

ALESSANDRA DESLANDES FOGIATO

**A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Curitiba

2015

ALESSANDRA DESLANDES FOGIATO

**A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Trabalho apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Especialista em
Direito Ambiental, Setor de Ciências Agrárias,
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: José Osório do Nascimento Neto.

Curitiba

2015

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	03
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	06
2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.....	06
2.2 A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE.....	13
2.3 A POLÍTICA DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE.....	18
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO NO DIREITO BRASILEIRO.....	22
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL.....	22
3.2 A TEORIA DO RISCO INTEGRAL NO BRASIL.....	25
3.3 A SOCIEDADE DE RISCO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	33
4. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO.....	37
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
6. BIBLIOGRAFIA.....	51

1. INTRODUÇÃO

O tema eleito cinge-se à identificação dos fundamentos jurídicos da aplicação da Teoria do Risco no Direito Brasileiro, e à análise da adequação da adoção da Teoria do Risco Integral pela doutrina e jurisprudência pátria, frente ao que dispõe a Constituição da República e a Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

Tal abordagem se faz necessária na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar a Teoria do Risco, não assume expressamente sua vertente Integral, que corresponde *“à modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social”*¹.

O estudo visará avaliar se, a despeito de amplamente esposada pela doutrina e jurisprudência pátria, a Teoria do Risco Integral se harmoniza com a estrutura normativa ambiental nacional, que tolera impactos ambientais em limites cientificamente reconhecidos como incapazes de causar dano ao meio ambiente e à saúde humana.

A estrutura normativa ambiental é assim estruturada em decorrência do inciso VI, do artigo 170 da Constituição da República, que determina que, na defesa do meio ambiente, deve-se conferir tratamento diferenciado aos produtos e serviços, e seus processos de elaboração e prestação, conforme seu nível impacto.

Apesar da expressão impacto não contar com uma definição legal, em sentido estrito, delinea-se, por exclusão, do conceito de poluição, extraído do inciso III, do artigo 3, da Lei n. 6.938/81.

Sendo a poluição considerada crime, conforme no artigo 54, da Lei nº. 9.605/98, e o impacto critério de consideração na defesa do meio ambiente, conforme artigo 170 da Constituição da República, pode ser inferido como a alteração do meio ambiente, causada por atividade desenvolvida dentro dos limites legais.

¹ LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed., São Paulo, SP: Malheiros, 2001, p. 586.

Segundo Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza²

A distinção entre as noções de impacto e dano ambiental é fundamental para a construção dos parâmetros e limites configuradores do dano ambiental. O limiar entre esses conceitos é composto por uma tênue linha - limite denominada pela dogmática jurídica princípio do limite de tolerabilidade. Decorre da constatação de que, para o sistema jurídico-ambiental, nem toda alteração (impacto) provocada no meio ambiente e em seus elementos causará, necessariamente, um dano ambiental.

Esta posição difere da esposada por Alvaro Luiz Valery Mirra³, que reconhece a distinção entre dano ambiental e impacto, unicamente para afirmar que o impacto configuraria uma '*significativa degradação ambiental*', ou seja, impacto não seria qualquer degradação do meio ambiente, mas uma degradação '*significativa*', um dano ambiental '*qualificado*' por uma maior gravidade, em termos de intensidade ou extensão.

Ambos os autores, no entanto, entendem que mesmo a atividade desenvolvida conforme os padrões ambientais vigentes pode ser considerada danosa ao meio ambiente, se comprovado, *in casu*, que houve ultrapassagem do limite de tolerabilidade do que o meio ambiente é capaz de absorver.

Respeitada esta opinião, se o impacto é tolerado pelo sistema jurídico, nos termos dos dispositivos legais já expressos, e a poluição criminalizada, sujeitar à responsabilidade objetiva tanto aquele que gera impacto quanto aquele que causa poluição, culmina por conferir tratamento equivalente a quem respeita e a quem não respeita o ordenamento jurídico.

Aquele que desenvolve atividade licenciada e regulada pelo Poder Público, que autoriza a implantação de empreendimentos conhecidamente causadores de impacto ambiental, não deve responder na mesma medida que quem realiza atividade caracterizada como poluidora. Por esta simples lógica, resta prejudicada a aplicação da Teoria do Risco Integral.

No intuito de refutar ou confirmar estas hipóteses, serão analisados os fundamentos que servem para amparar a responsabilidade objetiva e a aplicação da

² DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa49af1072b367b0>.

³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2 ed., São Paulo, SP: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 95.

Teoria do Risco Integral no Direito Brasileiro. Serão também observadas as lições da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores na seara ambiental, visando o aprofundamento de tais considerações.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A análise jurídica do tema em apreço requer, evidentemente, a apreciação das normas que, em tese, fundamentam a imputação de responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental.

Partindo da norma fundamental, o artigo 225, da Constituição da República, em seu *caput*, assegura a todos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida.

Em seu parágrafo primeiro, atribui ao Poder Público assegurar a efetividade de tal direito, por meio de instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental, que condiciona a exploração de atividade causadora de significativa degradação ambiental, e o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos ou substâncias que comportem risco para o meio ambiente.

Como se observa, não há vedação constitucional ao exercício de atividade causadora de significativa degradação ambiental, se desenvolvida conforme os critérios estabelecidos pelo Poder Público. Desde que atenda tais critérios, a atividade, ainda que causadora de significativa degradação ambiental, não se qualifica como poluidora, nem é contrária o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nestes termos, a norma que confere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado assume eficácia contida, que, conforme classificação de José Afonso da Silva⁴, é aquela na qual, ao regular a matéria, o constituinte deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela

⁴ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1982, p. 89-91.

enunciados.

Nas palavras de Maria Helena Diniz⁵, equivalem a normas com eficácia relativa restringível

de aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer; têm, portanto, seu alcance reduzido pela atividade legislativa. São preceitos constitucionais que receberam do constituinte normatividade capaz de reger os interesses, mas contêm, em seu bojo, a prescrição de meios normativos ou de conceitos que restringem a produção de seus efeitos. São normas passíveis de restrição.

Na medida em que instituído por meio de norma de eficácia contida, ou relativa restringível, conforme a classificação, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que fundamental, não é irrestrito. Cumpre ao legislador definir seus termos, assegurando sua harmonização com os demais valores jurídicos, por meio da regulamentação dos processos produtivos.

De todo modo, a materialização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontraria naturalmente limites nos demais direitos e princípios fundamentais, em especial os pertinentes à Ordem Econômica, pois a despeito da coerência do ordenamento jurídico, o direito é necessariamente contraditório e conflituoso, senão em seu texto, quando de sua interpretação e aplicação.

A colisão de princípios e o conflito de regras se manifesta quando duas normas, utilizadas independentemente, trazem resultados inconciliáveis uma com a outra, ou seja, conduzem à concretização de dois juízos normativos que se contradizem (DERANI, 2008)⁶.

No que toca à proteção do meio ambiente, a ambiguidade das normas jurídicas decorre do fato de existirem como um compromisso entre o desenvolvimento das atividades econômicas que se utilizam de recursos ambientais e a sua preservação⁷.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed., São Paulo, SP: Saraiva, 1992, p. 103.

⁶ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed., São Paulo, SP: Saraiva, 2008, p.11.

⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2002, p. 175.

Sobre o conflito aparente de valores de cunho constitucional, explicita Alexandre de Moraes⁸

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a envolver-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se este conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao *intérprete*.

Sandra Akemi Shimada Kishi⁹ defende que, face ao conflito de valores constitucionais,

o reconhecimento do caráter humanitário fundamental do direito à sadia qualidade de vida leva à prevalência da norma que mais favoreça o direito fundamental ao meio ambiente em caso de eventual colisão entre regras e princípios de tratados ou convenções internacionais relativo ao meio ambiente e normas de direito interno relativas ao tema, como corolário da própria natureza jurídica de direitos humanos.

Essa não é, contudo, uma verdade absoluta, pois o direito à sadia qualidade de vida não condiz exclusivamente com a sanidade do meio ambiente. Tangencia questões substanciais pertinentes à dignidade da pessoa humana, como moradia, trabalho, e alimentação, entre outros aspectos que só podem ser concretizados conforme o sistema produtivo adotado, por meio do desenvolvimento econômico.

A necessidade de suprir tais necessidades orienta o crescimento econômico, de modo que a conservação de recursos naturais somente se justifica à medida que permite a expansão da atividade econômica. Em outras palavras, a qualidade de vida almejada pelo Direito Ambiental, atinente ao bem-estar físico e espiritual, deve coincidir com aquela proposta na finalidade do direito econômico, que condiz com o adequado nível de vida material¹⁰.

⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed., São Paulo, SP: Atlas, 2007, p. 09.

⁹ KISHI, Sandra Akemi Shimada Kishi. Proteção da biodiversidade: um direito humano fundamental *in* **Desafios do Direito ambiental no Século XXI, estudos em homenagem a Paulo Affonso Ieme Machado**. Organizadores Sandra Akemi Shimada Kishi, Solange Teles da Silva e Inês Virgínia Prado Soares. São Paulo, SP: Malheiros, 2005, p. 709-727.

¹⁰ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p. 59.

Esta situação assume ainda maior relância em um país em desenvolvimento, como afirmado por Consuelo Yatsuda Moromizaro Yoshida¹¹,

em face da realidade brasileira, não podemos estabelecer, para toda e qualquer situação, a ideia de que o meio ambiente natural é uma prioridade absoluta. Basta atentarmos para os objetivos do Estado Brasileiro. Somos um país reconhecidamente pobre, buscamos a erradicação da pobreza e da marginalização, e, para tanto, são fundamentais o desenvolvimento econômico-social nacional e a redução das desigualdades regionais e sociais, também objetivos da Federação Brasileira (CF, art. 3º).

Ao dar continuidade à regulação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o § 3º do artigo 225 da Carta Federativa estabelece que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Não se observa em tal dispositivo qualquer menção à responsabilidade objetiva. Contudo, a ausência desta referência não deve ser interpretada como mera omissão, vez que há alusão expressa a este tipo de responsabilidade na alínea 'd', do inciso XXIII, do artigo 21 da Carta Constitucional, que trata dos danos nucleares:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

(...)

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Neste aspecto, a regra de hermenêutica estabelece que as exceções devem ser sempre expressas¹², e que todas as normas constitucionais desempenham função útil no ordenamento, sendo vedada interpretação que lhe

¹¹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizaro. A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do judiciário *in* **Desafios do Direito ambiental no Século XXI, estudos em homenagem a Paulo Affonso Ieme Machado**. Organizadores Sandra Akemi Shimada Kihii, Solange Teles da Silva e Inês Virgínia Prado Soares. São Paulo, SP: Malheiros, 2005, p. 426-454.

¹² MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Disponível em http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf, consultado em 10/2015, p. 29.

suprima ou diminua a finalidade¹³.

Deste modo, se na alínea d, do inciso XXIII, do artigo 21 da Constituição da República, há menção expressa à responsabilidade sem culpa, e no artigo 225, § 3º não há referência à responsabilidade objetiva, não se pode considerar que o regime jurídico nas duas hipóteses é o mesmo, e que a diferença de redação se deve a mero acaso.

Deve-se reconhecer a abordagem diferenciada conferida pelo legislador originário à responsabilidade ambiental e à responsabilidade por danos nucleares, não obstante ambas as normas versem sobre o mesmo bem jurídico, qual seja, o meio ambiente.

Esta distinção encontra respaldo no artigo 170, *caput*, inciso VI, da Carta Constitucional, que, ao tratar da Ordem Econômica do Estado Brasileiro, estabelece que a defesa do meio ambiente deve conferir tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Sob este enfoque, a diferença de tratamento decorre não só dos sujeitos passivos das responsabilidades ambiental e nuclear, que neste caso se limita à União, mas no elevado grau de risco de impacto envolvido na exploração nuclear em relação a outras atividades produtivas.

Emerge, daí, um importante critério considerado pelo legislador constitucional: o risco. Sobre a questão, Joaquim José Gomes Canotilho, ao analisar o desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico português, observa que o Estado Democrático de Direito se orienta pelo princípio do risco proporcional, razão pela qual

o Direito Constitucional acompanha o esforço da doutrina no sentido de se alicerçar a determinação jurídica dos *valores limite do risco* ambientalmente danoso através da exigência da proteção do direito ao ambiente segundo o *estádio mais avançado da ciência e da técnica*.

Para o autor, a noção de risco se pautaria pelo princípio da obrigatoriedade da precaução, bem como pelo “princípio da proteção dinâmica do direito ao ambiente (*e de todos os direitos fundamentais*) segundo o *estádio*,

¹³ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 2007.

*evolução e progresso dos conhecimentos da técnica de segurança*¹⁴.

Sob a ótica de proteção do meio ambiente de Canotilho (2007, p. 09)¹⁵, só seriam aceitáveis os riscos de agressão ao meio ambiente que não pudessem ser previstos segundo os critérios de segurança probabilística então conhecidos.

Quando os riscos de agressão ao meio ambiente são aceitáveis segundo os critérios de segurança probabilística conhecidos, o Princípio da Precaução não se apresenta como um óbice, pois sua real esfera de atuação se circunscreve às situações em que há dúvida ou incerteza científica.

Neste sentido, o Princípio da Precaução se concretiza no sistema jurídico brasileiro por meio do Licenciamento Ambiental, no qual o Poder Público procede ao juízo de valor sobre a razão de existir da atividade, autorizando ou não seu funcionamento contrapondo seu impacto ambiental à sua contribuição para o desenvolvimento social.

Manifesta-se ainda pela regulamentação de padrões ambientais, que visam assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do citado inciso V, do § 1º, do artigo 225 da Carta Constitucional.

Ao assim concretizar o Princípio da Precaução, o Poder Público manifesta, dentro de sua competência, uma decisão política, que deve ser levada à execução pela Administração e pelos particulares. Negar isto é negar a tensão política refletida no próprio Direito Ambiental.

Como reconhece Derani¹⁶

A legislação ambiental confronta-se basicamente com uma dupla tarefa: por um lado ela deve apresentar um arcabouço legislativo para uma luta eficiente contra a imensa variedade de problemas ambientais (viabilização da proteção ambiental). Por outro lado, ela precisa também trabalhar para uma coordenação entre interesses concorrentes e conflitantes, inclusive reescrevendo os conceitos que se encontram nos mais diversos ramos do direito (por exemplo, desenvolvimento econômico, alto nível de emprego, desenvolvimento tecnológico, expansão de áreas agrícolas). E sempre compreendendo e ampliando, como já acima exposto, os conceitos de bem-estar e qualidade de vida.

¹⁴ CANOTILHO, 2007, p. 09).

¹⁵ CANOTILHO, J. J. G. & MORATO LEITE, J. R. *Ob cit*, p. 09.

¹⁶ DERANI, 2008, p. 65.

As normas de proteção ao meio ambiente partem do conflito de interesses para poder estabelecer uma adequação dos interesses de poluidores e dos atingidos pela poluição ambiental, visando alcançar, dentro das atividades humanas, um equilíbrio ambiental (Umweltschutzausgleich).

A prática do Direito é, portanto, uma prática política, e sob este aspecto, a opção política ou a estratégia de proteção ambiental¹⁷ que orienta a ordem constitucional brasileira, é a de não vedação da exploração de atividade capaz de causar significativa degradação ambiental, mas sujeitá-la à avaliação da proporcionalidade de seu risco, segundo o estado da arte da ciência e da técnica.

Ao assim proceder e ao não impor ao empreendedor a responsabilidade objetiva, a Constituição da República harmoniza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com os Princípios da Livre Iniciativa e do Desenvolvimento Sustentável, fundamento e objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito, porquanto instrumentos da realização da Dignidade da Pessoa Humana, previstos em seus artigos 1º, inciso IV, 3º, inciso II, e 170.

Tal ocorre na medida em que o empreendedor, ao atuar em conformidade com os parâmetros ambientais, não só exerce sua liberdade individual, mas contribui de modo relevante para o desenvolvimento social.

Desempenha assim importante papel na ordem econômica, que impôs um sistema de desenvolvimento sustentado composto pela observação não só de aspectos ambientais, mas também econômicos e sociais.

Nesta linha, *“direito econômico e ambiental não só se interceptam, como comportam, essencialmente, as mesmas preocupações, quais sejam: buscar a melhoria de bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo”*¹⁸.

¹⁷ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p. 65.

¹⁸ DERANI, _____. *Ob cit*, p. 57-58.

2.2 A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

No arcabouço jurídico brasileiro, a Lei nº. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, precedeu a Constituição da República, pela qual foi recepcionada.

É ela que determina, em seu artigo 14, *caput* e § 1º, que “o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores” a sanções, sendo “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”.

Não obstante estabeleça de modo cristalino a responsabilidade objetiva por dano ambiental, a norma transcrita não contempla expressamente a Teoria do Risco Integral. Contém, por outra via, referência expressa ao poluidor como sujeito da responsabilidade civil ambiental.

Extrai-se do inciso IV, do artigo 3º da própria Lei nº. 6.938/81 o conceito legal de poluidor: “*pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*”.

O inciso III do mesmo dispositivo assim define 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.

Ao contrário do que se esperaria, os conceitos de poluição e poluidor são sutilmente diferentes, de modo que poluidor não é aquele que causa poluição, mas que gera degradação ambiental, definida como “*alteração adversa das características do meio ambiente*”, pelo inciso II do mesmo artigo 3º, da Lei nº. 6.938/81.

Esta incoerência conceitual favorece a disseminação da confusão entre as expressões poluição e impacto, comumente utilizadas como sinônimas por quem ignora a evidência de que toda atividade humana produz alteração no meio ambiente.

Como assevera Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza¹⁹, a dissociação destas noções é necessária para a construção dos parâmetros e limites configuradores do comportamento realmente lesivo ao meio ambiente e que, por isso, merece responsabilização. Em sua opinião, o tênue limiar entre o impacto e o dano se encontra no denominado “limite de tolerabilidade”.

No conceito legal de poluição, a oração “lançamento de matéria ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos” indica haver este limite de tolerabilidade para os reflexos que a atividade produtiva é capaz de causar ao meio ambiente. Isto reforça a ideia de que nem toda degradação configura poluição, e que nem todo empreendedor deve ser considerado poluidor.

Paulo de Bessa Antunes²⁰ também reconhece a incidência do que denomina Princípio do Limite, que, em suas palavras, constitui objetivo e instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, afirmando a importância dos padrões e limites como os elementos diferenciadores daquilo que é do que não é poluição.

Nesta esteira, a poluição corresponderia a uma transgressão a determinada ordem, a ultrapassagem de um padrão estabelecido como normal para determinada atividade. Juridicamente considerada, seria a afronta aos limites jurídicos definidos normativamente.

Para o autor, para que ocorra poluição é necessária alteração das condições ambientais em nível tal que altere a ordem ambiental vigente. Esta ordem é composta por inúmeros elementos, dentre os quais os padrões ambientais expressos quantitativa e qualitativamente.

Ademais, seu causador não incide em dano ambiental, que corresponderia à poluição que, ultrapassando os limites do desprezível, causa

¹⁹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa49af1072b367b0>, consultado em 27/10/2015.

²⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual.** Rio de Janeiro, RJ: Lumen Iuris, 2002, p. 184.

alteração adversa do meio ambiente, como consequência de um ato ilícito²¹.

Alvaro Luiz Valery Mirra²² também identifica na poluição um ato ilícito, correspondente a um abuso de direito, conforme expõe:

a poluição, por exemplo, seja do ar, seja de um curso d'água, caracteriza desvio de finalidade ou abuso na utilização de elementos corpóreos do meio ambiente e de bens ambientais, pois conduz a verdadeira apropriação individual pelo poluidor do meio ambiente como bem incorpóreo e de bens ambientais coletivos (como o ecossistema aquático ou os elementos da atmosfera, já que o desequilíbrio ecológico provocado pela atividade poluidora impede a fruição por parte da coletividade de adequadas condições ambientais, indispensáveis à sadia qualidade de vida.

Nesta esteira, a poluição se configuraria como um abuso do direito de fruição do meio ambiente, consistindo na apropriação privada de um bem indisponível e de uso comum. Pela via inversa, não pode ser considerada poluição a disposição dos bens ambientais conforme a regulamentação expedida pelo Poder Público para proteção do meio ambiente, situação na qual o impacto ao meio ambiente decorre do regular exercício de direito.

Isto resta claro quando se depreende que, por exclusão, o inciso III, do artigo 3º, da Lei nº. 6.938/81 não considera poluição e admite a alteração da qualidade ambiental que: não prejudique a segurança, a saúde e o bem-estar; não crie condições adversas às atividades econômicas e sociais; não afete a biota, nem as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; não lance matéria ou energia em desacordo com padrões ambientais estabelecidos, como bem salientado por Paulo de Bessa Antunes²³.

Distingue-se, assim, o poluidor, que causa dano ambiental por promover as condutas discriminadas no artigo 3º, da Lei nº. 6.938/81, do empreendedor que exerce atividade de forma regular, gozando de licença ambiental e observando os padrões ambientais vigentes, ainda que sua atividade acarrete alterações adversas ao meio ambiente.

Ato contínuo, interpretando-se os artigos 3º e 14, § 1º, da Lei nº. 6.938/81, à luz do inciso IV, do § 1º, do artigo 225 da Constituição da República, conclui-se

²¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ob cit*, p. 181.

²² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ob cit*, 2004.

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ob cit*, p. 180.

que a responsabilidade civil objetiva deve recair sobre aquele que causa poluição, e não sobre quem realiza atividade que, a despeito de promover alteração adversa das características do meio ambiente, desenvolve-se conforme critérios cientificamente aceitos como toleráveis pela saúde humana e pelo meio ambiente, assim definidos pelo Poder Público.

Por conseguinte, a aplicação sistemática das referidas normas exclui a responsabilidade civil objetiva daquele que cumpre as medidas necessárias à preservação ambiental e promove a correção das alterações adversas que causa ao meio ambiente, e que, por isso, não se qualifica como poluidor.

Tal espécie de responsabilidade deve recair somente sobre aquele que causa poluição, compreendida por Fábio Dutra Lucarelli²⁴ como a *“transposição daquele limite máximo de absorção de agressões que possuem os seres humanos e os elementos naturais”*.

Excluídas tais situações, não se qualifica o agente como poluidor, afastando-se a responsabilidade objetiva pelas consequências normais, previsíveis e legalmente autorizadas que sua atividade normalmente causa ao meio ambiente.

Esta é a lógica que parece informar a aplicação da responsabilidade objetiva prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, apesar da ampla maioria da doutrina e da jurisprudência nacional extrair do disposto no artigo 14 da Lei nº. 6.938/81, justificativa para adoção da Teoria do Risco Integral.

Tal se faz à luz de uma aplicação unificada do Princípio do Poluidor-pagador que, visando impor ao empreendedor os custos de diminuir, evitar e reparar danos ambientais, ignora que estes custos são transferidos para o preço de seu produto. Isto importa sobrecarga do mercado, prejudicial à justa distribuição de riquezas, na medida em que quem acaba arcando com tal custo é o consumidor.

Em vista desta óptica, Derani²⁵ expõe que as leis que dispõem sobre a internalização dos custos ambientais devem alcançar o limite em que não sobrecarreguem demasiadamente os custos de produção, resultando numa elevação de preços impossível de ser absorvida.

²⁴ LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade Civil por Dano Ecológico** in Revista dos Tribunais, v. 700, ano 83, fev. 1994, p. 10.

²⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p. 144.

Disto concluir que, concretamente, nem todas as externalidades negativas podem ser internalizadas pelo produtor, sob pena de, levando-se o Princípio do Poluidor-pagador às últimas consequências, paralisar a dinâmica do mercado.

Nesta esteira, mais do que justificar a aplicação da Teoria do Risco Integral para responsabilização objetiva por danos ambientais, o que pode implicar em uma lógica inversa à pretensão de internalização dos custos de produção, a aplicação do Princípio do Poluidor-pagador deve induzir à dialética entre o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente.

2.3 A POLÍTICA DO CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Conforme aludido, a materialização no ordenamento jurídico brasileiro de regras de controle ambiental, é expressão concreta do Princípio da Prevenção, e consiste em instrumento de garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do inciso V, do § 3º, do artigo 225, da Constituição da República.

A fixação de padrões ambientais encontra ainda respaldo na alínea 'e', do inciso III, do artigo 3º, da Lei n. 6.938/81, e coroa a gestão dos riscos ambientais pelo Poder Público, a quem se atribuiu o dever de controlar e avaliar o desenvolvimento de atividades capazes de comprometer a integridade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁶.

Sua definição compete ao Conselho Nacional do Meio Ambiente, órgão colegiado consultivo e deliberativo, cuja formação, composta por representantes de órgãos federais, estaduais e municipais, do setor empresarial e da sociedade civil, assegura que a fixação dos padrões ambientais ocorra de forma legítima e democrática, mediante amplo debate pela sociedade.

Instituídos por meio de regulamentos técnicos que estabelecem condutas, abstenções e compensações, os padrões ambientais têm o intuito de afastar ou minorar os riscos e impactos que podem decorrer da atividade humana, constituindo limites aceitos como toleráveis pelo meio ambiente e pela saúde pública, por incapazes de lhes causar dano.

Paulo de Bessa Antunes²⁷ ressalva que *“os padrões legais e regulamentares não são estabelecidos de forma aleatória ou mesmo com ‘base científica’, eles representam uma escolha social”*.

E segue: *“os padrões e limites para a permissão de poluir são definidos solcialemente e tomam por base critérios que possuem natureza política, econômica,*

²⁶ FERREIRA, Helene Silvini in CANOTILHO, Joaquim José Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, p. 249.

²⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Iuris, 2002, p. 186.

social, contribuindo, sem dúvida, para a sua definição, a informação científica disponível que, no entanto, não é decisiva”.

Ilustra a forma como os padrões ambientais são definidos o que define a Resolução CONAMA n. 03/90, que, ao fixar os níveis de qualidade do ar, elege dois critérios de tolerância: concentrações que causam mínimo efeito adverso para a população e o meio ambiente, e concentrações que, ultrapassadas, representam risco à saúde humana²⁸.

Maria Claudia Maria Silva Antunes de Souza²⁹ identifica no limite da tolerabilidade um dos princípios norteadores da Teoria da Sustentabilidade, pois é através dele que o Poder Público fornece os limites máximos de operação das atividades e empreendimentos sem que estes causem ou possam causar perigo ao ambiente e a saúde humana.

O modo como se estrutura o arcabouço normativo, revela a política pública de gestão ambiental adotada no país, que se realiza pela ponderação entre a proteção do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento econômico, resultando na tolerância de certos riscos e impactos ao meio ambiente, almejando a instituição de um modelo de desenvolvimento sustentável.

Consequência da política de gestão ambiental eleita de forma legítima e democrática, é a necessidade de seus riscos, assim como benefícios, serem repartidos por toda a sociedade. Neste contexto, descabe impor responsabilidade individual, integral e objetiva àquele que, conferindo função social à propriedade, desenvolve atividade econômica como aval do Poder Público, observando os padrões ambientais vigentes.

Isto porque tais padrões consistem em critérios técnicos que devem pautar o desenvolvimento da atividade produtiva, pois determinados pela autoridade

²⁸ Art. 2º Para os efeitos desta Resolução ficam estabelecidos os seguintes conceitos:

I - **Padrões Primários de Qualidade do Ar** são as concentrações de poluentes que, **ultrapassadas, poderão** afetar a saúde da população.

II - **Padrões Secundários de Qualidade do Ar** são as concentrações de poluentes abaixo das quais se prevê o **mínimo** efeito adverso sobre o bem-estar da população, assim como o mínimo dano à fauna, à flora, aos materiais e ao meio ambiente em geral;

²⁹ CARVALHO, Délton Winter de. Direito ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2008, *apud* DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva

competente em função de concepções científicas sobre limites de alterações adversas que podem ser naturalmente absorvidas, sem resultar em dano ao meio ambiente ou à saúde humana.

Mesmo as atividades assim desenvolvidas são capazes de interferir na dinâmica do meio ambiente, porém, evidencia-se inadequado conferir tratamento equivalente ao dano e aos reflexos da atividade produtiva autorizados pelo Poder Público, por meio de instrumentos democráticos de gestão ambiental. Faz-se, portanto, premente distinguir tais situações.

Na legislação, o conceito de dano se encontra no já citado artigo 3º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, enquanto a definição de impacto pode ser extraída do artigo 1º, da Resolução CONAMA nº 01/1986, que estabelece as situações nas quais o licenciamento dependerá de elaboração de estudo prévio de impacto ambiental, conforme artigo 225, § 1º, inciso IV da Constituição da República.

Art. 1º. Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza³⁰, referida resolução deixa evidente que qualquer atividade implica impacto ambiental, mas nem todo impacto configurará dano passível de reparação. Para a autora, a configuração do dano exige aferição do limite de tolerabilidade do meio, ou seja, é preciso verificar se o meio tem condições de absorver o impacto.

Apesar de não esposar da mesma posição no que toca à noção de dano e impacto, Mirra não refuta a aplicação do chamado Princípio do Limite de Tolerabilidade, o qual, em suas próprias palavras, significa “o reconhecimento de

Antunes. **Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa49af1072b367b0>, consultado em 27/10/2015.

³⁰ CARVALHO, Délton Winter de. Direito ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2008, *apud* DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa49af1072b367b0>, consultado em 27/10/2015.

*que nem todo atentado ou agressão ao meio ambiente e seus elementos causa necessariamente um prejuízo à qualidade ambiental*³¹.

A respeito da aplicabilidade de tal princípio, o autor³² se manifesta

De fato, somos obrigados a reconhecer que nossa civilização chegou a um tal ponto na sua evolução que o homem intervém incessantemente no meio ambiente, não se mostrando viável conceber o retorno ao antigo e romântico ideal de ecólogos e ecologistas de sacralização da natureza. A própria consagração da tese do denominado 'desenvolvimento sustentável', na Conferência das Nações Unidas sobre Meio ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 – em que se estabeleceu a orientação política para os diversos países de comprometerem-se com a conservação da natureza e dos seus recursos, sem o abandono, porém, da visão antropocêntrica da gestão dos ecossistemas e do meio ambiente como um todo no interesse do desenvolvimento dos povos e das populações humanas -, parece afastar qualquer proposta radical de absoluta não intervenção.

Mirra, no entanto, não reconhece os padrões ambientais como critérios de aplicação do Princípio do Limite de Tolerabilidade, alegando que devem ser considerados meramente indicativos de que tais concentrações não causarão prejuízos à saúde pública e ao meio ambiente.

Defende o autor, que a superação do limite de tolerabilidade, a partir do qual se caracterize o dano ambiental deve ser estabelecido com base na exata capacidade de resiliência do meio ambiente, avaliada no caso concreto, restando, portanto, relegada ao Judiciário sua integral aplicação³³.

Com o devido respeito, evidencia-se que esta posição nega a presunção de veracidade e legitimidade de que gozam os atos administrativos, além de colocar em xeque a idoneidade política e técnica do órgão regulador. Desta forma, fragiliza a própria credibilidade das instituições, negando indiretamente a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

³¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ob cit*, 2004.

³² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ob cit.*, p. 95.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E TEORIA DO RISCO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL

De acordo com o parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, a imputação da responsabilidade civil requer a presença de três elementos: conduta, nexo de causalidade e dano.

A despeito do Princípio da Culpabilidade constituir a regra para aplicação da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, o dispositivo legal mencionado estabelece duas situações nas quais o elemento subjetivo culpa é dispensado: nos casos especificados em lei, e quando a atividade normalmente desenvolvida implicar risco, por sua natureza.

Evidencia-se que a responsabilidade civil objetiva ambiental seguiu na esteira da primeira situação colacionada, tendo sido estabelecida por expressa previsão legal, constante do artigo 14, da Lei nº. 6.938/81. Por exclusão, restaria rechaçado o critério natureza da atividade como fundamento, afastando a aplicação da Teoria do Risco, como defendem a doutrina e a jurisprudência dominante.

Contudo, ainda que aplicável, por abarcar conceito jurídico indeterminado, a Teoria do Risco Integral amplia sobremaneira os poderes do magistrado, como afirmam Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho³⁴.

Por esta razão, o artigo 927 do Código Civil sofreu severas críticas³⁵, tendo Silvio de Salvo Venosa³⁶ declarado que *“transfere para a jurisprudência a*

³³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ob cit*, p. 107-110.

³⁴ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 6 ed. rev. e atual., São Paulo, SP: Saraiva, 2008, p. 138.

³⁵ Como salienta GAGLIANO, a eventual insegurança nas relações jurídicas em razão da indeterminação do conceito torna-se mais evidente frente ao parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Tal dispositivo estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano, podendo, todavia, ser reduzida pelo Juiz, quando considerar excessiva desproporção entre o dano e a gravidade da culpa. Ao assim dispor, a norma remete ao conceito de culpa, alheio à responsabilidade objetiva (GAGLIANO, 2008, p. 140).

³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo, SP: Atlas, 2003, v.3, p. 15.

conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa”.

Não obstante, ainda que aplicável a Teoria do Risco, não se extrai dos dispositivos legais apreciados sua consagração em seu viés Integral, cuja aplicação decorre de construção jurisprudencial. Da mesma forma, não se afere do arcabouço legal escusa da necessidade de prova de conduta danosa para responsabilização civil, como defendem doutrina e parte da jurisprudência pátria.

Para fins de responsabilização, a conduta é representada como a ação humana voluntária, dirigida de forma consciente para alcançar um resultado, porque reconhecida como hábil para tal fim. Neste conceito não se enquadra a exploração de atividade econômica desenvolvida atendendo os padrões ambientais vigentes.

Isto porque em tal situação, o agente não goza da consciência necessária sobre a habilidade de sua ação para promover o resultado danoso, pois aquele que age conforme a lei, não antecipa ser capaz de, assim procedendo, causar um injusto a alguém.

Não sendo possível conhecer a potencialidade de dano, falta ao agente a consciência necessária para qualificar sua conduta como voluntária, necessária para sua responsabilização civil.

Apesar de parte da doutrina defender a desnecessidade de previsibilidade do resultado para responsabilização na esfera civil, alegando que este elemento se circunscreveria à seara criminal, convém ressaltar que

as teorias objetivas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente”, sendo “de ressaltar que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber influência da Escola Positiva Penal (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p. 15)³⁷.

Retomando, então, as origens da Teoria do Risco, verifica-se que aquele que exerce atividade previamente avaliada e autorizada pelo Poder Público, atendendo aos limites estabelecidos pelos padrões ambientais vigentes, limita-se a por em prática seu direito à livre iniciativa, sem ter consciência de que com isto

³⁷ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 6 ed. rev. e atual., São Paulo/SP: Saraiva, 2008, p. 15.

prejudica o meio ambiente.

Isto porque lhe falta consciência sobre a potencialidade de geração do resultado danoso, que constitui elemento essencial da conduta, não é possível responsabilizar aquele que pauta sua atuação pelos limites da lei.

Assim, afirmam Gagliano e Pamplona Filho³⁸ que *“a responsabilização deverá ser objetiva pelos danos causados nesta atividade, se o evento danoso era potencialmente esperado, em função da probabilidade estatística de sua ocorrência”*.

E, neste ponto, pertinente o resgate do conceito de poluição, e da noção de que se configuraria como um abuso do direito de fruição do meio ambiente, por consistir na apropriação privada de um bem indisponível e de uso comum.

Quanto a isto, vale dizer que, de acordo com a jurisprudência, a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico, o que, no que toca à esfera ambiental, é suficiente para justificar a responsabilidade objetiva, sem necessidade de aplicação da Teoria do Risco³⁹.

Noutro vértice, ainda que a responsabilidade civil ambiental prescindida da comprovação de culpa, não há dispensa da prova de que a conduta se qualifica como poluidora, por fugir aos padrões ambientais aplicáveis, a teor do artigo 14 da Lei. 6.938/81. A poluição consiste, portanto, no dano, enquanto elemento essencial da responsabilidade civil.

Neste aspecto, a distinção entre os conceitos de poluição e impacto ambiental já foi salientada, cabendo ressaltar que poluição é somente a degradação da qualidade ambiental decorrente de atividade que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população; crie condições adversas às atividades sociais e econômicas; afete desfavoravelmente a biota, as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; ou lança matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais vigentes, conforme conceito constante do inciso III, do artigo 3, da Lei n. 6.938/81.

³⁸ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. *Ob cit*, p. 140.

³⁹ Conforme enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

3.2 A TEORIA DO RISCO INTEGRAL NO BRASIL

No Brasil, a doutrina da responsabilidade civil objetiva desenvolveu-se a partir de estudos sobre a responsabilização civil do Estado. Nesta trilha, partiu das teorias subjetivistas, que demandam prova de culpa, para as teorias objetivistas, adotando inicialmente a Teoria do Risco Administrativo, para alcançar a Teoria do Risco Integral⁴⁰.

Sobre a Teoria do Risco no Direito Administrativo

É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 325)⁴¹.

Dentro das ramificações da Teoria do Risco, encontra-se a Teoria do Risco Integral, sobre a qual Gagliano e Pamplona Filho⁴² expõe

leva a idéia de responsabilização às mais altas elucubrações. De fato, a sua aplicação levaria a reconhecer a responsabilização civil em qualquer situação, desde que presentes os três elementos essenciais, desprezando-se quaisquer excludentes de responsabilidade, assumindo a Administração Pública, assim, todo o risco de dano proveniente da sua atuação. Trata-se de situação extrema, que não deve ser aceita, em regra, ela imensa possibilidade de ocorrência de desvios e abusos".

⁴⁰ Cumpre destacar que há ainda autores, como Saulo Casali Bahia, citado por Gagliano (p. 194), que apontam a Teoria do Risco Social como evolução das teses que fundamentam a responsabilidade civil objetiva do Estado. Seu advento é, na opinião de Gagliano, mais anunciado do que concreto, razão pela qual não vamos nos ater a ela.

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2008, p. 325.

Talvez por esta razão, defendam os doutrinadores que o artigo 37, § 6º, da Constituição da República, que consigna a responsabilidade civil do Estado, abarca a Teoria do Risco Administrativo e não a do Risco Integral, ressaltando a possibilidade de aplicação concomitante de mais de uma teoria, a depender do caso concreto⁴³.

A Teoria do Risco Integral se aplicaria no âmbito do Direito Administrativo na medida em que o Estado é concebido como garantidor da normalidade social, tendo, por isso, o dever de atender às legítimas expectativas da sociedade.

Sob este aspecto, sua aplicação na esfera do Direito Ambiental dissona de sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, porquanto nas relações reguladas por este as partes se encontrem em posições de evidente desequilíbrio, por gozar o Poder Público goza de prerrogativas não conferidas aos administrados.

A despeito desta justificativa, a aplicação da Teoria do Risco Integral no Direito Administrativo pátrio já restou afastada pela doutrina e jurisprudência, que conclui pela adoção da Teoria do Risco Administrativo pelo ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴.

Para justificar a aplicação da Teoria do Risco Integral na esfera do Direito Ambiental, Annelise Monteiro Steigleder, Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado⁴⁵ pretendem conferir ao empreendedor, por equiparação, o papel de garante da incolumidade ambiental:

Enquanto que na responsabilidade civil subjetiva a imputação do dano irá ligar-se à idéia de previsibilidade, na responsabilidade objetiva, o requisito da previsibilidade não existe, sendo que o critério de imputação do dano ao agente se amplia, quase aproximando-se de um enfoque puramente material, de tal modo que, com a prova de que a ação ou omissão foi a causa do dano, a imputação é quase automática. O ordenamento supõe que todo aquele que se entrega a atividades gravadas com

⁴² GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 6 ed. rev. e atual., São Paulo/SP: Saraiva, 2008, p. 193.

⁴³ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. *ob cit.*, p. 195-197.

⁴⁴ Sobre a questão, ilustrativas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 78569/PR, de 15/09/1981, e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 234.010-2/RJ, de 25/06/2002, que respectivamente refutaram a adoção da Teoria do Risco Integral da Administração Pública, face às Constituições de 1967 e 1988, respectivamente.

⁴⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro; MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Doutrinas essenciais de direito ambiental: responsabilidade em matéria ambiental**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011, ps. 43-48.

responsabilidade objetiva deve fazer um juízo de previsão pelo simples fato de dedicar-se a elas, aceitando com isso as consequências danosas que lhe são inerentes.

O explorador da atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela. Não se investiga ação, conduta do poluidor/predador, pois o risco a ela substitui-se.

Esta linha de raciocínio foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão ilustrativa do tema, sobre a qual se discorrerá oportunamente, apesar de não encontrar respaldo no ordenamento jurídico.

A figura do garante, importada do Direito Penal, é representada por aquele que, pela ordem normativa, é obrigado a impedir um resultado danoso. No âmbito do Direito Penal, para que alguém seja alçado à condição de garante é preciso que goze de poder de agir, que o resultado danoso seja concretamente evitável e que haja dever de impedir o resultado.

O dever de impedir o resultado surge quando há obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, quando de outra forma o agente assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou quando criou o risco de sua ocorrência⁴⁶.

De fato, nesta última hipótese parece se enquadrar o poluidor, que responde pelo dano causado ao meio ambiente por ter criado o risco da ocorrência. Todavia, o reconhecimento desta posição, não justifica, *ipso facto*, a adoção da Teoria do Risco Integral, e o afastamento de quaisquer espécies de excludentes, para sua responsabilização civil.

Ademais, a adoção da Teoria do Risco Integral no Direito Ambiental e sua rejeição no Direito Administrativo, cria uma situação de antinomia no ordenamento, na medida em que é cediça entre a doutrina e a jurisprudência a responsabilidade solidária entre o poluidor direto e o indireto.

Quando se assume que não só a poluição sujeita à responsabilidade objetiva, admite-se, via de consequência, a responsabilização solidária do Estado,

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1: Parte Geral**. Edição 17ª. São Paulo, SP: Saraiva, 2012, p. 345/351.

como causador indireto do dano, por autorizar o funcionamento da atividade degradadora.

Nesta situação, tratando-se de dano ambiental, e portanto, de hipótese de aplicação da Teoria do Risco Integral, o Estado arcaria com o dano, sem possibilidade de se eximir da responsabilidade por ato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Estaria, portanto, sujeito à Teoria do Risco Integral, apesar de constitucionalmente justificada a adoção da Teoria do Risco Administrativo no desenvolvimento de suas atividades, e responderia de forma mais severa por danos de terceiros, do que por danos consumados no desenvolvimento de seu próprio papel institucional.

Sobre a responsabilização indiscriminada do Estado, de modo solidário, na seara ambiental, manifesta-se Mirra⁴⁷

A objeção que tem sido levantada, aqui, é a de que acionar indiscriminadamente o Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, significaria, no final das contas, transferir à própria vítima última da degradação – a sociedade – a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes, quando, na verdade, a regra deve ser a da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitando-se, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por particulares – pessoas físicas ou jurídicas – que podem ser determinados.

O autor, no entanto, não reconhece a expansão do mesmo problema à esfera privada, que ocorre ao se alçar o empreendedor à condição de garante universal. Quando se obriga o empreendedor a assumir o risco de ser responsabilizado, de forma objetiva e integral, pelo mero desenvolvimento da atividade produtiva, a sociedade também arca com um o custo social.

Tal ocorre pela mitigação das externalidades positivas da atividade econômica, ou seja, com a diminuição na geração de empregos, mitigação da

⁴⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A noção de poluidor na Lei nº. 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares *in* **Aspectos processuais do direito ambiental. Organizadores José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas.** 2 ed., Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2004, p. 07.

receita tributária, e incremento de preço, pois, como assevera Derani⁴⁸, “a produção é social e o consumo, embora individualizado, tem uma implicação social”.

E, nas palavras de Paulo de Bessa Antunes⁴⁹, “a poluição deve ser encarada como mais um dos diversos produtos da vida em sociedade e que, indiscutivelmente, desempenha um papel social”.

Esta situação não deve ser ignorada, mas aquilatada na avaliação dos custos sociais de adoção da responsabilidade objetiva e da Teoria do Risco Integral como instrumentos de proteção do meio ambiente. Sua consideração representa, em última análise, manifestação do Princípio da Cooperação, que orienta para a composição das forças sociais⁵⁰.

Para afastar a responsabilização indiscriminada do Estado, sustenta-se que somente nos casos de culpa grave, ou seja, de omissão injustificável, o Poder Público responderia solidariamente pelo dano ambiental praticado por terceiro. Tal vai de encontro não só à Teoria do Risco Integral, mas da própria responsabilidade objetiva.

É o que salienta Mirra⁵¹, ao asseverar que “tal orientação, de exigir culpa grave da Administração nesses casos, se aceitável sob o ponto de vista político, parece contrariar frontalmente o disposto nos referidos arts. 3º, inciso IV, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81”. Frente a isto, propõe o autor uma diferenciação entre os casos em que o Poder Público emite licenças ilegais ou indevidas, e nos que se omite quanto ao exercício do poder de polícia.

Por outro vértice, o reconhecimento do empreendedor como garante do meio ambiente parece se coadunar perfeitamente com a aplicação da Teoria do Risco Criado, que, segundo Caio Mário da Silva Pereira⁵², sujeita à reparação do

⁴⁸ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p. 128.

⁴⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Iuris, 2002, p. 187.

⁵⁰ DERANI, Cristiane. *Ob cit*, p. 141.

⁵¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A noção de poluidor na Lei nº. 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares *in Aspectos processuais do direito ambiental. Organizadores José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas*. 2 ed., Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2004, p. 08.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2001, p.280.

dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do fato danoso implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A adoção desta Teoria, todavia, exige a realização de atividade de risco, para que o empreendedor assuma a condição de garantidor do meio ambiente. É esta, portanto, a conduta que deve ser comprovada, para sua responsabilização civil, salvo ficção no sentido de que toda atividade empresarial é considerada de risco, o que não parece correto.

Ademais, para assumir voluntariamente a condição de garantidor da preservação ambiental, o empreendedor deve ser capaz de antecipar que sua atividade é considerada de risco, o que se torna difícil por se tratar de um conceito indeterminado, cuja aplicação demanda integração. Para esta finalidade, a jurisprudência elegeu como critério o potencial risco da conduta⁵³.

Canotilho⁵⁴ distingue diferentes espécies de risco, dentre os quais o concreto ou potencial, que consiste naquele visível e previsível pelo conhecimento humano, e o risco abstrato, invisível e imprevisível pelo conhecimento humano. Nesta esteira, um evento só é considerado danoso, quando o agente cria um **risco relevante**, assim entendido como aquele desaprovado pela ordem jurídica.

Sob esta óptica, aquele que exerce atividade previamente avaliada e licenciada pelo Poder Público, e a desenvolve dentro dos padrões ambientais vigentes, definidos pelo órgão técnico competente, não assume risco concreto ou potencial, mas abstrato, imprevisível pelo conhecimento humano no estado da técnica.

E a criação do risco pela atividade produtiva é aceita pelo ordenamento jurídico, que impõe a obrigação de indenizar somente se este risco se consuma em dano⁵⁵. No sistema jurídico brasileiro, o desenvolvimento de atividade produtiva dentro dos limites legais, que restringem o impacto ao ambiental e humanamente tolerável, não é considerado danoso.

⁵³ TESSLER, Marga Inge Barth. **Teoria Geral da Responsabilidade Ambiental**. Texto-base para a participação no 1º Congresso de Direito Ambiental da Magistratura do Mercosul, em Paraty, RJ, dia 04.06.2007, promovido pelo Conselho da Justiça Federal.

⁵⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, p. 133.

⁵⁵ Nas lições de Tessler, o risco atribuído à conduta não pode ser confundido com o dano em si, que corresponde à sua efetiva consumação. TESSLER. *Ob cit.*

E nem poderia ser diferente, sem prejuízo aos Princípios da Livre Iniciativa e do Desenvolvimento Sustentável, e sob pena de se equiparar o comportamento jurídico ao antijurídico. E é no intuito de se evitar essa antinomia que padrões ambientais de tolerabilidade são estabelecidos pelo Poder Público.

Só se imputa um resultado a uma conduta quando o agente houver, com tal conduta, criado, aumentado ou não diminuído um risco proibido, gerando dano que escapa à sua atividade comum. Ressalvada esta situação, resta excluído o nexo de causalidade e não a conduta, à margem, portanto, das críticas dos que alegam que a conduta não constitui elemento necessário à aplicação da responsabilidade objetiva.

Suporta este raciocínio a Teoria da Imputação Objetiva, extraída do Direito Penal, a partir do qual se desenvolveu a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva. De acordo com ela, o autor *“só pode ser responsabilizado penalmente por um fato (leia-se: a um sujeito só pode ser imputado o fato), se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico decorreu deste risco”*⁵⁶.

Na opinião de Gagliano e Pamplona Filho⁵⁷, tal teoria também se aplicaria ao Direito Civil, de modo a somente autorizar a responsabilização objetiva daquele que acresce ou cria risco que foge ao normal da atividade autorizada, em relação aos padrões fixados pelo órgão competente.

Resumindo as regras básicas de aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, afirmam tais doutrinadores: *“se o ‘risco criado’ é permitido, tolerado, ou insignificante, não haverá imputação objetiva, e, por conseguinte, atribuição causal de resultado”*⁵⁸.

Esta noção de risco excepcional se evidencia no Direito Ambiental Brasileiro, ao garantir-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado não de modo integral, mas a partir do estabelecimento de padrões ambientais, em limites cientificamente aceitos como incapazes de gerar dano.

⁵⁶ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 6 ed. rev. e atual., São Paulo/SP: Saraiva, 2008, p. 97.

⁵⁷ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. *Ob cit*, p. 98.

⁵⁸ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 6 ed. rev. e atual., São Paulo/SP: Saraiva, 2008, p. 98.

Em vista disto, defendem Gagliano e Pamplona Filho⁵⁹ que “a responsabilização deverá ser objetiva pelos danos causados nessa atividade, se o evento danoso era potencialmente esperado, em função da probabilidade estatística de sua ocorrência” (grifado).

Observa-se que a posição esposada pelos autores vai ao encontro do conceito de garante, de quem se exige a assunção voluntária do dever de proteção do bem jurídico tutelado, o que se extrai do Direito Penal para aplicação por comparação ao Direito Civil, a fim de justificar a adoção da Teoria do Risco Criado.

E, de acordo com esta linha de raciocínio, a responsabilização objetiva do empreendedor que exerce atividade de risco deve ocorrer quando o dano decorrer do desenvolvimento anormal de sua atividade, vez que a atividade normalmente desenvolvida, ainda que de risco, é autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁹ GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. *Ob cit.*, p. 140.

3.3 A SOCIEDADE DE RISCO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Conforme aduz Agripa Faria Alexandre⁶⁰, ao refletir sobre o pensamento de Giddens, *“a produção e distribuição de riquezas materiais significa a produção e distribuição dessas mesmas riquezas materiais com os riscos correspondentes embutidos”*.

Sobre Ulrich Beck, um dos grandes estudiosos do conceito de risco vinculado aos impactos sociais sobre o meio ambiente na teoria social contemporânea, aduz Agripa Faria Alexandre⁶¹

Para Beck a realidade social hoje parece não mais exprimir-se através de uma clara divisão de classes, cujas relações e conflitos explicitamente manifestavam-se tendo em vista a distribuição da riqueza. Um elemento novo, muitas vezes imperceptível e implacável, criado pelo avanço científico sem limites, parece se impor como norteador das condutas sociais: o risco. Na atualidade, as necessidades imediatas para serem satisfeitas necessitam competir com o conhecimento do risco. A lógica da competição das mercadorias carrega consigo a lógica da competição de um conhecimento prévio sobre o risco. Num exemplo banal: o melhor carro não é mais o mais caro, mais econômico ou luxuoso, mas o mais seguro também. Noutro sentido ainda: parece que a preocupação econômica fundamental em lidar com a escassez e substituída pela preocupação social em lidar com o risco. Dentro da certeza da escassez de recursos de um trabalhador que investe suas economias em determinado negócio, em incorporada urna reflexão referente a questão de conhecer qual risco social, ambiental e individual ele pode correr. Assim, na modernidade avançada, para Beck, o debate sociológico em tomo da relação entre distribuição da riqueza e produção (e reprodução) de desigualdades de classe não têm como prescindir do debate em tomo da distribuição do risco. Dessa forma, a preocupação com as desigualdades sociais complexifica-se: mais do que redistribuição das riquezas materiais, outra preocupação surge no debate sociológico, qual seja saber como prevenir, minimizar, dramatizar e canalizar a distribuição do risco.

Das reflexões de Giddens e Beck, emerge um questionamento sobre a validade da responsabilidade civil ampla que domina a esfera ambiental em razão da difusão da conscientização do risco, em vista dos demais valores perseguidos pela

⁶⁰ ALEXANDRE, Agripa Faria. **A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck**. Geosul, Florianópolis, SC, v.15, jul/dez. 2000, disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/14312>, p. 156.

sociedade.

A Teoria do Risco tem o condão de promover a repartição social do custo da reparação do meio ambiente e daquele que foi prejudicado pelos atos necessários à consecução do bem comum, representado pelo desenvolvimento da atividade produtiva.

A utilização imponderada de sua vertente Integral perde de vista que a atividade produtiva constitui um recurso social, que gera riqueza necessária à consecução da dignidade da pessoa humana, considerada como meta do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Ao assim se proceder, a lógica da Teoria se subverte, podendo gerar um círculo vicioso no qual a sociedade paga, com a mitigação dos valores gerados pelo empreendedorismo, pelo dano ao meio ambiente que ela mesma suportou.

Édis Milaré⁶² afirma que a responsabilidade civil objetiva se funda num princípio de equidade, que pronuncia que: *“aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Assumem o agente, destarte, todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, à prática inadmissível da socialização do prejuízo e privatização do lucro”*.

Trata-se, contudo, de uma grande ilusão tratar de forma maniqueísta o lucro e o prejuízo: na sociedade contemporânea, de risco globalizada, tanto o prejuízo quanto o lucro da atividade produtiva devem ser necessariamente socializados, do que emerge a necessidade de rever os padrões de responsabilidade.

A busca pelo desenvolvimento sustentável passa necessariamente pelo equilíbrio entre a proteção ao meio ambiente e os valores gerados pela empresa, necessários à realização da Dignidade da Pessoa Humana.

Até porque, como lembra Consuelo Yatsuda Moromizaro Yoshida⁶³

⁶¹ ALEXANDRE, Agripa Faria. *Ob cit*, p. 162.

⁶² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 2ª edição, São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001, p. 338-339.

⁶³ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizaro. A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do judiciário *in* **Desafios do Direito ambiental no Século XXI, estudos em homenagem a Paulo Affonso Ieme Machado**. Organizadores Sandra Akemi Shimada Kihl, Solange Teles da Silva e Inês Virgínia Prado Soares. São Paulo, SP: Malheiros, 2005, p. 426-454.

Não basta admitirmos a *sustentabilidade do ponto de vista ecológico*, segundo a qual não se pode ultrapassar a capacidade de carga dos ecossistemas naturais, a fim de que as presentes e futuras gerações possam dele usufruir. Temos que aceitar e discutir também a *sustentabilidade social*, quer na sua concepção mais atenuada, quer na mais extremada, abrangendo a análise da *pobreza* como causadora social que, direta e indiretamente, enseja a degradação ambiental.

E na tentativa de se encontrar esse equilíbrio, a descontextualização do Princípio da Precaução, utilizado também como fundamento para a aplicação da Teoria do Risco Integral, não representa verdadeiramente um avanço.

Conforme expõe Henrique Lopes Dornellas⁶⁴,

A problemática acerca da aplicação do princípio da precaução ocorre quando no seu entendimento “na dúvida não ultrapasse”, ele é utilizado de forma estrita: “Só ultrapasse se não tiver dúvidas”, ou “Só aprove uma nova tecnologia se não houver nenhum risco”. Nesta forma de interpretação do princípio há a necessidade de uma certeza absoluta, e, como certeza absoluta só existe na matemática pura, fica impossível qualquer decisão, pois sempre existirão dúvidas que precisam ser sanadas, novos estudos a serem feitos etc.

A utilização do Princípio na gestão democrática dos riscos ambientais, todavia, pode ser de extrema valia, como assevera o próprio Dornellas

Buscando um desenvolvimento sustentado, em compatibilidade com o progresso científico e tecnológico, a filosofia da precaução apresenta um duplo objetivo: a minimização e gestão dos riscos, bem como a aceitação da inovação. Desta forma, a lógica precaucionista é inserida num contexto geral de gestão dos riscos, como também na condição de aceitação social dos riscos, cabendo à coletividade distinguir as tecnologias que devem ser desenvolvidas e aquelas que devam ser vetadas. Neste aspecto, a filosofia da precaução prescinde de uma democracia ambiental sólida, transparente e baseada na informação, permitindo a construção pelos atores políticos e sociais um novo pacto social, baseado na gestão dos riscos e incertezas de viver em uma sociedade cada vez mais complexa: pois, conforme Ulrich Beck, diante da análise das sociedades contemporâneas, pode-se afirmar que a produção social das riquezas é sistematicamente acompanhada de uma produção social de riscos.

Baseado na filosofia da precaução, o paradigma precaucionário apresenta-se sob a forma de uma ação preventiva antecipada em razão da incerteza, tornando necessário que todos os riscos sejam apreciados, no processo de

⁶⁴ DORNELAS, Henrique Lopes. **Sociedade de risco e o princípio da precaução: conceito, finalidade e a questão de sua imperatividade**, Revista UNIABEU Belford Roxo V.4 Número 6 Jan. – Abr. 2011, p. 113/114.

tomada de decisão. Trata-se de um modelo de gestão da incerteza que inspira a política ambiental, atingindo os campos de políticas públicas relacionadas à saúde e ao consumo.

No atual estágio da sociedade, a democratização da gestão do risco deve ser um reflexo da difusão de seu reconhecimento. Na estrutura assumida pelo Estado Democrático de Direito, a gestão do risco ambiental é assumida pelo Poder Público, que concretiza o Princípio da Precaução por meio da prescrição de um arcabouço normativo, elegendo o nível de risco tolerado pela sociedade.

4. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO

A aplicação das normas, em especial da Constituição, demanda interpretação por parte da doutrina e da jurisprudência, e nesta esteira

já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social (BONAVIDES, 1994, p. 435)⁶⁵.

Em pesquisa sobre a aplicação da Teoria do Risco na jurisprudência brasileira, identificam-se decisões esparsas e pouco elucidativas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se pode afirmar que a aplicação da Teoria do Risco Integral é uniforme. É possível identificar decisões afastando expressamente a adoção desta Teoria pela Constituição da República de 1988.

Neste sentido, cite-se o julgamento proferido em 25/06/2002, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 234.010-2/RJ, de relatoria do Ministro Carlos Velozo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CF., ART. 37, § 6º.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima.

II – No caso, o acórdão recorrido, com base na prova, que não se examina em sede de recurso extraordinário, conclui pela culpa exclusiva da vítima.

III – Agravo não provido.

Em seu voto, o Ministro relator assim manifestou: *“a decisão é de ser mantida, porque assentada na jurisprudência desta Casa. Na verdade, tanto a*

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Malheiros, 1994.

*Constituição pretérita, quanto a Constituição de 1988, não adotaram a teoria do risco integral*⁶⁶.

O fato da matéria versada no julgado não ser ambiental, não prejudica a conclusão sobre a não adoção da Teoria do Risco Integral pela Constituição Pátria, não só pela taxatividade e generalidade da afirmação, mas por ter a Teoria do Risco, em sua vertente mais extremada, nascido no bojo do Direito Administrativo.

Nesta esteira, ainda que os valores jurídicos tutelados pelo Direito Ambiental e pelo Direito Administrativo sejam diferentes, há que se lembrar que a defesa da aplicação da Teoria do Risco Integral nesse ramo do Direito visava garantir um contrapeso à defesa do cidadão, em relação à supremacia do Poder Público.

Na seara ambiental, cabe ainda registrar interessante julgado, recentemente proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no qual a ordem econômica foi privilegiada, por meio da manutenção de empregos e do desenvolvimento social, conferindo-se plena eficácia ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável, da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. COMPROVAÇÃO DE RISCO DE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE RISCO DE DANO AO MEIO AMBIENTE NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A decisão objeto da suspensão resultou na dispensa de 1.200 empregados da parte interessada, que representava 12% da população economicamente ativa do Município de Itacaré.

II – As razões do agravante não foram capazes de convelir os fundamentos da decisão agravada, inexistindo prova de qualquer risco de dano ao meio ambiente na forma como fora proferida a decisão que determinou a continuidade das obras e a realização do EIA/RIMA.

III – Agravo regimental a que se nega provimento⁶⁷.

Como consignado no voto do Relator, a decisão foi fundamentada nos seguintes termos:

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 234.010-2/RJ, 2ª Turma, Relator do Ministro Carlos Velozo, julgado em 25/06/2002.

⁶⁷ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Ssuspensão de Liminar 159/BA, Tribunal Pleno, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, julgamento em 24/09/2015, DJe 05/10/2015.

O fundamento da pretensão do agravante assenta-se no conflito de dois preceitos constitucionalmente assegurados, quais sejam, o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Inexiste nos autos qualquer comprovação de dano ao meio ambiente.

Esclareço: existem elementos nos autos que comprovam a efetiva fiscalização por órgãos tanto no nível estadual quanto federal.

Ocorre que a pretensão do Parquet afronta o sistema legal, gerando verdadeira insegurança jurídica, visto que a previsão constitucional, contida no art. 225, § 1º, IV, determina que deve ser exigido, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental.

Exatamente nesse ponto que entendo que deve ser mantido o deferimento da contracautela.

O empreendimento objeto da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal conta com uma área de 49,9 hectares, cujo território construído é inferior a 6 hectares.

A norma que regulamentava, à época, a exigência do EIA/RIMA era o art. 2º, XV, da Resolução CONAMA 001/86, a qual obrigava o prévio estudo de impacto ambiental nos projetos urbanísticos acima de 100 hectares.

Transcrevo:

“Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do

IBAMA e1n caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

(...)

XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;”.

Ademais, há que se destacar que o empreendimento não contemplava a supressão de vegetação da Mata Atlântica, tendo-se observado o art. 225, § 1º, da Carta Magna e o art. 1º do Decreto 750/1993,

bem como houve o prévio licenciamento ambiental do projeto.

Entendo que o deferimento da suspensão logrou êxito na mitigação do conflito existente entre a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico.

O que se verifica nos autos é a concreta lesão à ordem econômica e ao desenvolvimento sustentável, uma vez que houve o devido acompanhamento do projeto e do licenciamento ambiental nos moldes exigidos pelas leis em vigência, ao passo que a decisão proferida no agravo de instrumento culminou com a dispensa dos funcionários do empreendimento, totalizando 1.200 rescisões de contrato de trabalho, em um município cuja população, à época, era de 18.000 habitantes, dos quais 10.000 correspondiam à população economicamente ativa.

Ressalto, ainda, que existe notícia nos autos de que foi decretada a falência da empresa HARMATTAN Ltda. (fl. 507).

A mitigação desses conflitos necessita da razoabilidade imprescindível a evitar que a defesa de um dos direitos culmine no esvaziamento do outro, o que teria se evitado caso as obras não tivessem sido paralisadas e o EIA/RIMA fosse realizado, conforme decisão proferida pela Presidência da Suprema Corte.

Exatamente por essas razões é que voto pela manutenção da decisão agravada

A decisão reconheceu que o cumprimento da lei vigente à época da instalação do empreendimento, e o atendimento das demandas da fiscalização do órgão ambiental, seriam suficientes para afastar qualquer presunção de dano, e que, nesta situação, afastada a aplicação do Princípio da Precaução, devem prevalecer os princípios da ordem econômica.

Assim, o julgado é ilustrativo por reconhecer que a ausência de prova de dano determina o afastamento do Princípio da Precaução, e por garantir o respeito à lei, ainda que esta admita a consumação de algum impacto ambiental, o que não foi presumido como poluição, nos termos da lei, para todos os fins.

Com isto, e como bem reconhecido no julgado, a realização do desenvolvimento sustentável ocorreu pela aplicação do Princípio da Razoabilidade, a fim de evitar que a proteção de um valor jurídico culmine no completo esvaziamento de outro.

A posição do Superior Tribunal de Justiça, contudo, não se encontra condizente com esta técnica. No que toca à aplicação da Teoria do Risco Integral, a primeira menção constou de julgado proferido em 2003, com o seguinte teor:

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 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 improvido⁶⁸.

Em que pese a decisão tenha se tornado paradigmática para julgamentos posteriores, a aplicação da Teoria do Risco Integral não mereceu nenhuma digressão no voto de julgamento.

O mesmo ocorreu no julgamento do Recurso Repetitivo n. 1.114.398/PR, no bojo do qual a tese da inaplicabilidade das excludentes de responsabilidade foi firmada:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR

⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 442586/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento 26/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 196.

DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA.
3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.

2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio "N-T Norma", a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspenda a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa ad causam.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.

3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem⁶⁹.

A inaplicabilidade dos excludentes de culpabilidade, como a culpa exclusiva de terceiro e da vítima, e a ocorrência de caso fortuito ou força maior, é típica da Teoria do Risco Integral. Sua aplicação, como visto, não decorre das normas contidas no artigo 225, § 3º, da Constituição da República, e no artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, como referido no julgado, e constantemente repisado pela doutrina e jurisprudência.

Sob o tema, a decisão mais elucidativa identificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça constou do julgamento do Recurso Especial n. 1373788/SP, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL PRIVADO. RESÍDUO INDUSTRIAL. QUEIMADURAS EM ADOLESCENTE. REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS.

1 - Demanda indenizatória movida por jovem que sofreu graves queimaduras nas pernas ao manter contato com resíduo industrial depositado em área rural.

2 - A responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 10º, da Lei n. 6.938/81.

3 - A colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil.

4 - Irrelevância da eventual culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

5 - Quantum indenizatório arbitrado com razoabilidade pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.

6 - Alteração do termo inicial da correção monetária (Súmula 362/STJ).

7 - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO⁷⁰.

Do voto lavrado pelo Relator do julgamento, consta um aprofundado estudo sobre as origens históricas da responsabilidade civil objetiva e da Teoria do Risco, na qual se fundamenta. Seu conteúdo, de extrema pertinência, não pode deixar de ser exaltado:

Como a liberdade de iniciativa capitalista, necessária ao progresso econômico, continha uma grande dose de risco inerente à própria atividade, o titular do empreendimento, que objetivava o seu lucro pessoal, deveria responder pelo risco de sua atividade (*ubi emolumentum, ibi ônus*).

Desse modo, a responsabilidade civil, em alguns casos determinados, passou a ser considerada objetiva, conferindo-se maior importância ao dano

⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.114.398/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Sidnei Benetti, julgamento 0802/2012, DJe 16/02/2012.

⁷⁰ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1373788/SP, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento 06/05/2014, DJe 2005/2014.

sofrido pela vítima, como fator de desequilíbrio social, e dispensando-se a presença de culpa no fato gerador da obrigação de indenizar.

A responsabilidade objetiva fundamenta-se, assim, na noção de risco social, que está implícito em determinadas atividades, como a indústria, os meios de transporte de massa, as fontes de energia.

Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se objetivamente a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade independente de culpa.

No Brasil, ao longo do século XX, embora a regra do sistema comum de responsabilidade civil no Código Civil de 1916 fosse a responsabilidade subjetiva calcada no princípio da culpa, conforme previsto pelo seu artigo 159, diversas leis especiais passaram, expressamente, a estabelecer casos de responsabilidade objetiva para determinados setores da atividade econômica (ferrovias, meio ambiente, consumidor).

(...)

O Código Civil de 2002 foi além dessa orientação, pois, embora mantendo a responsabilidade civil subjetiva, em seu art. 186, estatuiu, em seu parágrafo único do art. 927, a inovadora cláusula geral de risco, consagrando de forma ampla a responsabilidade objetiva.

Na prática, não há diferença significativa entre essas modalidades da teoria do risco, pois o agente pode tentar afastar a sua responsabilidade civil mediante a comprovação de alguma causa de rompimento do nexos causal, como a culpa exclusiva da vítima, o fato exclusivo de terceiro e a força maior.

A modalidade que apresenta peculiaridades mais marcantes é exatamente a teoria do risco integral, que interessa neste momento.

Constitui uma modalidade extremada da teoria do risco em que o nexos causal é fortalecido de modo a não ser rompido pelo implemento das causas que normalmente o abalariam (v.g. culpa da vítima; fato de terceiro, força maior).

Essa modalidade é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (CF, art. 21, XXIII, letra "c" e Lei 6453/77).

O mesmo ocorre como o dano ambiental (CF/88, art. 225, caput e § 3º, e Lei 6938/81, art. 14, § 1º), em face da crescente preocupação com o meio ambiente.

Note-se que, apesar de toda digressão histórica, filosófica e dogmática a respeito da responsabilidade objetiva e da Teoria do Risco, não se logrou identificar um limiar jurídico entre o arcabouço normativo e a adoção da Teoria do Risco

Integral, cuja aplicação se justificou face à “*crescente preocupação com o meio ambiente*”.

Resta nisto evidenciada a motivação ideológica da aplicação da Teoria do Risco Integral pelo Judiciário pátrio, não obstante suas decisões repute ao ordenamento jurídico sua adoção.

O papel da ideologia na aplicação do Direito pelo Judiciário, é reconhecido por Consuelo Yatsuda Moromizaro Yoshida⁷¹, que explicita

De fato, a formação do convencimento começa, em geral, com a intuição. Posteriormente é que o juiz busca a necessária fundamentação no sistema jurídico vigente, conduz o processo probatório e valora as provas segundo o critério do ônus da prova e sua eventual inversão. Não se trata, portanto, de direito alternativo.

(...)

Se assim pe, inegável o papel da *ideologia* no processo de convencimento judicial, notadamente quando se trata de implementar a justiça social – de que é exemplo a justiça ambiental, voltada para a proteção da parte vulnerável da relação litigiosa. Ideologia e justiça social andam lado a lado. O juiz deve ser imparcial, mas *em sua atividade decisória influenciam os valores que estão agregados à sua formação educacional, sócio-cultural*, entre outras. A visão de mundo que ele tem influencia na hora do julgamento.

O que a aplicação ideológica do Direito Ambiental perde de vista, porém, é que assim como a regulamentação ambiental da atividade produtiva pelo Poder Público representa uma opção de política ambiental,

conjunto de práticas e valores, que, a partir, de uma constatação de escassez (social) de recursos naturais, é traduzido como uma opção para a realização de um desenvolvimento sustentável, reflete, na verdade, uma opção por determinado modo de vida social, e não uma subordinação, na contracorrente da herança iluminista, às dádivas da natureza (DERANI, 2008, p.114)⁷².

Nesta esteira, e por não caber ao Judiciário a eleição desta política de desenvolvimento e proteção ambiental, o engajamento ecológico e a proteção do meio ambiente como premissa de julgamento só são admissíveis como ideologia judiciária se não implicarem subversão da ordem normativa, para justificar decisões

⁷¹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizaro. A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do judiciário *in* **Desafios do Direito ambiental no Século XXI, estudos em homenagem a Paulo Affonso Ieme Machado**. Organizadores Sandra Akemi Shimada Kih, Solange Teles da Silva e Inês Virgínia Prado Soares. São Paulo, SP: Malheiros, 2005, p. 426-454.

⁷² DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p. 114.

despidas de fundamento ou proferidas por simples desconhecimento técnico sobre os processos ecológicos e a atividade produtiva.

Com frequência se identifica a utilização do Princípio da Precaução e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como saída à insegurança do magistrado quanto a aspectos técnicos envolvidos nos processos judiciais de cunho ambiental.

Frente a isto, e no que toca à aplicação ideológica do Direito Ambiental, pertinente conclusão alcançada por Bonavides⁷³, no sentido de que *"o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à "concretude" da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração"*.

⁷³ BONAVIDES, *ob cit*, p. 437.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, restou evidenciada a necessidade de identificar na Constituição da República os fundamentos do Direito Ambiental, à luz não só do desenvolvimento ambiental, mas das dimensões sociais e econômicas.

Evitou-se, assim, proceder à inversão da hierarquia das normas, prestando obediência à norma ordinária, e buscando na Carta Constitucional mera confirmação de sua aplicação. Intentou-se ainda evitar quivocado silogismo, alcançando conclusões prejudiciais aos objetivos constitucionais fundamentais.

Procedeu-se a esta análise à luz do papel da ordem normativa no desenvolvimento da civilização moderna, afastando-se a fantasia de promoção de um ideal coletivo de justiça, e de desenvolvimento de potencialidades individuais, e reconhecendo sua função de organizar e manter a ordem social, pela manutenção das atividades que caracterizam essa sociedade⁷⁴.

Atendendo esta metodologia, restou claro que o caminho para o desenvolvimento sustentável foi brilhantemente traçado na Constituição da República do Brasil, que conferiu os instrumentos necessários para promoção do equilíbrio entre a livre iniciativa, a Dignidade da Pessoa Humana e a preservação do meio ambiente.

Este equilíbrio é profusamente identificado com o ideal de Desenvolvimento Sustentável, que nas palavras de Jean-Jacques Gouquet, “*tornou-se a referência incontornável, o modelo universal a ser implementado para permitir o alcance simultâneo dos objetivos econômicos (o crescimento), sociais (a erradicação da pobreza) e ecológicos (o respeito do meio ambiente)*”⁷⁵.

⁷⁴ DERANI, Cristiane. *Ob cit*, p. 05.

⁷⁵ GOUGUET, Jean-Jacques. A erradicação da pobreza no mundo: do mito à realidade *in* **Desafios do Direito ambiental no Século XXI, estudos em homenagem a Paulo Affonso Ieme Machado**. Organizadores Sandra Akemi Shimada Kihi, Solange Teles da Silva e Inês Virgínia Prado Soares. São Paulo, SP: Malheiros, 2005, p. 165-179.

Sob este aspecto, observou-se que a Constituição da República assume caráter integrador da ordem econômica com a ordem ambiental⁷⁶, e que o sistema jurídico trilha o caminho para o alcance do Desenvolvimento Sustentável.

Contudo, em sua aplicação, bem como na aplicação das demais normas ambientais brasileiras, a doutrina e, em especial, a jurisprudência assumem posições que não compactuam com a ordem jurídica ambiental estabelecida, e que, maculadas de ideologia, conferem-lhe uma rigidez que não detém.

Tal se faz possível na medida em que o Direito Ambiental e a Ordem Econômica são prolíficos em princípios e direitos fundamentais, cujo conteúdo jurídico indeterminado lhes confere uma plasticidade permeável a ideologias.

No que toca somente à responsabilidade objetiva, tal ocorre por meio da aplicação irrefletida da Teoria do Risco Integral, que alça o empreendedor à condição de garante de todo o meio ambiente, sujeito a responder indefinidamente pela realização de atividade legalmente desenvolvida e fomentada pelo Poder Público.

Esta situação, incoerente e alheia à segurança jurídica, e que não encontra respaldo na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, confronta a lógica do sistema, que garante o direito ao meio ambiente equilibrado sem deixar de tolerar atividades de impacto ao meio ambiente, desde que desenvolvidas dentro dos parâmetros legais.

Neste contexto, entende-se que a aplicação da responsabilidade objetiva se limita àquele que se qualifica como poluidor, nos termos da lei, pois conferir tratamento equivalente a quem polui àquele que desenvolve atividade licenciada, sem extrapolar os padrões ambientais vigentes, culmina por igualar a conduta jurídica à antijurídica, criando irracionalidade dentro do sistema jurídico.

Esta distinção evita que a ampla adoção da Teoria do Risco Integral pelos Tribunais Pátrios prejudique o desenvolvimento sustentável priorizado pelo constituinte, permitindo ao empreendedor assumir conscientemente o risco envolvido em sua atividade ou realocar o investimento em outra atividade econômica.

⁷⁶ DERANI, Cristiane. *Ob cit.*

E por concluir que não há possibilidade de integral internalização dos custos de produção, afasta-se o Princípio do Poluidor-pagador como fundamento de aplicação severa da responsabilidade ambiental, de modo objetivo e integral, ciente de que toda a sociedade suporta não só os danos, mas também os custos da proteção do meio ambiente.

Em verdade, encontra-se nisto conflito meramente aparente, vez que a proteção do meio ambiente não exclui o desenvolvimento social, e se os benefícios da atividade produtiva são divididos por toda a sociedade, não seria só maligno, mas ingênuo acreditar que seus custos podem ser suportados exclusivamente de modo privado.

Em situações de aparente conflito, como tal, a hermenêutica indica a necessidade de aquilatar os valores jurídicos envolvidos, a fim de harmonizá-los na tentativa de conferir aos princípios aparentemente antinômicos a aplicação mais ampla possível.

Conforme Canotilho⁷⁷, o que se discute, neste novo contexto, é a maneira pela qual podem ser distribuídos os malefícios que acompanham a produção de bens. Frente à autolimitação desse tipo de desenvolvimento, emerge a necessidade de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação e consequências do dano.

Evidencia-se, assim, como efeito da aplicação ideológica desinformada do Direito Ambiental em detrimento da demonização da Ordem Econômica “o isolamento dos fenômenos sociais é uma simplificação mental que, enquanto fragmentada, não possui qualquer identidade com a realidade”⁷⁸.

Porém, o mundo jurídico não se aparta da realidade, e os fatos informam a concretização da norma, de modo que deve-se reconhecer que a discussão ambiental é mais profícua em uma sociedade capaz de atender às necessidades básicas de alimentação, moradia, trabalho e saúde.

⁷⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

⁷⁸ DERANI, Cristiane. *Ob cit*, p. 43.

É por isso impossível dissociar as normas de fomento de práticas econômicas socialmente justas, porque voltadas a uma justa distribuição de riquezas, e as normas destinadas à proteção do meio ambiente⁷⁹.

No cerne desta complexa relação, permanece a crença de que não existe contradição insuperável entre meio ambiente e desenvolvimento, e que o exercício harmônico das funções desempenhadas pelo Estado, agentes econômicos, ciência e sociedade civil permitirá novos arranjos, alcançando as respostas necessárias aos problemas ambientais da modernidade.

⁷⁹ DERANI, Cristiane. *Ob cit*, p. 59.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck. **Geosul**, Florianópolis, SC, v.15, p. 150-167, jul/dez., 2000, disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/14312>.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Iuris, 2002.

BADEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed., São Paulo, SP: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. & MORATO LEITE, J. R. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2008.

DE SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa49af1072b367b0>.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3 ed., São Paulo, SP: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed., São Paulo, SP: Saraiva, 1992.

FERMINO, Laeti Tudisco. **Resenha de Capítulo de Livro: BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo, SP: Editora 34, 2011. Revista do Direito Público, Londrina, v.8, n.1, jan./abr.2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental em Evolução** - n. 5, Curitiba, PR: Juruá, 2008.

GAGLIANO, P. S. & PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 6 ed. rev. e atual., São Paulo, SP: Saraiva, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13 ed. rev. e atual., São Paulo, SP: Saraiva, 2008.

GOUGUET, Jean-Jacques. **A erradicação da pobreza no mundo: do mito à realidade** in Desafios do Direito ambiental no Século XXI, estudos em homenagem a Paulo Affonso Ieme Machado. Organizadores Sandra Akemi Shimada Kihl, Solange Teles da Silva e Inês Virgínia Prado Soares. São Paulo, SP: Malheiros, 2005, p. 165-179.

GRANZIERA, Maria Lucia Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo, SP: Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9. ed., rev. e atual., São Paulo, SP: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, SP: Saraiva, 2005.

KISHI, S. A. S., SILVA, S. T. & SOARES, I. V. P. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed., São Paulo, SP: Malheiros, 2001.

LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade Civil por Dano Ecológico**. In Revista dos Tribunais, v. 700, ano 83, fev. 1994.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. Rio de Janeiro, RJ: Aidê, 1992, p. 258. *Apud* GAGLIANO, p. 195.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. 2010, disponível em http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf.

MILARÉ, Édis. **Direito do Meio Ambiente**. 2ª edição, São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2 ed., São Paulo, SP: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, _____. A noção de poluidor na Lei nº. 6.938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares *in Aspectos processuais do direito ambiental*. Organizadores José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas. 2 ed., Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2004, p. 01-17.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed., São Paulo, SP: Atlas, 2007.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. 2 ed., São Paulo, SP: Atlas, 2006.

MORATO LEITE, J. R. & DANTAS, M. B. **Aspectos processuais do direito ambiental**. 2 ed., Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2004.

MUKAI, Toshio. **Aspectos jurídicos da proteção ambiental no Brasil**. Revista Justitia, São Paulo, SP, jul./set., 1984.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed., São Paulo, SP: Malheiros, 2007.

SILVA, _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1982, p. 89/91.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. v. 3, 3ª ed., São Paulo, SP: Atlas, 2003.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizaro. A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do judiciário. *In: **Desafios do Direito ambiental no Século XXI, estudos em homenagem a Paulo Affonso Ieme Machado***. Organizadores Sandra Akemi Shimada Kih, Solange Teles da Silva e Inês Virgínia Prado Soares. São Paulo, SP: Malheiros, 2005, p. 426-454.