

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

KAROLINE FERMIANO

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

CURITIBA

2020

KAROLINE FERMIANO

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

Artigo apresentado como requisito parcial à conclusão do curso de Direito Ambiental, Setor de Ciências Agrárias, Universidade Federal do Paraná.

Orientador(a)/Professor(a): Prof(a). Dr(a). Alexia Broto Cessetti.

CURITIBA

2020

A responsabilidade do Estado por omissão no exercício do Poder de Polícia Ambiental

Karoline Fermiano

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a responsabilidade civil do Estado por omissão no exercício do poder de polícia ambiental. Analisando as teorias acerca da natureza da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas e a caracterização do poder de polícia ambiental. A falta de ação estatal, por omissão na fiscalização, acarreta em dano ambiental a ser indenizado. Tendo em vista que o dever de agir, o qual é imposto ao Estado pela norma, não ocorreu por sua omissão, acarretando em dano à coletividade. Neste sentido, busca-se compreender a diretriz para a configuração da obrigação de indenizar os danos causados ao meio ambiente em razão da omissão na fiscalização.

Palavras-chave: poder de polícia. Responsabilidade civil. Omissão. Dano ambiental. Meio ambiente.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the State's civil liability for failure to exercise environmental police power. Analyzing theories about the nature of the State's civil liability for omission conduct and characterization of the environmental police power. The lack of state action, due to omission in inspection, causes environmental damage to be compensated. Bearing in mind that the duty to act, which is imposed on the State by the rule, did not occur due to its omission, causing damage to the community. In this sense, we seek to understand the guideline for configuring the obligation to indemnify the damages caused to the environment due to the omission in the inspection.

Keywords: police power. Civil responsibility. Omission. Environmental damage. Environment.

1 INTRODUÇÃO

Sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, a omissão que enseja danos ambientais merece importância considerando-se o destaque que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao direito ao meio ambiente.

No presente trabalho, serão analisados alguns aspectos relativos à responsabilidade civil do Estado por omissão no exercício do poder de polícia ambiental.

Contudo, antes de enfrentar a temática da responsabilidade estatal, é de rigor bem compreender o que constitui o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e qual o papel do poder público na tutela ambiental. Assim, o ponto de partida do presente estudo repousará na compreensão do fenômeno da constitucionalização de um direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, bem como na delimitação dos deveres estatais neste tocante.

Na sequência, impõe-se a definição do conceito de poder de polícia ambiental, enquanto instrumento de atuação do Poder Público na defesa do meio ambiente. Também serão tecidos apontamentos sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão e, finalmente, se abordará o tema da omissão estatal de índole extracontratual relacionada ao poder de polícia ambiental, com o fito de averiguar os pressupostos para a configuração da responsabilidade estatal.

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E O PAPEL DO PODER PÚBLICO

A Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 foi o marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental. Este documento vanguardista projetou no horizonte jurídico o ideal de um direito humano a viver em ambiente saudável e equilibrado, preconizando a qualidade do ambiente como imprescindível para a vida humana¹.

No âmbito no ordenamento jurídico nacional, a Constituição Federal consagrou em seu artigo 225, *caput*, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 49.

Anteriormente, outras Constituições já haviam feito referência a temas ambientais, mas nenhuma de forma detalhada e sistematizada como a de 1988² que além de ter dedicado capítulo específico – Capítulo VI, dentro do Título VIII que é voltado à Ordem Social – relacionou a proteção ecológica com outras tutelas constitucionais como o trabalho (art. 7º, XXII e 200, VIII), a ordem econômica e a livre iniciativa (art. 170, VI), a propriedade (art. 186, II), a cultura (art. 216, V) e a comunicação social (art. 220 §3, II), por exemplo.

Na visão de Édis Milaré, a Constituição Federal de 1988 apresenta um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. O constituinte preocupou-se em demonstrar que o Estado deve ser regido por princípios ecológicos.

Com efeito, a constitucionalização da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro está inserida na tendência mundial do segundo pós-guerra que levou às nações a preocuparem-se com a degradação ambiental resultante da evolução industrial e tecnológica, bem como do aumento da consciência humana em relação à natureza e à qualidade do ambiente em que vive³.

A ampliação da tutela constitucional do meio ambiente também decorre de influência do ordenamento internacional – onde afloraram as convenções e declarações ambientais – sobretudo por intermédio dos seguintes acordos: Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (1972), Protocolo de San Salvador (1988), Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), Protocolo de Quioto (1997), Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (2000).

Logo, a Constituição Federal elevou a tutela ambiental a nível de direito fundamental de aplicabilidade imediata.

A despeito das divergências existentes, a melhor doutrina sustenta que o direito ao meio ambiente equilibrado é direito fundamental de terceira geração, vez

² “A Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada “verde”, tal o destaque (em boa hora) que dá a proteção do meio ambiente. Contrariamente aos Textos anteriores, que somente cuidaram da matéria em disposições pontuais, foi ela agora contemplada dentro de uma concepção sistêmica, disciplinando o meio ambiente como princípio da Ordem Econômica (art. 170, VI)”. MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 170.

³ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. Volume único. 9º ed. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 1065.

que possui titularidade difusa e é concebido para a tutela da coletividade e não do homem individualmente considerado⁴.

O meio ambiente, ao mesmo tempo em que é transindividual, pertence a cada pessoa, por isso sua proteção jurídica insere-se na categoria de interesse difuso. A expressão “todos têm direito” que grava o *caput* do art. 225 estabelece um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, como forma de preservar a sadia qualidade de vida e a dignidade das pessoas.

Nesse sentido foram as palavras do Ministro Celso de Mello, colhidas do voto proferido no Mandado de Segurança 22.164-0/SP, julgado em 30.10.1995, que definiu o direito ao meio ambiente “*como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações*”⁵.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, por sua vez, defendem que os valores ecológicos inserem-se no conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consolidando, assim, a dimensão ecológica da dignidade humana que acolhe a ideia do bem-estar ambiental como indispensável para a vida digna, saudável e segura:

Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos. Aquém de tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo violadas no seu núcleo essencial. A qualidade (e segurança) ambiental, com base em tais considerações, passaria a figurar como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo bem-estar existencial. (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental... p. 51).

Ademais, a ordem constitucional fundada em 1988 elevou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas do Estado de Direito brasileiro. É dizer, o Estado possui obrigação constitucional de adotar medidas de tutela ecológica aptas a assegurar o usufruto do direito fundamental citado, revelando a dupla

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

⁵ STF, MS 22164, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155.

funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro que se apresenta como objetivo e tarefa estatal e como direito fundamental do indivíduo e da coletividade⁶.

Sendo assim, os deveres de proteção ambiental criam obrigação aos poderes estatais de adoção de medidas voltadas à tutela do meio ambiente pelo que, nas palavras de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, “não há “margem” para o Estado “não atuar” ou mesmo “atuar de forma insuficiente” (à luz do princípio da proporcionalidade) na proteção do ambiente, pois tal atitude estatal resultaria em prática inconstitucional”.

Sobre o tema, o doutrinador Édis Milaré ensina que:

“Cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, isto é, de zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente. Não mais, tem o Poder Público uma mera faculdade na matéria, mas está atado por verdadeiro dever. Quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, sua atuação transforma-se de discricionária em vinculada. Sai da esfera da conveniência e oportunidade para ingressar num campo estritamente delimitado, o da imposição, onde só cabe um único, e nada mais que único, comportamento: defender e proteger o meio ambiente. Não cabe, pois, à Administração deixar de proteger e preservar o meio ambiente à pretexto de que tal não se encontra entre suas prioridades públicas. Repita-se, a matéria não mais se insere no campo da discricionariedade administrativa. O Poder Público, a partir da Constituição de 1988, não atua porque quer, mas porque assim lhe é determinado pelo legislador maior.”

Nesse cenário, a proteção ao meio ambiente foi designada aos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – no âmbito administrativo, por intermédio da competência administrativa comum (art. 23, VI) e legislativo por meio da competência concorrente. Reforçando este entendimento, Paulo Affonso Leme Machado afirma que: “Os constituintes engajam os três Poderes da República na missão de preservação e defesa do meio ambiente, agindo eles com independência e harmonia recíproca”.

Os incisos do §1º do art. 225 da Constituição Federal detalham várias tarefas estatais específicas de tutela ambiental atribuídos ao Estado, os deveres traçados pela norma constitucional são meramente exemplificativos, pois decorrem de um dever geral de proteção ambiental do Estado que exige uma tutela abrangente e integral do ambiente, mormente devido a permanente possibilidade do surgimento de novos riscos e ameaças à natureza e à qualidade de vida.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental... p. 135.

3. PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

O dever geral de proteção ambiental do Estado é a base da existência do poder de polícia ambiental ao qual é atribuído a função de assegurar o respeito às normas e a proteção dos bens ambientais para as presentes e futuras gerações, a fim de prevenir danos ambientais.

Com efeito, a conceituação do poder de polícia ambiental demanda o adequado entendimento dos conceitos formulados pelo Direito Administrativo.

O poder de polícia encontra definição no artigo 78 do Código Tributário Nacional⁷ que dispõe:

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

Este poder também recebe a denominação de polícia administrativa e consubstancia-se na faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar ou restringir o uso de bens, exercício de direitos e a prática de atividades privadas, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Assim, o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Neste sentido, é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que conceitua o poder de polícia como “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”⁸.

Para a doutrina clássica, a polícia administrativa está calcada na supremacia do interesse público sobre o privado e sua finalidade é a proteção do interesse público. Sobre o tema, vale a citação de Hely Lopes Meirelles:

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental... p. 137-138.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo... p. 117.

“A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõe condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.” (MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro... p.117)

Nada obstante, Marçal Justen Filho compreende que o poder de polícia é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a concretização dos direitos fundamentais e da democracia em conformidade com os princípios da legalidade e da proporcionalidade. Trata-se de entendimento que visa interpretar a função administrativa como instrumento em favor dos direitos fundamentais.

A preocupação do administrativista ao afastar do conceito termos como “ordem pública”, “bem comum” e “interesse público” é assegurar que a polícia administrativa se oriente a realizar os direitos fundamentais do conjunto dos integrantes da coletividade e não propicie a utilização do aparato estatal para fins secundários. Assim, o doutrinador preconiza que o poder de polícia seja compreendido como necessidade da convivência social, de modo a evitar que a excessiva liberdade de um acarrete na redução da liberdade alheia.

Marçal Justen Filho alude que a polícia administrativa exige a adoção de condutas ativas para satisfazer adequadamente os direitos fundamentais:

“A nova ordem constitucional, fundada na supremacia dos direitos individuais, acarreta na insuficiência da mera abstenção privada para serem realizados os valores coletivos. A promoção da ordem pública e a realização dos direitos fundamentais envolvem também deveres de colaboração ativa por parte de todos os integrantes da comunidade. A funcionalização dos direitos e garantias individuais e sociais exige que os sujeitos adotem cautelas omissivas e também ativas, sem as quais se coloca em risco a integridade alheia. (...) Não se busca meramente evitar que um particular produza lesões a terceiros, o que poderia ser obtido por via da imposição de mera abstenção. O poder de polícia também compreende a competência para impor aos sujeitos o dever de promover condutas ativas que satisfaçam, de modo mais adequados, os direitos fundamentais alheios e os interesses coletivos. Sob esse prisma, o poder de polícia se torna um instrumento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deixando de ser um simples instrumento em defesa da propriedade privada”(JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo... p.577-578)

No atinente ao modo de atuação, a doutrina administrativa costuma apontar como meios de que o Estado se utiliza para o exercício do poder de polícia os atos normativos – representados, principalmente, pela lei que define limitações

administrativas ao exercício dos direitos e garantias individuais prevendo normas gerais e abstratas dirigidas às pessoas indistintamente – e atos administrativos – que compreendem medidas preventivas e repressivas com finalidade de adequar o comportamento individual à lei e coagir o infrator a cumpri-la⁹.

Entretanto, devido a influência da transição do Estado Liberal para o Estado de bem-estar social, o poder de polícia vem evoluindo com a criação das polícias especiais às quais são atribuídas as funções de elaboração e aplicação de normas que regulam determinados negócios do Estado e interesses da sociedade. Sob esta perspectiva foi concebido o poder de polícia ambiental que decorre da competência atribuída ao Estado para o exercício da tutela administrativa do meio ambiente.

Paulo Affonso Leme Machado define o poder de polícia ambiental nos seguintes termos:

“Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza”(MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 17 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332)

Verifica-se que o conceito do poder de polícia ambiental é uma adaptação do conceito geral de poder de polícia extraído do Direito Administrativo. Desta feita, na seara ambiental, o poder de polícia está atrelado às liberdades das quais resultem ou possam resultar intervenções na natureza.

No âmbito da tutela do meio ambiente, a utilização de recursos ambientais será submetida ao controle estatal, não sendo admitida qualquer forma de exploração sem a presença de diferentes mecanismos de fiscalização que serão manejados pelo Estado no exercício do poder de polícia ambiental.

No entanto, como visto, a proteção do meio ambiente que se operacionaliza pelo poder de polícia ambiental não se apresenta como faculdade estatal, mas sim como poder-dever que se não exercido pode ensejar sanções aos agentes responsáveis. Sobre o tema, é de se destacar os apontamentos realizados por Guiomar Theodoro Borges:

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo... p. 121.

“Na condução da política de proteção ao meio ambiente, o Poder Público, tanto nos empreendimentos próprios como naqueles propostos pela iniciativa privada, tem o poder-dever de adotar medidas preventivas e mitigadoras de danos. A forma mais adequada de efetivação dessa sua missão está no regular do exercício de poder de polícia, que tem a finalidade de constatar, por intermédio dos respectivos agentes administrativos, não só a ocasião do licenciamento, mas também na instalação e na operação, a observância dos padrões postos nas normas reguladoras editadas, punindo-se os infratores que deixarem de cumprir com sua obrigação de observar as regras próprias e, sobretudo, de preservar o meio ambiente (...).”(BORGES, Guiomar Theodoro. Responsabilidade do Estado por dano ambiental. Revista Amazônia Legal de estudos sócio jurídicos ambientais. Cuiabá, Ano 1, n. 1, jan/jun 2007. p. 94.)

A cogência do exercício do poder de polícia ambiental implica na concepção de que se trata de poder vinculado. Desta feita, a polícia ambiental, em regra, é tida por atividade vinculada, vez que inexistente conveniência e oportunidade na escolha do melhor momento de sua exteriorização. É dever do Poder Público promover a preservação ambiental à luz do princípio da natureza pública da prevenção ambiental¹⁰.

Urge destacar que o exercício do poder de polícia ambiental apresenta importância tanto na repressão de atividades lesivas ao meio ambiente – que ensejará o uso de procedimentos para a tutela dos recursos ambientais agredidos ou colocados em situação de risco – mas, sobretudo, para a prevenção, por intermédio do controle dos administrados¹¹.

Quanto ao modo de manifestação, é certo que, assim como a polícia administrativa genérica, o poder de polícia ambiental se expressa através de atos normativos¹² e de alcance geral, de atos concretos e específicos, mas, sobretudo, por meio de atos fiscalizadores.

Nesse sentido, Maria Luiza Machado Granziera esclarece que as ações relativas ao exercício do poder de polícia na seara ambiental são atribuídas aos órgãos e entidades do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), em conformidade com as respectivas competências e finalidades estabelecidas na Lei 6.938/1981.

¹⁰ AMADO, Frederico. Resumo Direito Ambiental. 2 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 76.

¹¹ MILARÉ, Édis, Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário... p. 751.

¹² “(...) devemos interpretar a função do Poder Executivo no exercício do poder de polícia ambiental, à luz do art. 23 da Constituição Federal, com a indispensável objetividade de que a administração pública ambiental também poderá exercer a normatização de matérias ambientais.” ROSA DA SILVA, Paulo Régis. Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental. Disponível em <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277143895.pdf> Acesso: 19/02/2020

O SISNAMA foi instituído pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto 99.274, e tem por finalidade distribuir as responsabilidades ambientais entre os órgãos e entidades dos entes federados. Insere-se na Política Nacional do Meio Ambiente que, nos termos do art. 2º da Lei 6.938 “tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”.

O art. 1º, inciso I, do Decreto n. 99.274/1990, por sua vez, reafirma a função do Poder Público, levada a efeito pelo poder de polícia ambiental, de “manter fiscalização permanente dos recursos ambientais, visando à compatibilização do desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” na execução da Política Nacional do Meio Ambiente.

Cumprido deixar claro que a atividade fiscalizatória é comumente o meio de exercício do poder de polícia ambiental, pois é intrínseca à ação policial de qualquer natureza a permanente vigilância sobre as pessoas e bens relacionados. Por intermédio da fiscalização, viabiliza-se a prevenção e repressão atividades lesivas ao meio ambiente. Ademais, a atividade fiscalizatória, levada a efeito pela investigação de infrações¹³ e a aplicação de penalidades, é a engrenagem da responsabilidade administrativa em matéria ambiental.

Finalmente, é de se salientar que a fiscalização ambiental, com vistas a efetivar o controle preventivo e repressivo, não se operacionaliza apenas pela apuração das infrações administrativas ambientais. Também são instrumentos para de exercício do poder de polícia ambiental a exigência de licenciamento ambiental e o estudo prévio de impacto ambiental para determinadas atividades e empreendimentos.

4. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL OMISSIVA DO ESTADO

O Poder Público possui a obrigação de recompor os prejuízos causados a outrem oriundos de sua ação ou abstenção lesiva. Nesse contexto, entende-se a

¹³ Nos termos do art. 70 da Lei 9.605/1998, “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

responsabilidade civil extracontratual do Estado como a obrigação de reparar danos causados a terceiros em virtude de atuação comissiva ou omissiva, material ou jurídica, lícita ou ilícita, imputável aos agentes públicos.

No atual estágio de desenvolvimento do tema, a caracterização da responsabilidade civil do Estado depende apenas da comprovação do nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e a conduta omissiva ou comissiva do agente público.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 37, §5º consigna que:

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

A doutrina leciona que o dispositivo constitucional encampa no Brasil a teoria do risco administrativo¹⁴, pela qual a obrigação estatal de reparar o dano pauta-se na ideia do risco que a atividade do Estado gera para os seus administrados, risco inerente à sua própria natureza. Com efeito, constatado o dano, deve o Estado repará-lo, pois fere seus princípios fundamentais a imposição de encargo não suportado pelos demais a um administrado.

Assim, do art. 37, §5º da CF, extrai-se que os danos causados a terceiros pelo aparato estatal e pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público despertam responsabilidade patrimonial. A normativa não faz qualquer menção sobre a natureza da ação causadora do dano, se lícita ou ilícita, apenas destaca a ocorrência de prejuízo ao patrimônio alheio. Por esta razão, a tradição doutrinária e jurisprudencial brasileiras assinalam que a Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva do Estados, posto que independe da comprovação de elementos objetivos ou ilicitude e baseia-se apenas na presença de três elementos: conduta do agente público, dano e nexo de causalidade.

Nesse sentido, leciona Carvalho Filho:

¹⁴ A teoria do risco administrativo baseia-se no risco que a Administração Pública assume ao atuar em nome da coletividade, risco consubstanciado na possibilidade de seus atos acarretarem danos a certos membros da comunidade que terão de suportar ônus não imposto aos demais. Assim, para compensar essa desigualdade individual, todos os outros integrantes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, por meio de indenizações pagas pelo erário. O suporte da teoria é o risco e a solidariedade social. MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*... p. 739.

“A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência de culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva. Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público (...). O segundo pressuposto é o dano. (...) não há que se falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado o dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. (...) O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre dolo ou a culpa. (...)”(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 582)

A partir dos ensinamentos, extrai-se que a expressão utilizada pela Constituição – “danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem” – também abriga os “danos propiciados” pelo Poder Público, assim compreendidos como àqueles que decorrem de inação estatal injustificável.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello discrimina três situações que dão azo à responsabilidade do Estado:

“a) Casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, comissiva, do Estado. b) Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. É a hipótese da “falta de serviço”, nas modalidades em que o “serviço não funcionou” ou “funcionou tardiamente” ou, ainda, funcionou de modo incapaz de obstar à lesão. Exclui-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se, aqui, apenas, de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) do dano. c) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se cria a situação propiciadora do dano, porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entre, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação.”(DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo... p. 1026-1027)

Portanto, o comportamento estatal lesivo a terceiros pode ser de ordem: comissiva – ocasião em que o Estado produz o dano por ação; ou omissiva – quando o dano operou-se pela inação estatal. Ainda, verifica-se uma terceira categoria de danos que seriam os dependentes de situação propiciada pelo Estado, caso em que o Poder Público constitui por ato comissivo fatores que propiciarão de forma decisiva a emergência do dano.

É imperioso ressaltar que a omissão estatal não está para o dano como relação de causa e efeito, mas como condição. Vale dizer: os atos comissivos por omissão não são materialmente produtores do resultado lesivo, no entanto, propiciam a ocorrência do dano. Se presente a ação estatal o dano não teria ocorrido¹⁵.

Assim, na apuração da responsabilidade estatal por omissão, atribui-se ao sujeito a obrigação de indenizar em virtude da não evitação – que era exigida juridicamente –, ainda que, na realidade, o nexo de causalidade material (relação de causa e efeito) não esteja presente¹⁶. É irrelevante a apuração se o Estado deu causa ao fato lesivo, pois responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, mas pela inação para impedir a ocorrência do resultado lesivo¹⁷.

Não é toda e qualquer omissão do aparato estatal que enseja a responsabilização do Poder Público. Em artigo sobre o tema, a Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira sintetiza a omissão genérica e a omissão específica¹⁸.

Discorre a jurista que a omissão genérica verifica-se quando a administração pública não possui dever de agir individualizado, pois inexistente norma impositiva que obrigue a atuação do Estado para impedir o resultado. Nestes casos, dada à impossibilidade ou à intransponível dificuldade, o Poder Público queda-se omissor, razão pela qual sua responsabilização dependerá da comprovação, por parte do administrado, que o serviço funcionou mal ou tardiamente. Logo, inexistindo dever específico de agir, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, sob pena de se transformar o Estado em um ente onipotente, onisciente e garantidor universal¹⁹.

Por sua vez, a omissão específica pressupõe o dever legal de evitar o dano. Caracteriza-se pela inação do Estado frente à obrigação específica e expressamente consagrada no ordenamento jurídico, ensejando a ocorrência do evento lesivo. Nessa situação, a responsabilidade do Estado será objetiva, posto que sua inércia é a causa – ou melhor, condição – direta e imediata do não impedimento do evento.

Em que pese não adotar a diferenciação entre a omissão genérica e a específica, Daniel Ferreira deixa claro que somente a omissão antijurídica pode

¹⁵ FERREIRA, Daniel. Responsabilidade Civil por Omissão... p. 57.

¹⁶ FERREIRA, Daniel. Responsabilidade Civil por Omissão... p. 58.

¹⁷ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. Estudos sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão... p. 568.

¹⁸ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. Estudos sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão... p. 568.

¹⁹ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. Estudos sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão... p. 568-569.

acarretar o dever de indenizar, já que reflexa do descumprimento regular de dever legalmente previsto, o qual seja, evitar o dano. Indo além, afirma que a omissão que enseja responsabilidade estatal deve ser contrária a todo o ordenamento jurídico e não apenas à própria lei, isto é, não podem concorrer situações aptas a obstar a obrigação de evitar o dano:

[...] a omissão que implica indenização pelo Estado há de se revelar como típica (como contrária a uma obrigação “jurídica” de evitar o dano) de resultado (de dano). Além disso, pressupõe sua antijuridicidade, ou seja, o fato de ser contrária ao Direito, além de à própria lei. É preciso que a omissão contrarie a todo o ordenamento jurídico (revelando-se antijurídica) e não apenas a certa previsão legal (que a tornaria antinormativa, tão só), porque outras normas igualmente incidentes numa dada hipótese podem “neutralizar” o comando descumprido negativamente (...). Para que se proponha o tema do ressarcimento, da necessidade de recomposição do status quo ante pela inação estatal é preciso que não concorram situação de fato e de direito, capazes de afastar a obrigação de evitar o dano”(FERREIRA, Daniel. Responsabilidade Civil por Omissão... p. 61)

Assim, Ferreira conclui que a responsabilização do Estado por omissão depende da presença dos seguintes elementos: “(i) a evitação do resultado como juridicamente exigida do Poder Público; (ii) a antijuridicidade da inação; (iii) a concreta não evitação (do resultado de dano) como *conditio sine qua non* (como imputação objetiva do resultado, em suma); e (iv) seja o dano indenizável”.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, consigna que a responsabilidade estatal pela inação sempre decorrerá de conduta ilícita.

E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).

Com efeito, não é pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira quanto à natureza desta modalidade de responsabilização. Defendem-se dois posicionamentos. O primeiro sustenta a natureza subjetiva da responsabilidade do Estado por omissão, que preconiza que o dever estatal de indenizar depende da comprovação de que o Estado não agiu quando deveria e poderia fazê-lo²⁰. O segundo, de forma progressista, consigna que à responsabilidade por conduta

²⁰ BEDICKS, Laura Baracat. Responsabilidade Extracontratual do Estado: A Responsabilidade por omissão na Doutrina Nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Luciano Alves Rossato (coord). Temas Atuais da Advocacia Pública. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 151.

omissiva deve ser aplicado o disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, ou seja, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade dita “subjéitiva” aplicável aos atos omissivos em nada relaciona com a presença de dolo ou culpa do agente, mas sim aponta para a ideia de “culpa do serviço”, isto é, o Estado deveria atuar para evitar o dano, mas não o serviço não funcionou, funcionou mal ou atrasado. Pode-se dizer, portanto, que o dever de indenizar pela inação do Estado está presente quando era exigível conduta diversa do Estado.

Sobre o tema leciona José dos Santos Carvalho Filho:

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo... p. 589-590)

A maior parte da divergência doutrinária existente sobre a natureza da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas, o Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, filia-se à teoria da responsabilidade subjéitiva.

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjéitiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência --, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - R.E. conhecido e não provido”.(STF, RE 372472, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 28-11-2003 PP-00033 EMENT VOL-02134-05 PP-00929).

No entanto, a jurisprudência da Corte passou a acolher a tese da responsabilidade objetiva:

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido”. (STF, ARE 754778 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

Feita estas explicações, convém salientar que o objetivo do presente artigo não é adotar um posicionamento *a priori* sobre a natureza da responsabilidade do Estado por omissão ou quais requisitos são necessários para a sua configuração. Ambas as teorias – responsabilidade objetiva e subjetiva – serão de valia para a compreensão da responsabilidade estatal pela omissão no exercício do poder de polícia ambiental.

5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

Conforme já destacado, por força do art. 225 da Constituição, ao Estado é atribuído à obrigação de adotar medidas de tutela ecológica aptas a assegurar a tutela do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Partindo dessa premissa, surge o questionamento se a omissão estatal no exercício deste dever constitucional ensejará a responsabilidade civil do Poder Público.

O Direito Ambiental possui três esferas de atuação: a preventiva, a reparatória e a repressiva. O poder de polícia ambiental operacionaliza-se, sobretudo, por meio da fiscalização. Assim, atua, primeiramente, na esfera preventiva, mas também na repressiva, quando impõe sanções administrativas pelo descumprimento das normas ambientais.

No presente momento, a discussão insere-se na esfera reparatória. Constata a ocorrência de omissão estatal no exercício da fiscalização ambiental busca-se

trazer elementos para identificar em quais casos o haverá a obrigação do Poder Público de reparação da danosidade ambiental.

A Constituição Federal consagrou em seu art. 225, §3º que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano”.

Em que pese o constituinte não ter sido expresso quanto aos requisitos configuradores da responsabilidade civil pelos danos ambientais, desde o advento da Lei 6.938/1981 – que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente – prevalece a posição de que é objetiva a responsabilidade ambiental no Brasil, em virtude do art. 14, §1º da legislação:

“§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (...).”

O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido da recepção do art. 14, §2º da Lei 6.938/1981 pela ordem constitucional de 1988. Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial n. 1.373.788-SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 6/5/2014 firmou-se que em caso de dano ambiental, a responsabilidade civil é objetiva, na modalidade do risco integral, de forma que não são admitidas excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima²¹.

No entanto, ressalta-se que a temática incita divergência na doutrina, pois há respeitáveis doutrinadores que admitem a exclusão da obrigação de reparar o dano ambiental caso comprovado a ocorrência de caso fortuito e força maior²².

Para a apuração da responsabilidade civil por danos ambientais é essencial a compreensão das figuras do poluidor direto e indireto. O poluidor é o responsável pela reparação ambiental e, nos termos do art. 3º, IV da Lei 6.938/1981, é a “pessoa

²¹ STJ, REsp 1373788/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 20/05/2014

²² Nesse sentido defende Paulo Affonso Leme Machado em Direito Ambiental Brasileiro. p. 425.

física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividades causadoras de degradação ambiental”²³.

Nesse contexto, as pessoas jurídicas de direito público poderão ser enquadradas como poluidoras por suas ações ou inações. No caso de condutas comissivas, o Estado será poluidor direto, situação que ocorre, por exemplo, quando explora diretamente uma atividade econômica e degrada o meio ambiente. Por sua vez, a omissão nos atos de fiscalização ambiental colocará a Administração Pública na condição de poluidora indireta.

Com efeito, atuando de forma ativa para a ocorrência do dano ambiental, compreende-se que a responsabilidade civil do Estado seguirá os ditames do art. 14, §1º da Lei 6.938/1981. Assim, a Administração será objetivamente responsabilizada quando comprovada a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

A divergência floresce, no entanto, e aqui reside o interesse do presente estudo, na identificação dos pressupostos para responsabilização do Poder Público quando os danos são causados pela omissão na polícia ambiental. Vale dizer: quando o dever de reparação advém da omissão de conduta fiscalizatória que poderia ter evitado ou diminuído o prejuízo ao meio ambiente.

Parcela da doutrina e jurisprudência compreende que a responsabilidade pela inação do Estado no exercício do poder de polícia ambiental é subjetiva, pela que depende da comprovação da denominada “culpa do serviço”.

Nesse sentido foi o julgamento do Recurso Especial n. 647.493/SC relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha em 22 de maio de 2007:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.” (STJ, REsp 647.493/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007, p. 233)

²³ “A degradação ambiental (...) é uma expressão com acepção mais ampla que a poluição, pois é qualquer alteração adversa das características do meio ambiente” AMADO, Frederico. Resumo de direito ambiental... p. 226

A despeito disso, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça vêm qualificando como objetiva a responsabilidade do Estado por danos ambientais, mesmo quando este é apenas o poluidor indireto.

Sobre o tema, a Corte decidiu:

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

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL E URBANÍSTICO. CONSTRUÇÕES IRREGULARES. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CARÁTER SOLIDÁRIO, MAS DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. PRECEDENTES. 1. A responsabilidade do Estado por dano ao meio ambiente decorrente de sua omissão no dever de fiscalização é de caráter solidário, mas de execução subsidiária, na condição de devedor-reserva. Precedentes. 2. Há responsabilidade do Estado ainda que, por meios apenas indiretos, contribua para a consolidação, agravamento ou perpetuação dos danos experimentados pela sociedade. Hipótese que não se confunde com a situação de garantidor universal. 3. No caso dos autos, ainda que o acórdão recorrido tenha entendido pela inexistência de omissão específica, os fatos narrados apontam para o nexo claro entre a conduta do Estado e o dano, constituído pela edição de normativos e alvarás autorizando as construções violadoras do meio ambiente e não implementação das medidas repressivas às obras irregulares especificadas em lei local. Ressalte-se, os danos permanecem sendo experimentados pela comunidade há mais de duas décadas e foram declarados pelo próprio ente público como notórios. 4. O reconhecimento da responsabilização solidária de execução subsidiária enseja que o Estado somente seja acionado para cumprimento da obrigação de demolição das construções irregulares após a devida demonstração de absoluta impossibilidade ou incapacidade de cumprimento da medida pelos demais réus, diretamente causadores dos danos, e, ainda, sem prejuízo de ação regressiva contra os agentes públicos ou particulares responsáveis. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no REsp: 1326903 DF 2012/0116422-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 24/04/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2018)

Compreende-se que a teoria da responsabilidade subjetiva é mais segura para o estabelecimento dos pressupostos do dever de indenizar estatal por condutas omissivas em matéria ambiental.

Nesse sentido, deverão ser verificados os seguintes elementos para atribuição do dever de indenizar ao Estado: (i) se presente norma legal que impusesse ao Estado evitar o dano ambiental; (ii) se a inação estatal é antijurídica; (iii) se a omissão fiscalizatória foi condição sine qua non do resultado dano ao meio ambiente; (iv) se o Estado tinha reais condições de evitar o dano por meio da atuação fiscalizatória, ou seja, se o dano era evitável.

Conjugando os requisitos propostos, verifica-se que o Estado terá de indenizar nas situações em que, por imposição legal, deveria atuar, mas não o fez ou fez de forma insuficiente, afastando-se do padrão de conduta que a norma impõe. Contudo, a delimitação do “padrão de conduta” imposto pela norma deve adequar-se à realidade orçamentária, estrutural e tecnológica de cada momento histórico. Isto porque, havendo compatibilidade entre o serviço e o padrão normal esperado e possível, não haverá responsabilidade.

Esta compreensão é de todo relevante na seara ambiental sob pena de o Estado se tornar um segurador universal. A destinação essencial do erário é o atendimento do interesse coletivo e, conforme demonstrado, a proteção do meio ambiente na atual ordem constitucional foi erguida como dever do Estado.

No entanto, deve-se ter cautela ao atribuir ao Poder Público o dever de indenizar por sua omissão na fiscalização ambiental, posto que devem ser observadas as circunstâncias do caso concreto e as limitações orçamentárias. Do contrário, o Estado seria transformado em um segurador universal em matéria ambiental, posto que a Constituição e as normas ambientais lhe colocam numa situação de fiscalizador de todas as atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente prevê como instrumento do Poder Público na tutela do meio ambiente o licenciamento ambiental²⁴ compreendido como o “procedimento pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental” (art. 1º, I da Resolução n. 237 de 19 de dezembro de 1997).

A abrangência do dispositivo é ampla. A fiscalização ambiental, operada por meio do procedimento de licenciamento ambiental, deve estar presente em qualquer atividade humana que possa gerar de maneira efetiva ou potencial uma degradação ao meio ambiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disso, questiona-se: ocorrido dano ao meio ambiente, a omissão no Poder Público na realização do licenciamento ambiental é suficiente para configuração do dever de indenizar? Entende-se que não. É indubitável que é antijurídica a conduta omissiva do Estado em deixar de realizar ou realizar de forma insuficiente o licenciamento ambiental em empreendimento poluidor. No entanto, o Poder Público não pode ser transformado em um segurador universal que cobre todos os danos ambientais sob o argumento teórico de que o Estado deve sempre atuar na tutela do meio ambiente para evitar sua degradação.

A aplicação da tese da responsabilidade subjetiva aos danos decorrentes da omissão estatal na tutela do meio ambiente, também salvaguarda o princípio do poluidor pagador pelo qual deve ser imputado ao poluidor direto o custo social da poluição por ele gerada.

E, finalmente, convém ressaltar que as circunstâncias em que perpetrada a omissão estatal é que definirão se há ou não a responsabilidade, posto que a culpabilidade será constatada na verificação dos meios que o Estado possuía para

²⁴ “Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento ambiental constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico”. MILARÉ, Edis. Direito do Meio Ambiente... p. 789

atuar. Importante verificar se a omissão contribuiu para a consolidação, agravamento ou perpetuação dos danos.

Portanto, não existe uma resposta em abstrato sobre qual seria o padrão normal de conduta no exercício do poder de polícia ambiental a fim de tipificar a obrigação estatal de indenizar no caso de sua inação. Nas situações concretas deverá ser aferido se o Poder Público tinha condições de evitar a lesão ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Resumo Direito Ambiental**. 2 ed. São Paulo: Método, 2014.

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

BEDICKS, Laura Baracat. **Responsabilidade Extracontratual do Estado: A Responsabilidade por omissão na Doutrina Nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: Luciano Alves Rossato (coord). *Temas Atuais da Advocacia Pública*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. in CANOTINHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada**. Disponível em: <<https://digitalis.uc.pt/pt-pt/node/106201?hdl=5732>> Acesso: 26 de fev. 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

FERREIRA, Daniel. **Responsabilidade Civil por Omissão**. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. Volume único. 9º ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

ROSA DA SILVA, Paulo Régis. **Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental**. Disponível em <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277143895.pdf> Acesso: 19 de fev. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **Estudos sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão**. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Viella Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2015