⁸ Conforme pontua Paulo de Bessa Antunes, a definição de poluidor indireto persiste como um dos temas mais polêmicos no direito ambiental brasileiro, sendo que não há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca da extensão do conceito. Por esse motivo, o autor sustenta que a excessiva ampliação poderia implicar na indução à irresponsabilidade dos “proprietários de atividades poluentes” que estejam vinculados a cadeias produtivas maiores, pois que a responsabilidade seria deslocada para o detentor de maiores recursos econômico. In: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 297.

²²⁹ BONIN, Lucas Barni. *Responsabilidade civil do Estado por omissão nos danos ambientais*. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008, p. 67.

²³⁰ FALCONERI, Patrícia Cavalcante de. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão nos casos de Dano Ambiental. In: *Revista Advocacia Dinâmica*, Seções Jurídicas, out, 2006. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329184618.pdf>.

A fiscalização ambiental, exercida através do poder de polícia, dispõe de amplo rol de possibilidades para efetivação do controle preventivo e repressivo, tais como o licenciamento, o estudo prévio de impacto ambiental, suspensão de atividades, interdição de estabelecimentos, multa, caducidade de concessões, entre outros. Se os gestores públicos não executam suas atividades e ficam inertes frente aos deveres de preservação ambiental, cairá sobre eles a responsabilidade ambiental.

Para uma parcela da doutrina e jurisprudência, a natureza da responsabilidade por omissão no dever de proteção ambiental, cuja instrumentalização se dá através do poder de polícia, é subjetiva e dependente da demonstração de culpa ou dolo. Não poderia o Estado, aduzem, responder irrefreadamente em todos os casos, mas somente nos casos em que comprovada a conduta ilícita ou a atuação aquém do esperado.

Assim, apenas quando não tomadas providências para impedir o dano ou quando insuficiente ou tardia a atuação, configurar-se-á a responsabilidade subjetiva estatal. Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva alude que *“quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá (responsabilidade) quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha no serviço”*²³¹.

No mesmo sentido está a lição de Nelson Nery Júnior:

(...) a simples autorização do poder público para funcionamento de alguma empresa que venha a causar dano ao meio ambiente não é causa eficiente, por si só, para determinar responsabilidade da Administração. É necessário a prova do nexa causal entre a autorização estatal e o dano²³².

A consideração de dolo ou culpa dos agentes públicos para configurar a responsabilidade tem sido defendida sob o argumento de que se o Estado respondesse em qualquer hipótese de omissão haveria ofensa ao princípio do poluidor-pagador, uma vez que seria penalizada a sociedade e não o agente poluidor. O ente público passaria à condição de segurador e os verdadeiros responsáveis pela devastação seriam beneficiados.

²³¹ COUTO E SILVA, Almiro do. A Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, out-dez, 1995, p. 32.

²³² NERY JÚNIOR, Nelson. *Responsabilidade civil e meio Ambiente*. Revista do Advogado. n.37, set. 1992, p.45.

Sob essa perspectiva, ao Estado recairia, indubitavelmente, a responsabilidade subsidiária nos casos em que concorre dolosa ou culposamente e, invariavelmente, terá o dever de tomar medidas a fim de recuperar o meio ambiente degradado. Adota-se a teoria da culpa do serviço, considerando-a sempre de natureza subjetiva.

Por outro lado, para parcela divergente da doutrina e jurisprudência, as omissões estatais ensejam responsabilidade de natureza objetiva. Não há em nosso sistema qualquer determinação substancial no sentido de conferir tratamento radicalmente diferenciado entre ações e omissões, dado que “a responsabilidade reclama (...) o proporcional cumprimento dos deveres relacionados à tutela direta e imediata da totalidade de direitos fundamentais das gerações atuais e futuras”²³³.

Pode-se citar Édís Milaré, Antonio Herman Benjamin, Álvaro Luis Valery Mirra e Paulo Afonso Leme Machado como partidários dessa corrente²³⁴ defensora da responsabilidade que rege o dano ambiental sob um regime especial, por expressa determinação legal dos artigos 3º, IV e 14, §1º da Lei nº 6.938/81 e cumulados com o artigo 225, § 3º da Constituição Federal de 1988²³⁵.

A análise da aplicação da teoria objetiva da responsabilidade estatal por omissão no exercício do poder de polícia ambiental, aquela que prescindir de culpa ou dolo, pressupõe ampla ponderação e perpassa por variados questionamentos e dúvidas atinentes à eficácia da aplicação da teoria subjetiva, conforme se tentará brevemente demonstrar.

Primeiramente, para além da reflexão acerca da natureza da responsabilidade da teoria da *faute du service*²³⁶, não se ignora que as razões que levaram à introdução da responsabilidade objetiva por dano ambiental são diferentes daquelas que determinam a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes, pois o dano ambiental apresenta

²³³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 279.

²³⁴ Publicação disponível no sítio da Associação Paranaense de Engenheiros Ambientais: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo_tese%2018.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

²³⁵ Publicação disponível no sítio da Associação Paranaense de Engenheiros Ambientais: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo_tese%2018.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

²³⁶ Ver considerações realizadas no capítulo 2 do presente trabalho.

singularidades a exemplo de que o poluidor age, na maioria dos casos, em interesse particular de auferir lucros; difere, portanto, do dano causado a particulares por agentes públicos que desempenham atividades em prol do interesse coletivo²³⁷.

A adoção da teoria da responsabilidade subjetiva parece problemática para o trato da matéria ambiental. O Direito Ambiental lida com objetos tão peculiares que foi preciso estabelecer um sistema peculiar de princípios, regras e instrumentos diferentes dos demais ramos do Direito – e muitas vezes com eles incompatíveis.

Assim é que a interpretação da responsabilidade oriunda de danos ambientais por omissão do Poder Público, ajustada aos princípios de Direito Ambiental, deve ser feita de modo a exigir condutas protetivas ativas, e não apenas se abster ele mesmo de praticar o dano. Busca-se compelir o Estado a preservar o meio ambiente sadio e tal postura não se coaduna com a omissão ou leniência que facilitam a degradação ambiental²³⁸. Portanto, é também incompatível com a requisição do elemento subjetivo de dolo ou culpa dos agentes públicos para que seja apurada a responsabilidade estatal nos casos em que o dano decorre de ausência de fiscalização.

Esse é o intuito do disposto no art. 225 e parágrafos da Constituição Federal, ao encarregar o Estado da proteção ambiental e ao instituir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como gestor e administrador do meio ambiente sadio, torna-se o Estado o seu maior garantidor, descabendo posturas omissivas²³⁹. Tais deveres fazem com que eventuais vítimas não carreguem o ônus de provar a culpa ou o dolo do agente público que causa lesões agindo nessa qualidade.

²³⁷ KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, nº 139, jul/set., 1998, p. 23-37, p. 31. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

²³⁸ VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

²³⁹ VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

Assim é que a inércia constitui, invariavelmente, infração ao dever de proteção e garantia constitucionalmente prevista. “*Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam (...) violações sistêmicas e, não raro, inconstitucionalidade*”²⁴⁰. E, ressalte-se, configurado está o nexo de causalidade quando da inércia inconstitucional²⁴¹ resultar evento danoso, na circunstância de omissão ou morosidade injustificável.

Em sendo consideradas antijurídicas apenas as omissões desproporcionais, o início de um Estado Sustentável mais comprometido social e ambientalmente depende diretamente do fim das tolerâncias para com essas omissões, admitindo-se como lícitas e positivas tão-somente as abstenções socialmente benéficas, necessárias ou justificáveis em razão do custo-benefício na medição entre eficiência e equidade²⁴².

Além disso, vimos que a demonstração do dano ambiental nem sempre é simples ou imediata, já que seguidamente não há parâmetros quantificadores do impacto ambiental ou não há efeitos imediatos, dependendo o conhecimento da dimensão do dano do transcurso temporal. Frente a isso, tal qual ocorreu na história do instituto da responsabilidade estatal geral, o reconhecimento de uma responsabilidade objetiva nos casos de omissão é um marco legislativo e jurisprudencial fundamental para proteção do meio ambiente, já que a perpetuação da dificuldade de identificação do agente poluidor e de comprovação do dano incita a degradação ambiental²⁴³.

Esse raciocínio deriva dos princípios da precaução e da prevenção²⁴⁴, considerados preceitos basilares do direito ambiental.

A prevenção significa um agir cauteloso diante de um risco previamente conhecido, competindo à Administração o dever de promover

²⁴⁰ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 280.

²⁴¹ A antijuridicidade resulta da reprovável inobservância dos deveres estatuídos pela Lei Fundamental. É o que Juarez Freitas denomina “arbitrariedade por omissão”. In: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 280.

²⁴² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 281-282.

²⁴³ VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

²⁴⁴ VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

estudos para identificar potenciais danos ambientais através de licenciamentos e estudos de impacto ambiental, por exemplo²⁴⁵. Seus elementos centrais são: (i) a alta e intensa probabilidade de dano especial e anômala; (ii) a atribuição e possibilidade de o Poder Público evitar o dano; e (iii) o ônus estatal de produzir a prova da excludente do nexo de causalidade²⁴⁶. Dessa forma, na certeza de que determinada atividade acarretará danos injustos e presentes os requisitos, o Estado está forçado a coibi-la.

A precaução, por sua vez, está atrelada ao risco desconhecido e a uma incerteza científica, pretendendo-se, ainda assim, evitar riscos – ainda que mínimos – ao meio ambiente. Pressupõe-se a adoção de medidas antecipatórias e proporcionais ainda que diante da incerteza acerca da real verificação dos danos temidos²⁴⁷. Assim, quando houver dúvida a respeito do potencial de degradação de uma conduta, o princípio da precaução deve incidir para prevenir o risco futuro²⁴⁸.

Depreende-se desses princípios que, mais uma vez, o dever de agir do Estado é vinculado e não mera faculdade. Há “compulsoriedade”²⁴⁹ de atuar na defesa do meio ambiente diante de riscos cientificamente comprovados ou de situações sobre as quais pairam incertezas e potencial de degradação.

Dito isso, importa salientar que a discricionariedade não pode ser invocada a pretexto de não agir, de manter-se inativo, pois seus deveres estão vinculados por lei e não há que se falar em critérios de oportunidade e conveniência do agente público. Nesse sentido está a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que sua conclusão acerca da natureza da responsabilidade estatal por omissão seja diversa daquela aqui pretendida. Segundo o autor, discricionariedade administrativa não significa liberdade do administrador para eleger, no caso concreto, qualquer solução abstratamente comprovada pela norma. “*O âmbito da liberdade do administrador perante a*

²⁴⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48

²⁴⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 285.

²⁴⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 285.

²⁴⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental: parte geral*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 150.

²⁴⁹ VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

*norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato*²⁵⁰.

Ao Poder Público compete observar os preceitos constitucionais com prioridade, motivo pelo qual não se pode recorrer à discricionariedade administrativa ou à reserva do possível para deixar de implementar²⁵¹.

Desta feita, evidencia-se que o conjunto normativo brasileiro, ao atribuir ao Estado o papel central na preservação do meio ambiente, admite como ilegais as omissões das quais decorre dano ambiental e impõe a responsabilização estatal por danos ambientais decorrentes da postura omissiva independente da comprovação ou existência de culpa ou dolo do agente. Para maior e mais efetiva proteção, acolhe-se a teoria objetiva²⁵².

Não se afasta, entretanto, a capacidade individual do agente poluidor de reconhecer os danos por ele causados. Uma empresa que dispõe de laboratórios e equipes de cientistas especializados merece tratamento mais rigoroso acerca da previsão do risco que representa. Isso decorre, conforme Krell, dos princípios do risco-proveito e do poluidor-pagador, que determinam o aumento da densificação da responsabilidade para o poluidor economicamente mais forte e que exerce maiores atividades que repercutem na utilização dos recursos ambientais para buscar lucro²⁵³.

Apesar dessa dose de subjetividade, José Afonso da Silva, mencionado pelo autor, assevera que a responsabilidade por dano ambiental existe mesmo quando decorrente de atividade conforme aos parâmetros normativos, pois isso não desonera o agente de fiscalizar se a atividade é ou não perniciosa ao meio ambiente²⁵⁴.

²⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 36.

²⁵¹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 273.

²⁵² VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

²⁵³ KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. Brasília: Revista de Informação Legislativa, nº 139, jul./set., 1998, p. 23-37, p. 35. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da *apud* KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. Brasília: Revista de Informação Legislativa, nº 139, jul./set., 1998, p. 23-37, p. 35. Disponível em: <

A fim de persistir na afirmação da aplicação da responsabilidade objetiva sem relutar diante das acusações de endossar o Estado segurador, é forçoso reconhecer que o dever de reparação que recai sobre o Poder Público deve ser associado ao direito à boa administração, à sustentabilidade e proibição de excessos combinado com a vedação de inércia ou inoperância de mandamentos constitucionais²⁵⁵. É inadmissível recorrer a argumentos que decorrem da ingerência administrativa para conferir tratamento desproporcional e desigual a danos antijurídicos, sob pena de figurar como cúmplice da passividade ilegítima.

Como bem coloca Juarez Freitas, “*não se trata de voluntarismo espetaculoso. Ao revés. Trata-se de ativismo da Constituição e dos seus objetivos fundamentais*”²⁵⁶ a fim de compensar fraquezas estruturais de diligência pública²⁵⁷.

Por fim, Ricardo Manuel Castro e Patrícia Fochesato Cintra Silveira reportam a importantes questionamentos que devem ser trazidos à baila quando da discussão acerca da responsabilidade por omissão da qual derivam danos ao meio ambiente.

Inicialmente, é preciso averiguar se devem ser diferenciados os casos de devastação em periferias e regiões inóspitas de difícil acesso e fiscalização – como matas fechadas, por exemplo – daqueles em regiões de amplo conhecimento do Estado²⁵⁸. Apesar de existirem argumentos pela irresponsabilidade, pautados no fato de que desconhecimento do dever de agir afasta a omissão, tal compreensão deixaria o meio ambiente desguarnecido de adequada proteção e ao relevo de danos resguardados pelo escudo da inexistência de conhecimento do dever de agir.

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 277.

²⁵⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 280.

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 280.

²⁵⁸ CASTRO, Ricardo Manuel; SILVEIRA, Patrícia Fochesato Cintra. Responsabilidade civil do poder público sob o enfoque da omissão na tutela ambiental. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/biblioteca_virtual/bv_teses_congressos/Dr%20Ricardo%20Manuel%20Castro-Patr%C3%ADcia%20Fochesato%20Cintra%20Sil1.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

É notório que há imperativos normativos determinando posturas estatais proativas, sendo insuficiente alegar desconhecimento de riscos ambientais em determinadas regiões. Ao Estado cabe suportar os riscos de sua atividade. A ocorrência do dano certamente prejudica toda a coletividade e pode ter efeitos de custosa reparação ou irreversíveis, pelo que não se deve fazer qualquer diferenciação quanto à existência de responsabilidade estatal. O que poderia, de fato, ocorrer é uma maior reprobabilidade com relação aos danos oriundos de falhas de fiscalização em áreas de manifesto potencial poluidor e de conhecida atividade.

E, finalmente, faz-se imprescindível uma breve consideração acerca da natureza solidária ou subsidiária da responsabilidade do Estado enquanto poluidor indireto, por ter se omitido diante do dever de fiscalização e exercício do poder de polícia.

Defende-se, por um lado, que a responsabilidade estatal deve ser subsidiária, pois, se solidária fosse, estar-se-ia punindo a própria coletividade vítima do dano. Não seria razoável acionar o Poder Público no pólo passivo da demanda de reparação de dano causado por terceiro, e que a este trouxe benefícios.

É que a solidariedade colocaria o Estado na condição de segurador universal e desvirtuaria o princípio do poluidor-pagador. Concluem os partidários dessa corrente que o Poder Público somente deve assumir o dever de reparar na impossibilidade, impedimento ou ausência de responsáveis diretos pelo dano ambiental²⁵⁹. Com isso, assegura-se a proteção do meio ambiente perante o dano e a perseguição reparatória primeiramente em face do responsável direto pelo prejuízo causado.

Por outro lado, postula-se o reconhecimento da responsabilidade solidária do Estado²⁶⁰ já que, conforme Édís Milaré, “o Estado também pode

²⁵⁹ Publicação disponível no sítio da Associação Paranaense de Engenheiros Ambientais: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo_tese%2018.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

²⁶⁰ Ver: Recurso Especial nº 28222/SP, no Recurso Especial nº 771.619/RR, no Recurso Especial nº 1079713/SC, no Agravo Regimental nº 973.577/SP, no Recurso Especial nº 604.725/PR, e Informativo 388 do STJ, de origem da Segunda Turma:

DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A questão em causa diz respeito à responsabilização do Estado por danos ambientais causados pela invasão e construção, por particular, em unidade de conservação (parque estadual). A Turma entendeu haver responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir

*ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam*²⁶¹. Essa posição é reiterada a partir da inserção da cláusula constitucional que impôs ao Estado o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse caso, afastando-se a imposição legal de agir ou agindo de modo insuficiente, está configurado ilícito ensejador de dano não evitado que, por direito, deveria sê-lo²⁶². É a partir da responsabilidade solidária que o Estado se mobilizará para melhor capacitar-se para a boa gerência do meio ambiente saudável²⁶³.

Todavia, como os custos da reparação serão arcados, em última análise, pela sociedade, são apresentadas duas alternativas para assegurar o dever de reparação e priorizar a indenização paga pelo poluidor direto, sem abrir mão da responsabilidade objetiva estatal.

Consoante a argumentação de Milaré, na prática, para que a sociedade não seja demasiadamente penalizada, quando for possível escolher um dos responsáveis de acordo com as regras da solidariedade, convém optar pela opção mais benéfica aos interesses da coletividade, chamando-se primeiro o poluidor direto que lucrou com a atividade e, caso insuficiente à reparação integral, chama-se o Estado.

Também atento à possibilidade de injusta oneração da sociedade, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão em que se reconheceu a responsabilidade solidária do Estado, porém com a ressalva da execução

para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou atua de forma deficiente. A responsabilização decorre da omissão ilícita, a exemplo da falta de fiscalização e de adoção de outras medidas preventivas inerentes ao poder de polícia, as quais, ao menos indiretamente, contribuem para provocar o dano, até porque o poder de polícia ambiental não se exaure com o embargo à obra, como ocorreu no caso. Há que ponderar, entretanto, que essa cláusula de solidariedade não pode implicar benefício para o particular que causou a degradação ambiental com sua ação, em detrimento do erário. Assim, sem prejuízo da responsabilidade solidária, deve o Estado – que não provocou diretamente o dano nem obteve proveito com sua omissão – buscar o ressarcimento dos valores despendidos do responsável direto, evitando, com isso, injusta oneração da sociedade. Com esses fundamentos, deu-se provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 973.577-SP, DJ 19/12/2008; REsp 604.725-PR, DJ 22/8/2005; AgRg no Ag 822.764-MG, DJ 2/8/2007, e REsp 647.493-SC, DJ 22/10/2007. REsp 1.071.741-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/3/2009..

²⁶¹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 840.

²⁶² MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 840.

²⁶³ BORGES, Guiomar Theodoro. Responsabilidade do Estado por dano ambiental. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá. Ano 1, n. 1, jan/jun 2007, p.99.

subsidiária, buscando-se a pessoa jurídica de Direito Público apenas quando o agente degradador não puder indenizar. Tal julgamento se deu no REsp 1071741/SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin²⁶⁴, destacando-se o seguinte trecho do voto:

No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). (...) A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil)²⁶⁵.

O objetivo do julgado é estabelecer uma ordem de preferência na execução da obrigação reparatória ambiental, mantendo o Estado responsável, porém priorizando a cobrança do poluidor direto. Os fundamentos que justificam a subsidiariedade da execução se assentam na observância do princípio do poluidor-pagador e da indisponibilidade do interesse público, assegurando o Erário²⁶⁶.

Ressalvado o dever de regresso do Estado frente ao degradador material nos casos em que acionado para reparar o dano, o reconhecimento da responsabilidade objetiva solidária, com a cláusula de preferência quando da execução, surge como uma adequada alternativa ao tratamento da reparação ambiental à luz dos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral.

²⁶⁴ Publicação disponível no sítio da Associação Paranaense de Engenheiros Ambientais: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo_tese%2018.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no RESP nº 1071741/SP – Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. DJE 16/12/2010.

²⁶⁶ Publicação disponível no sítio da Associação Paranaense de Engenheiros Ambientais: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/imgeditor/File/Arquivo_tese%2018.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

CONCLUSÕES

A Constituição Federal, surgida em contexto de restabelecimento democrático do Estado, delimita vasto rol de direitos fundamentais. Vê-se, assim, que a sistemática erigida pela Carta de 1988, juntamente com a legislação infraconstitucional, abraça a pauta ambiental e exige condutas proativas do poder público na tutela do meio ambiente – considerado direito fundamental de todos – com o fito de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Todavia, as previsões constitucionais não têm o condão de, por si só, efetivar-se como pretendido. Assim é que diversas normas programáticas demandam a atuação dos três poderes federativos para que sejam plenamente realizadas.

O presente trabalho centrou-se na atuação da Administração Pública e, mais especificamente, no poder de polícia que lhe é conferido com escopo de melhor gerir a utilização racional e sustentável dos recursos ambientais, em observância ao mandamento constitucional de preservação do meio ambiente. O estudo voltou-se, após, para inércia estatal frente a seus deveres de proteção, a fim de identificar os impactos em termos de responsabilidade que a omissão pode gerar.

Nesse cenário, imprescindível se fez a compreensão dos institutos do poder de polícia e da responsabilidade civil do Estado.

O poder de polícia consolida-se como mecanismo de intervenção nos direitos e garantias individuais visando ao interesse público. Parte-se da concepção de que os direitos do homem-indivíduo não são infinitos e tampouco ilimitados e, sempre que houver conflito de interesses, há necessidade de compatibilização das aspirações de cada um para conformá-las com os interesses da coletividade.

Nesse sentido, a limitação de comportamentos particulares visa à manutenção dos próprios direitos fundamentais, pois que existe na tentativa de resguardar direitos individuais ameaçados pelo exercício desregulado de prerrogativas para, ao final, alcançar a igualdade entre os membros da

sociedade. Essa é a razão que funda a compatibilidade entre os direitos individuais e as delimitações a eles impostos pelo poder de polícia estatal.

Não é lícito afirmar, entretanto, que a atividade de polícia ela mesma seria discricionária. É certo que existe, seguidamente, uma esfera de subjetividade na norma que autoriza o policiamento, pois que não seria exigível ao legislador que previsse todas as situações possíveis no caso concreto e a melhor atuação para cada uma delas. Desta maneira, a polícia administrativa se expressa ora através de atos vinculados, ora através de atos no exercício da competência discricionária, sempre limitados à observância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Significa dizer, destarte, que a atuação administrativa é infra-legal e deve se coadunar com os imperativos normativos constitucionais, não podendo inovar ou aniquilar direitos fundamentais, assim como deve se mostrar razoável e proporcional à situação concreta.

A responsabilidade civil do Estado, por sua vez, passou por diversas fases ao longo da história, e hoje se expressa, fundamentalmente, pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal. O dispositivo consolidou a responsabilidade objetiva estatal quando das suas ações, lícitas ou ilícitas, resultarem danos; manteve, entretanto, polêmico o embate acerca da natureza da responsabilidade frente ao poder público omissor.

Em razão disso, os doutrinadores e a jurisprudência têm lidado de formas diversas com o caráter objetivo ou subjetivo quando da aplicação da responsabilidade civil por omissão, inexistindo unanimidade sobre o tema. Há quem sustente que a responsabilidade é objetiva, pois se o Estado não agiu, não poderá ser autor do dano, somente existindo responsabilidade quando houver dever legal de impedir o dano. Argumentam que essa teoria se baseia no comportamento ilícito e, por isso, é necessariamente subjetiva com fulcro na teoria da *faute du service*. Por outro lado, há quem defenda a responsabilidade objetiva, tanto em virtude de uma interpretação diversa da teoria da *faute du service*, pela afirmação de uma objetificação do elemento subjetivo na omissão, bem como pelo amparo das teorias do risco administrativo, entendendo que os administrados não podem ser submetidos a danos desarrazoados e a tratamento diferenciado no regime de responsabilidade – o qual não foi estabelecido pela Carta Maior.

A presente monografia enveredou no sentido de demonstrar que tal discussão se verifica igualmente intensa e relevante na seara ambiental.

A norma definidora do direito fundamental ao meio ambiente sadio, insculpida no art. 225 da Magna Carta, determina ao Estado o dever de proteção, pelo que se pode concluir que as atuações do poder público representam a base da preservação ambiental.

Com efeito, a omissão diante de tais deveres suscita o dever de reparação dos danos causados. Em matéria ambiental, persiste a discussão acerca da natureza da responsabilidade civil – se subjetiva ou objetiva – sendo que a questão cerca-se de outros elementos de influência que devem ser considerados para melhor análise do caso concreto.

Na presente monografia, fez-se uma abordagem a partir dos conceitos de meio ambiente e dano ambiental visando à melhor compreensão da lógica que rege o direito ambiental. Ainda que o tema demande maior aprofundamento na matéria e na sua principiologia, optou-se por realizar uma breve introdução para que se pudesse pensar mais lucidamente o fenômeno ambiental e a responsabilidade estatal.

O meio ambiente definido pela Lei 6.938/81 corresponde ao conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; é um complexo formado pela reunião de todas as formas de vida e recursos ambientais em todo tipo de relação com o ser humano.

Pode-se afirmar que essa interação é muitas vezes marcada por interesses conflitantes, razão pela qual é preciso reconhecer a legitimidade da proteção do meio ambiente enquanto interesse público; e não apenas mero bem servente ao homem. Reconhecer uma relação pura e simplesmente utilitarista permitira a produção de danos ambientais unicamente em prol do benefício antrópico.

O dano ambiental, por sua vez, identifica-se nas alterações indesejáveis do meio ambiente caracterizadas pela ampla dispersão de vítimas, dificuldade de valoração e de reparação.

Entretanto, é lícito pontuar que não se pretende absoluto imobilismo no cenário ambiental. Entende-se que as interações entre o ser humano e o meio ambiente produzem, invariavelmente, impactos. Porém, mudanças e inovações

são benéficas enquanto não causarem prejuízos superiores ao tolerável, isto é, até que não alcancem dimensões tais que interfiram no equilíbrio ecológico.

Diz-se que o desenvolvimento deve ser sustentável, contínuo e duradouro²⁶⁷. Nesse sentido, a análise das atividades precisa passar por criterioso e constante exame com base nos princípios da precaução e da prevenção, para que não se onere demasiadamente o bem ambiental, inclusive quando observados os parâmetros normativos de adequação.

Em matéria ambiental, grande parte da doutrina e jurisprudência admite a aplicação da teoria do risco com a consequente adoção da responsabilidade objetiva calcada no risco que a própria atividade administrativa representa para coletividade.

À omissão do poder público frente aos seus deveres de fiscalização, entretanto, parte da doutrina imputa o reconhecimento da responsabilidade subjetiva com fulcro na teoria francesa da falta do serviço, por má prestação, prestação atrasada ou não prestação de serviço. Segundo as constatações desenvolvidas ao longo do trabalho, percebe-se que os defensores dessa teoria se apóiam na necessidade de comprovação da culpa do agente público quando havia dever de agir. Do contrário, temem que o Estado se torne uma espécie de segurador universal em flagrante contradição com o princípio do poluidor-pagador, não obstante as lições constitucionais e a vulnerabilidade ambiental frente às ações humanas.

Contudo, a partir dos estudos realizados, pode-se questionar a importação da teoria da *faute du service* sem investigar a fundo sua aplicação na jurisprudência francesa – onde embasa casos de responsabilidade subjetiva e objetiva – para então submetê-la ao filtro constitucional do ordenamento pátrio.

Por sua vez, em sentido diverso, os defensores da responsabilidade objetiva por omissão se fundam majoritariamente no risco criado pela atividade administrativa, entendendo que não podem o meio ambiente e a coletividade arcar com a inoperância estatal. É que não pode o Estado, com o pretexto de quedar-se inerte, invocar a discricionariedade do poder de polícia.

²⁶⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42.

Uma satisfatória tutela dos bens jurídicos ambientais requer intenso planejamento e vasto repertório de ações prioritariamente preventivas, sob pena de comprometer o meio ambiental irreversivelmente, ainda que prospectivos os efeitos danosos.

Verifica-se, pois, que a responsabilização estatal vista à luz dos mandamentos constitucionais e infralegais impõe uma suspeita de responsabilidade objetiva do Estado. Parece mais condizente com a realidade e com o conjunto normativo brasileiro a imputação de responsabilidade objetiva subsidiária às omissões estatais, com fulcro na teoria do risco administrativo.

Não se deve olvidar, ainda, que a análise quanto à natureza do dever de reparação deve ser realizada com base nos princípios da precaução, prevenção e poluidor-pagador, e considerando também aspectos importantes de desenvolvimento sustentável e, em caso de colisão de direitos fundamentais, da regra da proporcionalidade.

Ademais, impõe-se que sejam observadas outras questões não abordadas neste trabalho, mas que se mostraram relevantes no transcorrer da pesquisa. Considerando que a atuação estatal é permeada por opções políticas, aspectos atinentes ao conceito de (in)eficiência estatal, reserva do possível e seletividade no exercício do poder de polícia devem também ser considerados a fim de melhor problematizar os interesses envolvidos na prevalência de uma ou outra teoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado; HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. In: *Revista de Direito GV*. vol. 8, nº 1, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005>. Acesso em: 8 de novembro de 2014.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 8ª ed., v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARO, Flávio José Tarouco Osório; BONELLA, Danielle Soncini; CAVALHEIRO, Kênia. *Poder de Polícia Administrativa: O uso da Proporcionalidade na condução de Ações Excessivas e Abusivas*. X Salão de Iniciação Científica PUCRS, Santa Maria, 2009, fls. 2686-2689.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Dano ambiental: Uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito provado prestadoras de serviço público. In: *Interesse público*, nº 6, p. 11. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/207.htm>>.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os *limites à atuação estatal no controle de preços*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, jun/ago, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 27 de setembro de 2014.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. Responsabilidade civil do Estado por omissão em face do dano ambiental, In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo. n.63. jul./set. 2011, p.220-221.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 9, 1998, p. 13.

BONIN, Lucas Barni. *Responsabilidade civil do Estado por omissão nos danos ambientais*. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

BORGES, Guiomar Theodoro. Responsabilidade do Estado por dano ambiental. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá. Ano 1, n. 1, jan/jun 2007, p.99.

BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459>>. Acesso em 28 de outubro de 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Ricardo Manuel; SILVEIRA, Patrícia Fochesato Cintra. Responsabilidade civil do poder público sob o enfoque da omissão na tutela ambiental. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/biblioteca_virtual/bv_teses_congressos/Dr%20Ricardo%20Manuel%20Castro-Patr%20C3%ADcia%20Fochesato%20Cintra%20Sil1.htm>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

CAVALCANTI, Felipe Franco de Holanda. *Atuação do poder de polícia e as suas limitações no sistema administrativo brasileiro*. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, João Pessoa, 2010.

COUTINHO, Luís Felipe de Azeredo. *O princípio da legalidade na Administração Pública contemporânea*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10150>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. A Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, out-dez, 1995, p. 19-41.

CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2002.

CRUZ, Ariele Chagas. *Responsabilidade do Estado pelo dano ambiental: um enfoque sobre a teoria do risco administrativo*. 2012. 108 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8270/1/Ariele%20Chagas%20Cruz%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, t.3. *apud* GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FALCONERI, Patrícia Cavalcante de. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão nos casos de Dano Ambiental. In: *Revista Advocacia Dinâmica*, Seções Jurídicas, out, 2006. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329184618.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2014.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. In: *Revista de Direito Público*, n. 49/50, jan/jun, 1979.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Vladimir de Passos. *Direito administrativo e meio ambiente* 3. ed. Curitiba: Juruá. 2001.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello et al. (Orgs.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 240-292. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. GORDILLO, Augustín A. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopez, 1971.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. Floriano de Azevedo Marques Neto; Fernando Dias Menezes de Almeida; Irene Patrícia Nohara; Thiago Marrara. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em*

homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1131-1155.

JUCOVSKI, Vera Lúcia Rocha Souza. Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais no Brasil e em Portugal. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.12, out./dez. 1998, p.59.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, nº 139, jul./set., 1998, p. 23-37. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385/r139-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 92.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev., atual. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELECH, Luiza de Souza. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por omissão: Aferição de culpa da Administração ambiental. Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. Publicação disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrinas/esgotamento/o_problema_do_controle_judicial_das_omissoes_estatais_lesiva.pdf>. Acesso em: 2 de novembro de 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. In: *Revista de Direito Ambiental*. n.32, out./dez. 2003, p.69.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 36.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Responsabilidade civil e meio Ambiente*. Revista do Advogado. n.37, set. 1992, p.45.

PERRINO, Pablo Esteban. *La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilância*. La Ley, 24/11/2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental: parte geral*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 150.

SADDY, André. *Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 45-80, abr./jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58006>>. Acesso em: 2 de agosto de 2014.

SALOMONI, Jorge Luis. *La responsabilidad del Estado por omisión em la República Argentina*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/11.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Simone Cristina. *Poder de polícia*. Trabalho de pós-graduação em Direito Público, Universidade Anhanguera, Ipatinga, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In DIREITO, Carlos Menezes (coord.). *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, nº 96, out/dez, 1987, p. 236-237. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181802/000433560.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

VENOSA, Sílvio de Salva. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VISCARDI, Pablo Hernandez. *A responsabilidade do Estado pelos danos ambientais decorrentes da omissão de seus agentes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3647, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24784>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

WALINE, Marcel. *Traité de droit administratif*. 7 ed. Paris: Éditions Sirey, 1957.