

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

FRANCISCO OLIVATO JUNIOR

**O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA
AMBIENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ÂMBITO DO DIREITO
AMBIENTAL**

MARÍLIA
2018

FRANCISCO OLIVATO JUNIOR

**O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA
AMBIENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ÂMBITO DO DIREITO
AMBIENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática jurídica

Orientador: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

MARÍLIA
2018

FRANCISCO OLIVATO JUNIOR

**O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA
AMBIENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ÂMBITO DO DIREITO
AMBIENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática jurídica

Orientador: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Ivanaldo O. dos Santos Filho

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Marília, 14 de dezembro de 2018.

OLIVATO, Francisco Junior.

O instituto da responsabilidade civil na seara ambiental: uma análise sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva no âmbito do direito ambiental / Francisco Olivato Junior; Orientador: Lafayette Pozzoli. Marília, SP: [s.n], 2018.

110 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2018.

1. Excludentes de responsabilidade. 2. Responsabilidade Civil Ambiental.

CDD: 341.347

Dedico este trabalho a minha família, em especial aos meus pais, esposa, aos filhos, a todos os meus amigos e colegas e ao meu orientador professor Lafayette Pozzoli.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora por tudo em minha vida e em especial neste momento por mais esta oportunidade.

A todos aqueles que colaboraram com o meu aprendizado, e de uma maneira especial a todos os professores com quem tive a honra de aprender e conviver durante a minha vida.

Aos colegas, amigos e professores desta distinta instituição que me acolheram e me ajudaram nesta caminhada do mundo acadêmico.

A todos aqueles que direta ou indiretamente cooperaram para o acontecimento do meu tão sonhado curso de Mestrado.

*Os rios não bebem sua própria água;
as árvores não comem seus próprios frutos.
O sol não brilha para si mesmo;
e as flores não espalham sua fragrância para si.
Viver para os outros é uma regra da natureza. (...)
A vida é boa quando você está feliz;
mas a vida é muito melhor quando os outros estão felizes
por sua causa.*

Papa Francisco

OLIVATO, Francisco Junior. **O Instituto da Responsabilidade Civil na Seara Ambiental: uma análise sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva no âmbito do direito ambiental.** 2018. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

RESUMO

Esse trabalho possui como tema a responsabilidade civil ambiental no caso de danos ambientais no Brasil, fazendo um paralelo entre Teoria do Risco Criado e Teoria do Risco Integral. Utilizando os métodos dedutivo e explicativo, analisa-se a tutela ambiental no cotejo com os riscos do desenvolvimento, identificando o meio ambiente com um bem de uso comum e essencial a qualidade de vida. A justificativa do estudo se consubstancia na divergência entre as duas teorias quanto à aplicabilidade das excludentes de responsabilidade (caso fortuito, força maior, fato de terceiro). Desta análise, pretende-se sustentar qual das teorias inerentes ao instituto da responsabilidade civil é capaz de conferir segurança jurídica em face da complexidade inerente aos processos ecológicos e físicos do meio ambiente. De qualquer forma, um sistema ressarcitório efetivo constitui importante instrumento na tentativa de inibir e prevenir danos ambientais. A pesquisa apresenta a crise ecológica na sociedade de risco e a necessidade de que o desenvolvimento seja sustentável, em que a responsabilidade civil tem importância enquanto instituto jurídico. Pondera-se, em considerações finais, que cinge à responsabilidade uma nova ética, de tal sorte que, antes de um dever jurídico, está-se diante de um dever moral, com o intuito de ser guia não apenas das condutas humanas, mas, ainda, de seu jeito de relacionar com o meio ambiente. Diante disso, não basta o meio ambiente ser erigido a direito fundamental se não há por parte de todos um agir comprometido com fundamento na fraternidade, como também não basta o órgão julgador defender a aplicação irrestrita da responsabilidade objetiva pela Teoria do Risco Integral em casos de dano ao meio ambiente como justificativa para a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A metodologia aplicada adota um caráter qualitativo sustentado pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Dano Ambiental. Meio Ambiente. Responsabilidade Civil Objetiva. Risco.

OLIVATO, Francisco Junior. **O Instituto da Responsabilidade Civil na seara ambiental: uma análise sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva no âmbito do direito ambiental.** 2018. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

ABSTRACT

This article's theme is the environmental responsibility in case of environment damages in Brazil, making a parallel between Theory of Risks and Integral Risk Theory. This study is justified because there is divergences between both theories regarding the applicability of the responsibility exclusions (fortuitous event, force majeure and fact of third party). From this analysis, intends to sustain which one of the theories is able to guarantee juridic safety in face of the inherent complexity of the ecological and physical processes of the environment. In any case, an effective reimbursement system constitutes an important instrument for inhibiting and preventing environmental damages.

The research presents the ecological crisis in the society and the necessity of a sustainable development, where the civil responsibility has an importance while juridic institute. The research ponders, in final considerations, a new ethics to the civil responsibility, where, before the legal duty, there is the moral duty, with the goal of being the guide for human conducts and their way of interaction with the environment.

Therefore, it is not enough if the environment is a fundamental right if there is not, by the society, a way of acting that is based on the fraternity. Likewise, it is not enough that the judicial body deffends the unrestricted application of the responsibility by the Integral Risk Theory in cases of environmental damages as reason for the protection of a ecologically balanced environment. The applied methodology has a qualitative character supported by the bibliographic and jurisprudential research.

Keywords: Civil Liability. Environment. Environmental Damages. Risk.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDB - Convenção sobre a Diversidade Biológica

COP - Convenção das Partes

E.I.A - Estudo de Impacto Ambiental

ONU – Organização das Nações Unidas

PNMA - Política Nacional do Meio Ambiente

PNUMA - Programa da ONU sobre o Meio Ambiente

SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

UNFCCC - Convenção do Clima

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES DO DIREITO AMBIENTAL.....	15
1.1 Evolução do direito ambiental.....	15
1.2 A ética no contexto ambiental.....	17
1.3 Meio ambiente: conceito e aspectos.....	24
1.4 A legislação ambiental brasileira.....	27
1.5 O constitucionalismo e o princípio da dignidade humana como fundamento de validade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	31
1.6 Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental de terceira dimensão ...	35
1.7 Princípios relevantes ao direito ambiental.....	40
CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL.....	57
2.1 Breve histórico da responsabilidade civil.....	57
2.2 Noções gerais.....	59
2.3 A responsabilidade civil como instrumento ético.....	61
2.4 A obrigação de indenizar.....	66
2.5 Pressupostos da responsabilidade civil.....	69
2.6 Considerações acerca da responsabilidade civil ambiental.....	70
2.7 Pressupostos da responsabilidade civil ambiental.....	72
2.8 Nexo de causalidade na responsabilidade objetiva.....	77
2.9 Teorias explicativas do nexo de causalidade.....	77
2.10 Pluralidade dos agentes e de causas.....	81
2.11 Causalidade alternativa e responsabilidade coletiva.....	82
2.12 Dificuldades de comprovação do nexo de causalidade nos danos ambientais.....	83
2.13 Excludentes de causalidade e a responsabilidade civil por dano ambiental.....	84
2.14 A teoria do risco integral.....	86
2.15 A teoria do risco criado.....	88
CAPÍTULO III - A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E OS INTERESSES LESADOS.....	91
3.1 Divergência doutrinária quanto às teorias explicativas do nexo de causalidade.....	91
3.2 Entraves impostos à responsabilidade civil diante do dano ambiental.....	92
3.3 Análise jurisprudencial da responsabilidade civil ambiental.....	93

CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS	105

INTRODUÇÃO

A história da humanidade foi marcada pela transformação da natureza e sua consequente dominação, de forma que o homem desenvolveu direto e estreito relacionamento de dependência dos recursos e riquezas existentes na natureza, sua primeira e permanente fonte de sobrevivência.

Em decorrência dos processos de industrialização e desenvolvimento tecnológico ocorridos a partir do início da era industrial, marcada com a exposição massificada da sociedade a elementos e atividades de caráter poluidor, tornou o problema ambiental assunto universal e passou a representar enfática preocupação do homem. Tais preocupações passaram a cobrar novas demandas ao direito.

Neste contexto, essencial a mobilização da sociedade civil, esta representada como uma ordem social organizada superior, civilizada e racional, nascida dos contrastes e conflitos que o homem encontrava em um estado primitivo da natureza, aflorando da instituição do poder comum para garantir, fundamentalmente, a paz, a liberdade e a vida digna a todos os indivíduos associados.

Deste modo, a sociedade civil deve redefinir os movimentos sociais e as estratégias a serem seguidas, bem como os mecanismos jurídicos, as propostas de melhoria e os objetivos a serem universalizados.

Assim, imperioso repensar marcos conceituais tradicionais sobre os quais o conhecimento vem sendo sedimentado ao longo dos anos, como forma de superar conflitos e possibilitar a sobrevivência social diante de problemas que desconhecem qualquer fronteira, temporal e espacial e que, assim, se mostram de maneira recorrente.

A responsabilidade civil¹ é um dos institutos jurídicos aptos a atender essas novas demandas, contudo, precisa ser lapidada diante das características dos danos ambientais, os quais, muitas vezes, são de difícil reparação, imprevisíveis e não há como impedir a sua ocorrência.

Importante pontuar que o Princípio da Dignidade Humana é o pilar da responsabilidade civil e, deste modo, estrutura todos os modelos de responsabilidade civil, seja a responsabilidade subjetiva ou por equidade (objetiva), uma vez que a Dignidade

¹ A responsabilidade civil é a obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar um dano causado a outrem por ato seu, ou pelo ato de pessoas ou fato de coisas que dela dependam. Da Responsabilidade Civil no Novo Código, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado, 2006.

Humana² estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário aos próprios semelhantes.

Quando se projetou a pesquisa do presente trabalho, o núcleo básico do problema questionado era enfrentar, dentre os elementos constitutivos da responsabilidade civil, a figura das excludentes de responsabilidade e a análise do nexa de causalidade. Como justificativa à pesquisa se entendia que imputar a responsabilidade ao agente ou atividade de modo presumido, sem a preocupação de uma análise mais acurada do instituto da responsabilização civil ambiental, é preocupante para a segurança jurídica do sistema e da sociedade. Essa premissa de questionamento sempre encontrou, por parte da doutrina ambientalista mais clássica, grande resistência, porquanto presa, ao que parece, à função reparatória indiscriminada da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, ao longo dos anos e desde que constituída em sua originária forma subjetiva, estabeleceu, como requisitos, a conduta culposa, o nexa causal e o dano. A culpa que sempre esteve atrelada à figura da responsabilidade, em dado momento histórico e como forma de evolução do instituto, passou a ser desprezada na responsabilidade civil quando essa passou à sua forma objetiva como decorrência da Revolução Industrial, de tal maneira a atender à integral função reparatória, facilitando de certo modo a imputação da responsabilidade que, a contar de então, passou a exigir a presença dos elementos *nexa causal* e *dano*, tão somente como requisitos da responsabilidade.

Posteriormente, o próprio elemento nexa causal também se relativizou em face dos princípios da prevenção e precaução, de tal sorte que há o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, como demonstrado ao longo do trabalho, reconhecendo a responsabilidade civil como instrumento de reparação de danos quando o nexa causal passa a ser presumido a contar da própria atividade produzida, o que se permite concluir que somente sem dano não há responsabilidade civil, e, se houver dano de causa oriunda das forças da natureza, alguém há de repará-lo, mesmo que não haja qualquer ligação com a atividade desenvolvida.

² [...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

Todavia, esse entendimento gera, muitas vezes, nefastos resultados, até mesmo a evidente falta de efetividade do resultado almejado. Por mais que os critérios de configuração jurídica do nexo de causalidade para a atribuição da responsabilidade objetiva por danos ambientais seja uma estrada tormentosa, principalmente em face da complexidade inerente aos processos ecológicos, o direito precisa encontrar novos desdobramentos e possibilidades.

Não é possível consentir com o abismo entre a realidade fática e a ciência jurídica. Há de se encontrar e melhorar institutos, métodos e procedimentos que sejam eficazes e que possam concretamente proteger direitos fundamentais que a sociedade brasileira almeja.

Ao que parece, a imputação sem critério ou sob a alegação de probabilidades não é a resposta que a sociedade almeja. A ciência jurídica não pode consentir com respostas evasivas que geram injustiças e insegurança ao próprio Direito. Por sua vez, o Poder Judiciário não pode buscar soluções simples e fáceis para ocultar a sua própria ineficiência.

Nessa perspectiva o trabalho projetado, a metodologia aplicada adota um caráter qualitativo sustentado pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e divide-se em três capítulos.

O primeiro capítulo traz as considerações do direito ambiental³, das quais foram destacados, num breve histórico, os valores éticos, conceitos, legislação ambiental e os princípios relevantes do direito ambiental. Importante dizer que não é objeto dessa dissertação o estudo acerca dos direitos fundamentais de maneira mais aprofundada, mas tão somente o que for necessário para o desenvolvimento do raciocínio.

No segundo capítulo do trabalho, a fim de aprofundar a discussão, são enfrentados alguns aspectos da responsabilidade civil, verificando os conceitos, objetivos e pressupostos quando se coteja a responsabilidade civil com a pauta ambiental e a interlocução dos seus institutos.

No terceiro e último capítulo, a projeção da pesquisa encaminha-se para verificar a orientação doutrinária e a posição da jurisprudência acerca da responsabilidade civil, ao tratar da lesão ambiental mediante o reconhecimento de uma responsabilidade sem danos ou da

³ O Direito Ambiental pode ser definido como um direito que se desdobra em três vertentes fundamentais que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um Direito autônomo, o Direito Ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentado. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. pp. 9.

responsabilidade como decorrência do exercício de uma atividade de risco, sem que fosse acurada a aplicabilidade das excludentes de responsabilidades.

Todo esse estudo tem a intenção de incitar à reflexão do instituto jurídico da responsabilidade civil apto a dar as respostas aos anseios sociais da sociedade brasileira, tutelando as suas expectativas como um direito indenitário ao meio ambiente, mas também, por outro lado, as consequências nefastas que podem representar, quando a ciência jurídica se distancia da realidade social e fica presa em meros caprichos acadêmicos.

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES DO DIREITO AMBIENTAL

1.1 Evolução do direito ambiental

A partir da segunda metade do século XX, após as duas grandes guerras mundiais, iniciou-se a preocupação com o meio ambiente. A dimensão da poluição industrial provocada a partir da Revolução Industrial, caracterizada pelo uso e a exploração intensiva dos recursos naturais, trouxe consequências à saúde humana e ao meio ambiente, desencadeou a chamada crise ambiental da sociedade pós-moderna, representada pela escassez de recursos naturais e pelas catástrofes em escala planetária.

Com isso, a partir da década de 1970, a conscientização do comprometimento dos recursos naturais, do risco de catástrofes ambientais e da incompatibilidade entre o modelo econômico capitalista e a manutenção da qualidade de vida trouxe à tona a necessidade de inserção do meio ambiente na relação de direitos merecedores de proteção jurídica, com o estabelecimento de um aparato legislativo capaz de gerir os riscos ambientais e de conter os excessos praticados contra a natureza.

Nesse caminho, em 1972 ocorreu a Conferência de Estocolmo que foi um marco importante na implementação do Direito Internacional do Meio Ambiente, e nela foram votados e definidos três importantes documentos: a Declaração de Princípios de Estocolmo (Preâmbulo de sete pontos e os vinte e seis Princípios), o Plano de Ação para o Meio Ambiente e a Criação do PNUMA (Programa da ONU sobre o Meio Ambiente).

Apesar da importância da Conferência de Estocolmo e os documentos produzidos, os reflexos sobre a normatividade ambiental foi incipiente, porém algumas Constituições incorporaram o conceito do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental constitucional em países como: Portugal (1976), Espanha (1978), Brasil (1988) e Colômbia (1991).

Contudo, as mudanças mais significativas no direito ambiental ocorreram a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro em 1992, também nominada de RIO/92.

Os principais documentos produzidos pela RIO/92 foram a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Agenda 21, a Declaração de Princípios sobre as Florestas, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB). Esses dois últimos documentos foram juridicamente vinculantes.

Nesse diapasão, o meio ambiente foi tratado como um bem jurídico autônomo, independentemente dos interesses de apropriação e de desenvolvimento do homem. Estabeleceu-se a necessidade de compatibilizar o progresso com a preservação do ambiente — o chamado desenvolvimento sustentável.

Na sequência, em 14 de dezembro de 1997, no Japão, ocorreu o Protocolo de Quioto, acordo complementar à Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima firmado na RIO/92. Esse protocolo é o instrumento legal vinculante da Convenção do Clima, nele foram estabelecidas, de forma concreta, as metas obrigatórias de redução dos gases de efeito estufa a serem alcançadas pelos países desenvolvidos.

Após a adoção do Protocolo de Quioto, como um tratado acessório à Convenção do Clima (UNFCCC), ocorreram várias reuniões da Convenção das Partes (COP). Em 2018, ocorre a vigésima quarta edição da Convenção do Clima (COP-24) na Polônia.

Essas conferências envolvem uma grande disputa política e econômica, uma vez que impõem aos países poluidores a necessidade de revisão das fontes de energia onde baseia seu modo de produção e por meio do qual mantém o ritmo de seu desenvolvimento econômico.

Essa disputa também envolve a abrangência do “Princípio da Responsabilidade Comum, porém Diferenciada”. Esse princípio, aliado ao princípio da solidariedade, mostra-se essencial para uma verdadeira cooperação internacional⁴.

Nessa temática, um dos grandes equívocos da humanidade é pensar que está acima da natureza, e que esta deve servir humanidade. Porém, aos poucos, o homem está tomando consciência da necessidade de mudanças para assegurar a sua própria subsistência no Planeta Terra.

Pellens (2015, p. 72), ao discorrer sobre o tema da Sustentabilidade, destaca o entendimento de Gabriel Real Ferrer, segundo o qual o Direito é produto cultural e reflete as crenças e valores de um grupo social, bem assim que a relação do homem com a natureza, com o meio em que vive, sempre foi de dominação. Assim, essa relação precisa ser modificada, caso contrário, o homem corre o risco de ele próprio se extinguir e, deste modo, a estrutura clássica do Direito, tal qual está posta, somente se modificará por meio de uma revolução ambiental, que não se encontra no campo tecnológico, mas sim no cultural.

¹ “Os Estados deverão cooperar em espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Na medida em que tenham contribuído em graus variados para a degradação do meio ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas”. Princípio 7º da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Atlasnet. Disponível em: <www.atlasnet.com.br/guidosoares>. Acesso em: 17 ago. 2018.

Destarte, nessa árdua missão de proteção ao meio ambiente, o Direito Ambiental avançou nas últimas décadas, desenvolveu princípios e criou normas, mas que precisam ramificar e disseminar para todos os cantos do Planeta Terra. Insta frisar que referidos princípios não apenas norteiam, mas também estruturam, orientam, guiam e fundamentam o Direito, principalmente quando se considera a corrente pós-positivista, que sustenta o caráter normativo dos princípios.

Apesar dos avanços, em razão das particularidades do Direito Ambiental, é necessário um novo modo de ver a ordem jurídica, com uma pré-compreensão diferenciada do intérprete, na medida em que a Hermenêutica Filosófica comprova que o sentido a ser captado da norma jurídica é inesgotável.

Com isso, é preciso ampliar a visão além do sistema jurídico e perceber as interconexões que o Direito Ambiental faz com as outras áreas do saber. Se os valores e as percepções sociais são modificados, transforma-se, cedo ou tarde, mister um debate acerca do tratamento dado à natureza, por meio de fundamentos éticos.

1.2 A ética no contexto ambiental

Um breve debate sobre a ética no contexto ambiental neste trabalho se faz necessária, em face de permitir a reflexão e discussão no campo da filosofia e do direito, na medida em que a Ética pauta qualquer relação humana com os demais seres vivos.

Para o filósofo e jurista belga François Ost, em sua obra “A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito”, a crise ecológica não está apenas na destruição dos recursos ambientais, mas também na própria relação humana com a natureza. Para o autor:

[...] enquanto não for repensada a nossa relação com a natureza e enquanto não formos capazes de descobrir o que dela nos distingue e o que a ela nos liga, nossos esforços serão em vão, como a testemunha a tão relativa efectividade do direito ambiental e a tão modesta eficácia das políticas públicas neste domínio (OST, 1997, p. 9).

Nesta citada obra, Ost demonstra que a crise ecológica não se resume a um simples aumento de extensão e gravidade da degradação ambiental, e sim de uma crise de representação a propósito dos vínculos e limites entre o que é humano e o que é natural. Neste contexto, no embate entre o assim chamado antropocentrismo (natureza enquanto objeto) e o assim chamado biocentrismo (natureza enquanto sujeito), o autor propõe a ideia de natureza-projeto.

A ideia de Ost da natureza-projeto considera simultaneamente “o que a natureza faz de nós, e o que nós fazemos dela”, de tal forma ser possível estabelecer um futuro razoável, ou seja, de ligar os vínculos e demarcar os limites na busca de um meio justo.

Insta destacar que a noção natureza-objeto expressa a transformação da natureza em artifício, mero reservatório de recursos e depósito de resíduos. Para o pensamento do humanismo e do antropocentrismo, que têm suas raízes no renascimento e marcam profundamente o pensamento pós-medieval até a contemporaneidade, “o homem era, simultaneamente, a fonte do pensamento e do valor, e o seu fim último” (OST, 1997, p. 177–178).

Assim, a expressão *ambiente* carrega, historicamente, este sentido “coisificado” de cenário no qual reinam os homens (OST, 1997, p. 10).

Por esta corrente do antropocentrismo clássico, em que o homem está no centro do meio ambiente, este, o meio ambiente, serve tão somente para satisfazer os interesses humanos. A ética antropocêntrica tradicional pode ser fundamentada no pensamento de Immanuel Kant (2002, p. 229), ao sustentar a noção de que o ser humano não pode ser empregado como simples “meio” (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre há de ser tomado como “fim de si mesmo” (sujeito), em qualquer relação, seja ela como o Estado ou com os demais indivíduos. Referida abordagem implica uma visão utilitarista do ambiente.

Por seu turno, o antropocentrismo tem como desdobramentos o economicocentrismo e o antropocentrismo alargado.

Para José Rubens Morato Leite (2008, p. 137), “a dimensão econômico-cêntrica reduz o bem ambiental a valores de ordem econômica, fazendo com que qualquer consideração ambiental tenha como ‘pano de fundo’ o proveito econômico do ser humano”.

Quanto ao antropocentrismo alargado, entende Morato (2008, p. 137–138) que há o destaque para a responsabilidade do homem com a natureza, sendo este o protetor da biosfera, cujo enfoque se baseia na ideia de preservação ambiental como garantia da dignidade do próprio ser humano, renegando uma estrita visão econômica do ambiente. O alargamento dessa visão antropocêntrica reside justamente em considerações que imprimem ideias de autonomia do ambiente como requisito para a garantia de sobrevivência da própria espécie humana.

Com reações ao antropocentrismo, surgiram inúmeras correntes filosóficas, podendo ser enquadradas como não antropocêntricas, também nominadas de biocêntricas. Essas correntes apontam fundamentos para a defesa de direitos dos animais e da natureza.

Ost (1997, p. 175–178) simplifica essa corrente, na noção natureza-sujeito, em que substitui a centralidade do homem por aquela do movimento evolutivo da vida e adota a visão da natureza, “cuja perfeição de organização é fonte de toda a racionalidade e de todo o valor” (OST, 1997, p. 178).

Nesta linha, manifesta José Renato Nalini (2003, p. 3) ao afirmar que “somente a ética poderia resgatar a Natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado antropocentrismo num saudável biocentrismo”.

Cumpre, ainda, pontuar o pensamento de outros pensadores sobre questões pertinentes ao direito socioambiental, com breves apontamentos sobre a Alteridade de Emmanuel Levinas e da Responsabilidade com as Gerações Futuras por Hans Jonas.

Para o filósofo francês Emmanuel Lévinas, o pensamento ocidental totalitário está pautado em uma tentativa de compreensão de todas as coisas, ou seja, há um racionalismo na cultura ocidental. Esta maneira de apreender o Ser leva à negação do Outro, no sentido de tomá-lo como posse:

E esta parcialidade descreve-se no fato de que o ente, sem desaparecer, se encontra em meu poder. A negação parcial, que é a violência, nega a independência do ente: ele depende de mim. A posse é o modo pelo qual um ente, embora existindo, é parcialmente negado (2010, p. 30).

Assim, para ele a alteridade não irá ocorrer por meio de uma negativa do eu, ou de uma simples igualdade entre o eu e o outro. Há uma assimetria entre os dois. O eu pode permanecer em seu egoísmo, mas a presença do outro confere a possibilidade de abertura para o outro e da responsabilidade para com este. A própria negligência em relação ao outro será também responsabilidade. A responsabilidade afirmativa significa tomar o outro, não como objeto, mas como único e insubstituível.

Entendo a responsabilidade como responsabilidade por outrem, portanto, como responsabilidade por aquilo que não fui eu que fiz, ou não me diz respeito; ou que precisamente me diz respeito, é por mim abordado como rosto (LÉVINAS, 1988, p. 87).

A relação social também será derivada da relação do Outro ao mesmo através do rosto. Para Lévinas, a sociedade não deve ser entendida como uma relação entre indivíduos semelhantes. A fraternidade decorre da “minha responsabilidade em face de um rosto que me olha como absolutamente estranho” (2013, p. 209). Os homens não são iguais, pois cada um é uma unidade. No acolhimento do rosto instaura-se a igualdade.

Com isso, Lévinas abre a possibilidade de pensar a relação entre os homens não em termos de igualdade, mas de alteridade. A fraternidade humana estará pautada na percepção de que cada homem é uma individualidade inalienável.

Assim, viver em fraternidade na comunidade significa ser responsável pelo outro.

Cumpra aqui destacar os ensinamentos de Lafayette Pozzoli (2014, p. 148), para quem a fraternidade impulsiona uma nova possibilidade de integração entre as pessoas, nas quais as necessidades vitais serão suprimidas pela amizade, através do pacto jurado conjuntamente. A ideia do “jurar em conjunto” tem vínculos com um futuro fraterno.

A fraternidade compreende, assim, uma visão de coletividade e alteridade.

Lévinas ainda defende que tal responsabilidade não se restringe apenas àqueles que fazem parte de um convívio diário e próximo. “Porque eu próprio sou responsável pela responsabilidade de outrem” (1988, p. 91). A responsabilidade é o que humaniza, e isso pressupõe abertura para o outro, o que significa aceitar e respeitar a diferença (o outro), sendo que esse conceito de responsabilidade para com o outro é fundamental para o presente estudo.

Já para o filósofo alemão Hans Jonas, com a tecnologia moderna, a natureza passou a ser colocada em questão quanto à sua própria preservação. No século XX, a humanidade passou a ter um poder capaz de dizimar não só a si mesmo como as demais espécies e o próprio planeta, e enfatiza que “a promessa de tecnologia moderna se converteu em ameaça, ou esta se associou àquela de forma indissolúvel. Ela vai além da constatação da ameaça física” (JONAS, 2006, p. 21).

Entende Jonas que as éticas tradicionais não são capazes de lidar com a práxis contemporânea. Assim, fundamental pensar uma alternativa que justifique a responsabilidade para as gerações posteriores: “Essa descoberta, cujo choque levou ao conceito e ao surgimento da ciência do meio ambiente (ecologia), modifica inteiramente a representação que temos de nós mesmos como fator causal no complexo sistema das coisas” (JONAS, 2006, p. 39).

O homem passa a ser responsável não mais apenas pelo outro homem perto de si, mas por toda a biosfera: “A natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada. Que tipo de deveres ela exigirá? Haverá algo mais do que o interesse utilitário?” (JONAS, 2006, p. 39).

Assim, a clássica ética antropocêntrica não é mais capaz de lidar com as novas questões propostas pelos tempos atuais. Para a ética antiga, as ações humanas eram pensadas numa associação de causa e efeito bem próxima. Entretanto, o resultado das ações oriundas da

técnica moderna pode gerar resultados em gerações posteriores. Além do mais, várias dessas ações podem ser irreversíveis.

Atualmente, há necessidade de uma exigência moral e responsabilidade com a natureza e com homens que ainda não existem.

Ao menos deixou de ser absurdo indagar se a condição da natureza extra-humana, a biosfera no todo e em suas partes, hoje subjugadas ao nosso poder, exatamente por isso não se tornaram um bem a nós confiados, capaz de nos impor algo como uma exigência moral (JONAS, 2006, p. 41).

O dever com o futuro não está associado à percepção de que as ações éticas passam por direitos e deveres recíprocos. Os seres que ainda não existem não têm a possibilidade de fazer reivindicações por seus direitos. “Mas a ética almejada lida exatamente com o que ainda não existe, e o seu princípio de responsabilidade tem de ser independente tanto da ideia de um direito quanto da ideia de uma reciprocidade” (JONAS, 2006, p. 89).

Para Jonas, quando se fala em responsabilidade há o pressuposto básico de que para haver responsabilidade devem existir homens, isto é, Jonas compreende uma responsabilidade inerente à condição existencial do homem pelo fato de existir. Assim, a existência da humanidade garante que ela seja responsável pela sua existência e perpetuação dela, independentemente de haver um fundamento para tal evento.

Jonas entende, ainda, que a responsabilidade paterna termina quando as crianças atingem uma certa independência, assim, analogicamente, há uma responsabilidade dos políticos, que permanecem para com as gerações futuras. O fato de o homem moderno conseguir manipular a natureza e um poder destrutivo como nunca antes em sua história, as ações presentes podem ter resultados incertos, os quais o homem não tem necessariamente controle. E é justamente a possibilidade de efeitos drásticos que deve reger a mentalidade governamental: “A prevenção é em geral, *prima causa*, pois a predição como advertência é certamente um motivo mais forte para políticas governamentais, uma exigência mais coercitiva para a responsabilidade, do que a sedução de uma promessa” (JONAS, 2006, p. 204).

Nessa esteira, enfatiza Jonas o papel fundamental das políticas governamentais na preservação do homem e do meio ambiente.

O futuro da humanidade é o primeiro dever do comportamento coletivo humano na idade da civilização técnica, que se tornou “todo-poderosa” no que tange ao seu potencial de destruição. Esse futuro da humanidade inclui,

obviamente, o futuro da natureza como sua condução *sine qua non* (2006, p. 229).

Natureza e homem não são tomados indistintamente por Jonas, na medida em que o homem tem a capacidade de destruir ao alterar definitivamente toda a biosfera. Qualquer tipo de antropocentrismo deve ser deixado de lado. O homem, como a única forma de vida capaz de dizimar a natureza através de sua técnica, evidentemente passa a ser responsável não apenas por sua própria espécie, mas também por toda a natureza.

Assim, para Jonas o princípio da responsabilidade deve constituir nova ética para a civilização tecnológica. Antes de um dever jurídico, está-se diante de um dever moral, com o intuito de ser guia não apenas das condutas humanas, mas, ainda, de seu jeito de relacionar com o meio ambiente.

Com isso, Hans Jonas permite a reflexão a respeito das gerações futuras e faz uma ligação entre a sociedade e o ambiente, sendo, portanto, importante para o pensamento socioambiental e a uma nova ética em que se exige responsabilidade para com o futuro.

Inspirado em Jonas, Leonardo Boff defende a noção de que todos os seres vivos têm história, complexidade e interioridade, sendo, portanto, sujeitos de direito. E, ainda, enfatiza; “precisamos enriquecer nosso conceito de democracia, no sentido de uma biocracia e cosmocracia, em que todos os elementos entram a compor, em distintos níveis, a sociabilidade humana” (BOFF, 2009, p. 91).

Extraí-se, portanto, a ideia de que, dependendo do viés ético abordado, haverá influência para o Direito, afetando, indubitavelmente, a titularidade do direito fundamental ao meio ambiente.

Se for considerado sob a perspectiva natureza-objeto, o elemento natureza é desconsiderado, ao passo que, sob o enfoque natureza-sujeito, a exclusão está no elemento humano.

Para resolver esse problema entre o natural (natureza-sujeito) e o positivo (natureza-objeto), Ost (1997, p. 35) propõe uma terceira categoria, como antes exposto, a do justo, que informa a natureza-projeto.

Com base nesse conceito, defende um direito intergeracional, cujos postulados fundamentais referem-se à responsabilidade e ao patrimônio. Tal tarefa evoca o papel do direito do Direito em denominar, classificar, arbitrar, ou seja, “afirmar o sentido da vida em sociedade”, lembrando que o vivo não pode ser reduzido ao artificial, e que o humano não pode ser reduzido ao animal (OST, 1997, p. 16–22).

Insta destacar a ideia Ost, a qual não se trata de colocar algo no centro das coisas, entre o antropocentrismo e biocentrismo, mas de superar essa dicotomia em uma concepção que demonstre sua interdependência, e que simultaneamente constitua uma concepção mais elevada e mais apta à construção de um meio justo.

Para ele, a noção de Meio permite compreender que homem e natureza interagem. Assim, a natureza é essencial ao homem, mas o homem, por sua vez, se distingue do natural (inclusive do animal) devido ao seu potencial de transformação da natureza, muito maior do que os demais seres vivos e, sobretudo, por sua condição de ser ético capaz de produzir sentido e, deste modo, de compreender a relação entre homem e natureza, valorá-la e projetá-la para o futuro.

Nesse sentido, por ser racional, o ser humano possui uma ética solidária em relação a todas as modalidades de vida, sendo responsável por suas condutas que influenciam as atuais gerações, bem como as futuras. Tem, ainda, o dever de solidariedade perante outras modalidades de vida, sendo responsável pelo equilíbrio ambiental.

Na esfera da doutrina nacional, pode-se citar a abordagem jurídica de Sarlet e Fensterseifer, a partir do que defendem um antropocentrismo ecológico, em que “o melhor caminho jurídico para a proteção ecológica, mesclando em alguns momentos fundamentos de matriz ‘antropocêntrica’ e ‘econcêntrica’, reside na luta pela efetivação dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos)” (FENSTERSEIFER, 2014, p. 145–146).

Referidos autores entendem que teria sido a opção político-jurídica do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, e da legislação ambiental em geral, envolvendo, assim, a responsabilidade de todos, incluindo geração como geração humana presente para com os interesses e direitos das futuras gerações (humanas e não humanas).

Independente da corrente filosófica, Leonardo Boff (2009, p. 93–94), em face das ameaças que pairam sobre o planeta Terra e a humanidade, defende seis imperativos mínimos de uma ética mundial: (i) ética do cuidado, capaz de salvaguardar a Terra como um sistema vivo e complexo, proteger a vida, garantir os direitos dos seres humanos e de todas as criaturas; (ii) ética da solidariedade, na medida em que “cresce a percepção de que vigoram interdependências entre todos os seres, de que há uma origem e um destino comuns, de que carregamos feridas comuns e alimentamos esperanças e utopias comuns”, das atuais e das futuras gerações; (iii) ética da responsabilidade, que se concretiza pela responsabilidade com o meio ambiente, qualidade de vida de todos os seres; (iv) ética do diálogo, por meio da qual as comunicações transforme a Terra numa “única ágora grega onde os cidadãos se acostumem a opinar, discutir e juntos, a elaborar consensos mínimos em benefício de todos”; (v) ética da

compaixão e da libertação, que é a atitude de sofrimento diante do padecimento do outro e de participar de suas lutas de libertação, e, por último, (iv) ética holística, que significa a capacidade de ver a transversalidade.

A proposta deste estudo é se basear na concepção ética da responsabilidade para com as presentes e futuras gerações.

1.3 Meio ambiente: conceito e aspectos

Para avançar e atingir a proposta desse estudo urge esclarecer alguns conceitos sobre a matéria.

Qual é o conceito de meio ambiente?

De acordo com Édis Milaré, do conceito de meio ambiente podem-se distinguir duas perspectivas: uma restrita e outra ampla, sendo que na visão restrita, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos. Na concepção ampla, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Nesse entender é possível destacar que, de um lado, o meio ambiente natural ou físico é constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, do outro, o meio ambiente artificial (ou humano), é formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções (MILARÉ, 2005, p. 99).

Por sua vez, o legislador infraconstitucional tratou de definir o meio ambiente no art. 3^o, inc. I, da Lei 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente –, recepcionada integralmente pela Constituição Federal de 1988, como sendo “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”. Tal definição considera o meio ambiente como tudo aquilo que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, não se limitando, portanto, apenas à vida humana.

Nesse caminho, José Afonso da Silva traz a seguinte definição: “meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (2002, p. 20).

⁵ “Art. 3^o - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.”

Na lição de Antunes, o meio ambiente é um bem jurídico autônomo e unitário, não confundível com os recursos ambientais, não sendo um simples somatório destes (2002, p. 200).

Ante tal contexto, é preciso reconhecer e identificar o meio ambiente como bem autônomo fundado no seu caráter interrelacional, em detrimento da visão simplista de mera soma dos recursos ambientais, sejam naturais (ar, solo, flora, etc.) ou artificiais (patrimônio histórico, cultural, etc.).

Outrossim, valem os ensinamentos de Rui Carvalho Piva:

A separação dos conceitos de bem ambiental e de recursos ambientais, que aqui vamos considerar como sendo todos os demais bens jurídicos, de qualquer natureza, ou seja, privados, públicos, coletivos, materiais e imateriais, capazes de proporcionar equilíbrio ecológico ao meio ambiente, representa uma vigorosa particularidade técnica da aplicação da norma neste particular ramo de direito, que é o Direito Ambiental (2000, p. 138).

O ordenamento jurídico pátrio adotou o antropocentrismo alargado, ou seja, não mais limitado no ser humano, “porque considerou o ambiente como bem de uso comum do povo, atribuindo-lhe inegável caráter de macrobem”.

Por sua vez, os recursos ambientais (ar, solo, água, fauna, flora, etc.) não devem ser confundidos com bens ambientais, mas componentes do meio ambiente como “macrobem”.

Dessa conceituação, o importante é destacar o entendimento de que o meio ambiente como “macrobem”, ou seus elementos, recursos ambientais como “microbem”, estão sujeitos a um regime jurídico especial, enquanto bens essenciais à manutenção da vida em todas as suas formas.

Cumprindo, ainda, destacar que o meio ambiente é um bem incorpóreo e imaterial, além de indisponível, detendo regime jurídico próprio e autônomo em relação aos recursos ambientais que o compõem; e os recursos ambientais podem ser corpóreos/materiais ou incorpóreos/imateriais, disponíveis ou indisponíveis.

Quanto ao regime jurídico, a Carta Política de 1988 criou uma nova categoria de bens: os bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida, isto é, o bem difuso, que não se confunde com os denominados bens públicos ou privados. Assim, esses bens não pertencem nem ao Estado, nem ao particular, mas sim à coletividade, representada pelas presentes e futuras gerações, sendo todos estes detentores de tal bem.

O bem ambiental, protegido na norma de direito fundamental, é difuso, de uso comum do povo e, portanto, indisponível, sendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios responsáveis por sua administração e por zelar pela sua adequada utilização e preservação, em benefício de toda a coletividade. Não é bem público, tampouco privado. Isto significa que o Poder Público é mero gestor do meio ambiente.

Além disso, como acima exposto, possui também como características a indisponibilidade e, conseqüentemente, a insuscetibilidade de apropriação, seja pelo Estado, seja pelos particulares.

Encerrando estas considerações, conclui-se que o regime jurídico do meio ambiente como bem autônomo é o de bem difuso de uso comum do povo, incorpóreo, indisponível e insuscetível de apropriação.

Quanto ao regime jurídico dos recursos ambientais é recheado de particularidades devendo ser analisado caso a caso, tendo como única característica comum a impossibilidade de seu uso ser lesivo ao meio ambiente como bem autônomo.

No entender de Álvaro Luiz Valery Mirra, é possível a apropriação e a utilização de alguns recursos ambientais — desde que esta apropriação não leve à apropriação individual do meio ambiente:

Na mesma ordem de ideias, não podem os particulares pretender apropriar-se do meio ambiente como bem imaterial, ou seja, como conjunto de condições, relações e interdependências que condicionam, abrigam e regem a vida. O que pode eventualmente ser apropriado, o que pode eventualmente ser utilizado pelos particulares, sobretudo para fins econômicos, são determinados elementos corpóreos que compõem o meio ambiente e os bens ambientais (como as florestas, os solos, as águas, em certos casos os exemplares da fauna e da flora, determinados bens móveis e imóveis integrantes do patrimônio cultural) e, mesmo assim, como se verá a seguir, de acordo com condicionamentos, limitações e critérios previstos em lei e desde que essa apropriação ou utilização dos bens materiais não leve à apropriação individual (exclusiva) do meio ambiente como bem imaterial (2002, p. 12).

Portanto, nada obsta que certo recurso ambiental, na concepção de microbem ambiental, isto é, dos elementos que o compõem (florestas, rios, etc.), tenha regime jurídico de direito privado e outros sejam regidos por regime de direito público.

Neste sentido, é possível reconhecer que a indisponibilidade existente no meio ambiente não é aplicável imediatamente ao caso dos recursos ambientais, pois a estes, conforme o caso, pode ser aplicada a indisponibilidade total, restrita e até mesmo nenhuma.

Entretanto, não é cabível o uso irresponsável de determinados recursos ambientais que possam deter a condição de regime privado, pois a utilização de tais recursos está limitada

à atividade sustentável de forma a não prejudicar o meio ambiente como macrobem autônomo, por ser este difuso, indisponível e insuscetível de apropriação.

Destaque-se, ainda, o fato de que as primeiras normas ambientais deram um enfoque utilitarista da natureza, na medida em que era considerada como um bem inesgotável. Nunca um dia o homem teria imaginado que a água, as plantas, o ar, enfim, os bens naturais poderiam se tornar escassos.

1.4 A legislação ambiental brasileira

Ao realizar uma incursão ao passado, nos idos do descobrimento, verifica-se que as Ordenações portuguesas, Afonsinas ou Manuelinas, que regiam o Brasil na época, vez que era uma colônia de Portugal, foram pioneiras em proteção de alguns bens ambientais segundo Ann Helen Wainer, como informa:

Podemos afirmar que a legislação ambiental portuguesa era extremamente evoluída. O corte deliberado de árvores frutíferas foi proibido através da ordenação determinada pelo rei D. Afonso IV, aos 2 de março de 1393, tendo sido posteriormente compilada no livro V, título LVIII, das Ordenações Afonsinas (1999, p. 5).

Entretanto, ao interpretar tais diplomas, verifica-se que as reais intenções protecionistas tinham na realidade um cunho essencialmente utilitarista.

A legislação no Brasil Colônia e também no Brasil Império caminhou no mesmo sentido.

A partir da segunda metade do século XX, após as duas grandes guerras mundiais, iniciou-se a preocupação com o meio ambiente. A dimensão da poluição industrial provocada a partir da Revolução Industrial, caracterizada pelo uso e a exploração intensiva dos recursos naturais, trouxe consequências à saúde humana e ao meio ambiente, desencadeou a chamada crise ambiental da sociedade pós-moderna, representada pela escassez de recursos naturais e pelas catástrofes em escala planetária.

A legislação brasileira não logrou produzir um microsistema jurídico próprio para a proteção do meio ambiente, mas, sim, legislações esparsas, numa dispersão normativa referida a elementos setoriais do meio ambiente (florestas, águas, fauna, solo) de forma fragmentada e sem a concepção holística de meio ambiente. Tal normatividade teve conotação privatista de regimes de mera apropriação de recursos naturais não se tutelando o meio ambiente de modo

autônomo. A intenção era a privatização dos recursos naturais em decorrência da apropriação privada dos elementos naturais e permissão estatal para degradação.

Nesse período podem ser destacadas as seguintes legislações infraconstitucionais: a) Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, que aprovou o primeiro Código Florestal brasileiro; b) Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, que aprovou o Código de Águas; c) Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, que coloca os animais sobre a tutela do Estado; d) Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, que aprovou o Código de Minas.

Já no período posterior à Segunda Guerra Mundial, a partir da década de 1960, apesar da legislação ainda fragmentada e sem uma visão holística do meio ambiente, cuja característica destinava-se ao aspecto utilitarista do meio ambiente, dá-se o surgimento de codificações importantes da legislação ambiental: Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, dispõe sobre o Código Florestal; Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967, dispõe sobre o Código da Fauna; Decreto-lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, dispõe sobre o Código da Pesca; e Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, dispõe sobre o Código de Minas.

Processualmente, na defesa dos direitos metaindividuais, o primeiro diploma foi a Lei n. 4.717/65, a Lei da Ação Popular. Nesse passo, os grandes conflitos de interesses não são mais resolvidos sobre o enfoque individual, mas coletivos.

A partir da década de 1970, a conscientização do comprometimento dos recursos naturais, do risco de catástrofes ambientais e da incompatibilidade entre o modelo econômico capitalista e a manutenção da qualidade de vida trouxe à tona a necessidade de inserção do meio ambiente na relação de direitos merecedores de proteção jurídica, com o estabelecimento de um aparato legislativo capaz de gerir os riscos ambientais e de conter os excessos praticados contra a natureza.

O marco internacional do direito ambiental e da difusão da crise ambiental como exposto anteriormente foi dado na Conferência de Estocolmo, em 1972. Nela, o meio ambiente foi tratado como um bem jurídico autônomo, independentemente dos interesses de apropriação e de desenvolvimento do homem. Estabeleceu-se a necessidade de compatibilizar o progresso com a preservação do ambiente — o chamado desenvolvimento sustentável.

A partir daí, teve início a transformação normativa em prol do meio ambiente, dando ensejo no Brasil à criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente em 1974.

Merecem destaque os seguintes textos normativos: a) Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, que ordenava as indústrias nacionais a promover as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiental; b) No Estado de São Paulo, a lei 997/76 e o seu regulamento Decreto 8.468/76 foi

um avanço e um marco na proteção ambiental uma vez que introduziu a figura do licenciamento ambiental e o controle na a emissão de poluentes pelos poluidores; c) Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977, dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares; d) Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, dispõe sobre a criação de áreas especiais e de locais de interesse turístico, de bens de valor cultural e natural, com as reservas e estações ecológicas; e) Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Por sua vez, inaugurando na normatividade ambiental brasileira uma nova forma de abordagem jurídica do meio ambiente, que passa a ser protegido de forma integral, por meio de uma visão holística e sistematizada e não mais fragmentada e setorizada, em 1981 foi editada a Lei nº 6.938, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e representou um grande avanço na tutela dos direitos metaindividuais e configura-se como norma geral sobre proteção ambiental, pois estabelece princípios, objetivos e instrumentos para a implementação da preservação dos recursos naturais no País, além de instituir o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

No artigo 2º, *caput*, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente estabelece o objetivo geral⁶ para, em seguida, no artigo 4º, estabelecer seus objetivos específicos⁷.

Quanto aos objetivos específicos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), elencados no artigo 4º, deve ser destacado o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, que seria, grosso modo, a definição da linha divisória entre o impacto ambiental tolerável pela coletividade e o dano ambiental.

⁶ “Art. 2º – A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.”

⁷ “Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais; IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

Tais limites, definidos através de estudos técnicos específicos para cada tipo de atividade e inseridos nas normas ambientais, são essenciais para possibilitar a responsabilização dos agentes degradadores do meio ambiente.

Em vista da vulnerabilidade do meio ambiente, o objetivo é evitar a concretização do dano ambiental. Trata-se da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. Por sua vez, a PNMA busca a restauração dos recursos, ou seja, deve-se recompor, restituir o ecossistema degradado o mais próximo da sua condição original.

Tendo em vista que há casos em que a recomposição integral do meio ambiente degradado é inviável, em decorrência da fragilidade do ecossistema, ao poluidor será imposta a obrigação de recuperar os danos causados, na maior medida possível, ou seja, de reconstituir o ecossistema a uma condição não degradada, que pode até mesmo ser diferente de sua condição original.

Caso o dano seja irrecuperável, caberá ao poluidor indenizar os danos causados por meio de pagamento que deverá ser revertido à preservação do meio ambiente. Trata-se da responsabilidade civil do poluidor pelo dano ambiental e da aplicação do princípio do poluidor-pagador.

Cumpre destacar que o conceito de poluidor abrange tanto as pessoas físicas, quanto as jurídicas de direito privado e de direito público, sendo isso relevante para a análise de termos como a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Há de se ressaltar que poluidor é aquele responsável direta ou indiretamente pela degradação ambiental, o que amplia ainda mais o conceito e, conseqüentemente, o rol de responsáveis pelos danos ao meio ambiente.

Na sequência dessa nova visão, em 1985 foi promulgada a Lei nº 7.347, Lei da Ação Civil Pública, instrumento processual apto à defesa contra lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente e a qualquer direito difuso e coletivo, que entre os seus bens protegidos, encontra-se o meio ambiente.

Apesar da visão holística inaugurada com a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, somente com a Constituição de 1988 é modificada a história brasileira de utilitarismo referente aos bens ambientais.

À luz de uma sociedade pós-moderna, complexa, de riscos imprevisíveis e ecologicamente instável, a Carta Política de 1988 é o ponto de partida de todo o processo de interpretação e aplicação de normas que tutelam o meio ambiente, bem como, norteiam a política ambiental.

Por meio dos artigos 225, *caput*, e 5º, § 2º, a Constituição Federal de 1988 atribuiu, de forma inédita, ao meio ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, consagrando a proteção ambiental como um dos objetivos do Estado brasileiro.

Com a Constituição Federal de 1988 resta superado o paradigma de uma normalização com cunho essencialmente utilitarista, estatizante e focalizada apenas na proteção patrimonial e na apropriação de recursos naturais específicos, passando a introduzir-se o regramento jurídico da própria qualidade do meio ambiente e seu equilíbrio, de forma ampla e integrada, como bem jurídico autônomo e essencial à sadia qualidade de vida, fundando-se um microssistema jurídico composto por princípios próprios que, por sua vez, passam a influenciar a interpretação e concretização de toda a legislação ambiental.

A partir da Constituição Federal de 1988, atribuiu-se ao Estado uma de suas principais funções, a de planejar, isto é, realizar o planejamento sustentável através da elaboração de políticas públicas de preservação ambiental e da definição de áreas prioritárias de ação governamental em matéria ambiental.

No ano de 1990, mais um avanço, a publicação da Lei nº 8.078, que definiu os direitos metaindividuais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Em 12/02/1998, foi promulgada a Lei de Crimes Ambientais, Lei nº. 9.605, que regulamenta o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, a qual determina que as condutas lesivas ao meio ambiente sejam punidas também no âmbito penal. Há um “mandato expresso de criminalização”, ou seja, a Carta Magna estabelece imposição de medidas coercitivas aos transgressores do mandamento constitucional do meio ambiente.

Em 25 de maio de 2012, foi promulgada a Lei nº 12.651, conhecida como Novo Código Florestal, que alterou diversos dispositivos do anterior Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), importante instrumento legislativo de proteção das florestas e demais formas de vegetação, limitando o direito de propriedade em relação à Área de Preservação Permanente e à Reserva Legal.

1.5 O constitucionalismo e o princípio da dignidade humana como fundamento de validade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O contexto jurídico do constitucionalismo contemporâneo é a construção, o aprimoramento e a efetivação do Estado Democrático-Constitucional. Nele, o sistema jurídico possui fundamentação discursivo-principiológica, e não mais positivista legalista. Portanto, e apesar da lei ocupar *status* relevante no Direito contemporâneo, toda a legislação é atualmente

elaborada, interpretada e aplicada à luz dos princípios discursivamente instituídos, que passaram a exercer diversas funções estruturantes e funcionais no sistema jurídico e no contexto social do sistema jurídico.

Nesse sentido, o sistema jurídico passou a ser concebido, constituído, interpretado e aplicado sob o enfoque dos princípios decorrentes da força normativo-comunicante da Constituição.

Mais do que a positivação legislativa de direitos, garantias e deveres fundamentais individuais e coletivos, o constitucionalismo contemporâneo possui como premissa a sua efetivação, frisa-se “premissa”.

É fundamental que os direitos e as garantias fundamentais sejam concretizados no cotidiano da sociedade e que os deveres fundamentais sejam observados pelos seus respectivos destinatários, quais sejam, os agentes e as instituições dos setores público e privado, assim, como os indivíduos e a sociedade (SARLET, 2007, p. 462).

Apesar de alguns percalços, os direitos, as garantias e os deveres fundamentais vêm sendo ampliados para contemplar uma sociedade cada vez mais plural, complexa e dinâmica em sua composição. Por seu turno, a sociedade passou a conviver com direitos, garantias e deveres não apenas individuais, mas de alcances coletivos diferenciados.

Um dos pilares básicos do constitucionalismo contemporâneo é a conciliação da liberdade com a igualdade, de modo a permitir a solidariedade entre os indivíduos, entre os grupos sociais, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações. Por isso, os indivíduos, os grupos sociais e a globalidade da sociedade são corresponsáveis, juntamente com o Estado, pela efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

E como os direitos, as garantias e os deveres fundamentais estão em constante processo de evolução para ampliação e atualização, o sistema constitucional é, historicamente, propenso à incorporação de novos direitos, garantias e deveres ao acervo jurídico da sociedade. Assim, o sistema jurídico contemporâneo reconhece a coexistência de múltiplas dimensões de direitos, garantias e deveres fundamentais.

Isso explica, muito embora haja divergência doutrinária quanto à classificação e ao conteúdo das dimensões de direitos, garantias e deveres fundamentais, o fato do constitucionalismo contemporâneo, em mais de meio século, defender o surgimento de novos direitos, garantias e deveres fundamentais, os nominados direitos de terceira, quarta e até quinta dimensões.

Recorda-se que a primeira dimensão de direitos são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis (liberdade individual, propriedade) e políticos. São direitos individuais com

caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais que já haviam sido incorporados ao constitucionalismo antes do período da Segunda Guerra Mundial. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

Já os direitos fundamentais de terceira geração foram constituídos pelos direitos, garantias e deveres que se afirmaram com o Estado Democrático-Constitucional, após a Segunda Guerra Mundial. São aqueles ligados ao valor da fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Quanto aos direitos de quarta geração são os que compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política.

Cumprir destacar que a essência e a razão do Estado Constitucional reside justamente no progressivo reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos ou direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 normatizou, em seu artigo 1º, inciso III⁸, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Segundo o magistério de Barroso (2001, p. 11), além de ser um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, a dignidade da pessoa humana serve como justificação moral e como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Ensina José Afonso da Silva:

A dignidade é atributo intrínseco, da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano (2005, p. 38).

⁸ “Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”

Nesta mesma linha, Ivanaldo Santos descreve:

O Princípio da Dignidade Humana é uma característica inerente ao indivíduo e que o diferencia dos demais, protegendo-o de todo e qualquer tratamento discriminatório ou degradante. O referido princípio apresenta duas concepções: a primeira prevê como um direito individual protetivo, em relação ao Estado e em relação aos demais indivíduos. A segunda estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário aos próprios semelhantes, ou seja, respeitar a dignidade do seu semelhante como é exigido pelo texto constitucional (2016, p. 97).

Por sua vez, o princípio da dignidade humana é fundamental e diretamente afeto à proteção ambiental, vez que não há como ser uma pessoa digna sem um ambiente adequado para seu desenvolvimento.

Com isso, a dignidade vincula-se a condições de vida e existência que contemplem um meio ambiente saudável e equilibrado, porque sem um ambiente que ofereça condições de se viver com saúde, inclusive psicológica, ela estará totalmente maculada.

Fixadas as premissas de que a dignidade da pessoa humana funciona tanto como um fundamento da República Federativa do Brasil, como também um princípio norteador da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, que dela retiram diretamente o fundamento de validade, é mister estabelecer como se dá a sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado no sistema jurídico brasileiro, como nos ensina Solange Teles da Silva:

A consagração do direito fundamental ao meio ambiente, no artigo 225 da Constituição Federal, tem um duplo significado: a) em primeiro lugar afirma o valor do meio ambiente para assegurar a dignidade humana. O fundamento da constitucionalização do direito ao meio ambiente é a própria dignidade da pessoa humana das gerações presentes e futuras. De maneira mais abrangente é possível afirmar que o fundamento da consagração de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a dignidade da vida em as suas formas. Trata-se de assegurar a continuidade da vida no planeta. Fundada na solidariedade humana no tempo e no espaço; em segundo lugar, o direito ao meio ambiente é transformado em norma constitutiva fundamental da ordem jurídica, meio necessário para que o indivíduo e a coletividade, ambos possam desenvolver todas as suas potencialidades e enfim, para que a vida social possa ser conduzida para alcançar o desenvolvimento sustentável (SILVA, 2007, p. 172).

Assim, o Estado Democrático Constitucional de Direito brasileiro, ao exigir o equilíbrio ambiental para a promoção da sadia qualidade de vida, por consequência, acena no sentido de que a promoção da dignidade da pessoa humana depende de um ambiente livre de

degradações que ponham em risco o equilíbrio dos ecossistemas e a qualidade dos recursos naturais.

Todavia, a sociedade brasileira há ainda muito o que conscientizar e avançar, pois se as pessoas são sujeitos de direitos e de garantias, são igualmente devedoras do respeito e da efetivação dos direitos e das garantias dos demais indivíduos e das coletividades, tanto para o tempo presente quanto para o tempo futuro.

1.6 Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental de terceira dimensão

O surgimento dos direitos fundamentais como direitos explícitos do homem, como brevemente descrito no item anterior, não ocorreu de imediato, mas sim por um processo de conquistas e também de reafirmação de direitos que foram abandonados, devido à opressão do Estado contra os indivíduos.

Estes direitos foram se originando a partir de declarações que demonstravam a necessidade de explicitá-los, em razão do desenvolvimento humano, podendo ser considerado que o reconhecimento dos direitos fundamentais por meio de enunciados explícitos como sendo uma prática recente e que não tem limites qual será o seu alcance, vez que o homem para se desenvolver tem necessidade de conquistar e reconquistar direitos que foram perdidos anteriormente (SILVA, 2006, p. 149).

Como é cediço, os direitos fundamentais são aqueles que o ordenamento jurídico qualifica como tais, ou seja, aqueles que foram reconhecidos pela ordem constitucional de um Estado. A Constituição é o eixo central de todo o ordenamento, de forma que os preceitos constitucionais devem orientar — e se sobrepor — a todas as demais normas.

Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos fundamentais contêm uma “ordem dirigida ao Estado, no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais” (2005, p. 161).

Entretanto, é enorme o desafio que se impõe para a concretização dos direitos humanos fundamentais no mundo atual, dentre eles, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como anteriormente exposto, a proteção ambiental passou a ser tema de elevada importância nas Constituições contemporâneas em face do modelo de desenvolvimento.

No Brasil, o artigo 225⁹ da Constituição da República de 1988, consagrou o direito fundamental ao meio ambiente.

Nesse passo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou *status* como direito fundamental da pessoa humana, não mais como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidade públicas, como ocorria em constituições antigas (SILVA, 2000, p. 43).

O artigo 225 inovou a proteção do meio ambiente no Brasil e estabeleceu os direitos, mas também os deveres tanto do Poder Público quanto da coletividade para a obtenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O texto constitucional chama a atenção para a conservação e a salvaguarda dos recursos naturais, quando insere em seu discurso, claramente, o “equilíbrio ecológico” e vai além das acepções limitadas à paisagem, à ordenação do território e à salubridade do ambiente, mas a utilização do pronome indefinido “todos”, referindo-se a todas as pessoas humanas independente de qualquer diferença.

Cumprindo ainda destacar que a Constituição Federal de 1988 cria um novo tipo de bem, ou seja, o “bem ambiental” de uso comum do povo, que deve ser compreendido não somente como os bens naturais, como fauna, flora, recursos hídricos, mas também o meio ambiente artificial, aquele construído pelo homem.

Quanto à natureza jurídica do bem ambiental estabelecido pela Constituição de 1988, há diversos entendimentos, os quais são considerados como um bem de interesse público, como um patrimônio público, como patrimônio coletivo ou um bem difuso.

José Afonso da Silva entende que o bem ambiental tem natureza jurídica de interesse público, ou seja:

[...] meio ambiente de um modo geral, pode-se dizer que tudo isso significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertençam a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade. [...] São bens de interesse público, dotado de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo (SILVA, 2009, p. 84).

Com uma visão legalista, Antônio Herman Benjamin (1993, p. 60) infere que a Lei nº 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, já atribuía ao meio ambiente a

⁹ “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.”

natureza jurídica de patrimônio público em seu artigo 2º, inciso I, e a única forma que passa a ser entendido como bem difuso e quando se trata de sua legitimação para agir.

Já Cristiane Derani (2008, p. 245) classifica o meio ambiente e, conseqüentemente, o bem ambiental, como patrimônio coletivo, sendo que sua manutenção é imprescindível para o desenvolvimento do indivíduo como também da comunidade.

Édis Milaré, de forma objetiva, assevera que: “No trato do meio ambiente, e tendo em vista a sua natureza de bem difuso, podemos entender que o patrimônio ambiental é, enquanto tal, intangível por natureza, consistindo mais em uma categoria abstrata” (2015, p. 510).

Como descrito no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente é bem de uso comum do povo, sendo logicamente um bem transindividual, o qual não comporta divisibilidade. São direitos que transcendem o individual e o coletivo, na medida em que os interesses individuais ou privados se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social.

Com referência à sadia qualidade de vida, trata-se do reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio como verdadeiro direito à vida.

Os preceitos descritos no artigo 225 traduzem a consagração constitucional de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A consagração do direito fundamental ao meio ambiente permite entender que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Apesar desses direitos também serem garantidos no texto constitucional, não há a possibilidade da concretização dos demais direitos fundamentais sem o direito ao meio ambiente, que se traduz em última análise como o próprio direito à vida, ou seja, o direito à água em quantidade e qualidade adequadas para suprir as necessidades humanas fundamentais, o direito a respirar um ar sadio, o direito a que exista um controle de substâncias que comportem riscos para a qualidade de vida e o meio ambiente, entre outros aspectos a serem salvaguardados para a existência da própria vida.

O importante é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente.

Nesse diapasão, é possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado, de natureza estritamente fundamental, está diretamente relacionado com o direito à vida das presentes e futuras gerações. A tutela da qualidade do meio ambiente pode ser considerada em razão de seu objeto, que é a vida — especialmente a qualidade de vida —, uma forma de direito fundamental da pessoa humana (SILVA, 2000, p. 58).

Por mais que o *caput* do artigo 225 tenha um caráter antropocêntrico, por se tratar de um direito fundamental da pessoa humana diretamente ligado à sadia qualidade de vida, e assim, um direito cujo valor é afirmado para assegurar a dignidade da pessoa humana, há que ponderar, por sua vez, relação direta com a dignidade das outras formas de vida.

Cumprе rememorar a lição de Paulo Bonavides que confere particular ênfase, entre os direitos de terceira dimensão, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (1993, p. 481).

Nesse sentido, os direitos de terceira dimensão consagram o princípio da fraternidade e constituem no processo de expansão e de reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis.

O direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, e também às futuras gerações, confirma que os direitos dos nascidos devem ser respeitados. Assim, a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações está ligada umbilicalmente ao espírito de solidariedade, que caracteriza o direito às ações positivas do Estado, mas também com o dever de cuidado que cada cidadão deve ter com o meio em que vive.

Nesse passo, as gerações futuras não devem ser obrigadas a suportar cargas pesadas, pois existe a obrigação constitucional da solidariedade intergeracional para com as gerações coletivas.

Há de se destacar que sendo elevado o meio ambiente ecologicamente equilibrado a um direito fundamental, suas normas definidoras possuem aplicabilidade imediata, nos termos

do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, vinculando, de forma imediata, as entidades públicas e privadas.

Como direito fundamental, o meio ambiente possui ainda um caráter de irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, características que, segundo Benjamin (2008, p. 98), informaram os princípios estruturantes da ordem pública ambiental.

Insta destacar o alerta de Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual, apesar de todo o progresso e evolução, ainda continua agudo o perene problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais diante do abismo existente entre norma e realidade e acrescenta que são precisamente nos países que consagraram um extenso rol de direitos fundamentais que sua ineficácia mais se manifesta (SARLET, 2005, p. 23).

Para comprovar esse alerta de Sarlet, convém citar alguns exemplos que estão por todo o Brasil, dentre os quais: a degradação e a poluição do Rio Tietê na região da grande capital paulista, a poluição da baía da Guanabara na capital fluminense, o desmatamento contínuo da Floresta Amazônica, a falta de água potável em quantidade e qualidade em várias comunidades do nordeste brasileiro, a imensa quantidade de terras e recursos hídricos contaminados, entre outros inúmeros casos.

Diante deste cenário, essencial a manifestação do Poder Judiciário em demandas judiciais referentes à inércia do Poder Executivo ou do Legislativo perante deveres legais ou constitucionais em relação à agressão ao meio ambiente e que, muitas vezes, adquirem contornos alarmantes.

São inúmeras as atitudes dos poderes instituídos que podem permitir maior efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Há claras omissões do Poder Público, aqui não compreendido somente pelo Executivo, mas também pelo Legislativo, pelo Ministério Público e, em alguns casos, pelo próprio Judiciário, cujos efeitos representam na realidade um verdadeiro retrocesso à qualidade ambiental e, por consequência, à dignidade das pessoas.

Nesse ponto, faz-se imperiosa a análise dos limites para efetivação de direitos fundamentais, e buscar soluções que proporcionem maior efetividade a esses direitos.

Diante disso, não se pode generalizar e afirmar que a crise de efetividade vivenciada pelo direito fundamental ao meio ambiente equilibrado está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas ambientais.

O Estado moderno não pode ser incapaz de atender aos anseios mais elementares do seu povo. Há de se encontrar soluções para garantir a efetividade de tais direitos. A aplicação

do instituto da responsabilidade civil ambiental é uma das importantes ferramentas a ser utilizada, sobretudo a partir da concepção dos princípios do poluidor pagador e da responsabilidade, a fim de permitir e proporcionar maior efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1.7 Princípios relevantes ao direito ambiental

No constitucionalismo moderno, os valores ocupam um espaço importante no universo jurídico e passam a estar abrigados na Constituição na forma de princípios explícitos ou implícitos.

José Afonso da Silva afirma que os “Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção de realidade” (2014, p. 619).

Os princípios constituem pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental, em conformidade com a realidade social e os valores culturais de cada Estado.

Os princípios não apenas norteiam, mas estruturam, orientam, guiam e fundamentam o Direito, conforme ensina Luis Roberto Barroso:

[...] os princípios passam a ser síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferenças partes e atenuando tensões normativas (BARROSO, 2001, p. 43).

Nessa esteira, afirma Streck:

Os princípios constitucionais assumem importância ímpar no Estado Democrático de Direito. São, pois, a própria condição de possibilidade da Constituição, porque conformadores de seu núcleo político, naquilo que se denomina, no contemporâneo constitucionalismo, de relação de pertinência entre as normas (2014, p. 639).

O autor complementa que “[...] os princípios, mesmo não inscritos textualmente na Constituição, servem para fazer a conformação dos textos normativos infraconstitucionais com o texto da Constituição” (STRECK, 2014, p. 640).

Segundo Paulo Bonavides, houve uma mudança na compreensão dos princípios jurídicos e de sua natureza dentro do sistema em face da contribuição de juristas como Ronald Dworkin e Robert Alexy, que traçam um novo parâmetro da normatividade definitiva reconhecida aos princípios, vez que os princípios são normas e as normas compreendem, igualmente, os princípios e as regras e, enquanto “normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema” (BONAVIDES, 1999, p. 248).

Nesse diapasão, os princípios devem ser reconhecidos não mais como preceitos de ordem moral ou política, mas como normas, com todo o seu conteúdo de juridicidade e imperatividade.

Assim, a norma jurídica é elevada à categoria de gênero, da qual são espécies o princípio e a regra, consolidando-se, desse modo, a plena normatividade dos princípios, de acordo com a nova hermenêutica constitucional.

Se uma regra não for aceita em um caso concreto, deverá ser afastada de todos os outros casos.

Conforme ensina Paulo Bonavides, a distinção a ser feita não é entre princípios e normas, mas entre princípios e regras, com destaque à “superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa”, numa supremacia não unicamente formal, mas material, uma vez que os princípios são equiparados com os “valores”, dessa forma, sendo “na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder” (BONAVIDES, 1999, p. 259).

Insta considerar que os princípios são normas que externam uma aptidão diferenciada para vincular obrigações e comportamentos, porque não têm condições de definir, abstratamente, suas consequências sobre o plano fático. Ao contrário das regras, os princípios enfatizam a dimensão da validade em detrimento da vigência.

Nesse contexto, a aplicação dos princípios expõe uma flexibilidade em relação aos resultados produzidos em cada caso concreto, porque os valores ou o conteúdo protegido pela norma podem merecer maior ou menor consideração de seu aplicador, sem que qualquer deles deixe de ser considerado ou de merecer atenção.

Daqui faz decorrer o conflito entre normas diretamente fundamentais e, excepcionalmente, deve haver relativização.

Evidente que todo o ordenamento jurídico deve estar orientado pelos direitos fundamentais. Assim, devem sempre prevalecer diante de um aparente conflito de normas

com normas indiretamente fundamentais, vez que refletem as necessidades essenciais do homem.

Superada esta questão do reconhecimento de que os princípios têm plena normatividade em face da conquista do *status* de norma jurídica, cumpre discorrer sobre importantes princípios do direito ambiental, que devem nortear todo aparato legislativo, doutrinário e jurisprudencial, a fim de reduzir o abismo existente entre norma e realidade, com o fito de garantir maior eficácia e efetivação deste imprescindível direito fundamental.

Cumpre ressaltar o entendimento de Toshio Mukay, a partir do qual o direito ambiental carece de uma principiologia:

O direito ambiental brasileiro ressent-se de estudos que visem a sua sistematização. Foi ele sendo estruturado, principalmente, por via legislativa. Há estudos doutrinários já, mas setoriais ou de conjunto, porém sem uma preocupação de perquirição dos princípios deste Direito, que dominaram e informariam toda a disciplina (2005, p. 22).

De qualquer modo, partindo da premissa de que os princípios declaram valores, constituem e irradiam direitos pelo ordenamento jurídico, bem como influenciam outros sistemas, constituindo a base de uma disciplina jurídica, passa-se a refletir sobre alguns dos princípios do Direito Ambiental importantes para esse estudo.

Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana

Embora não previstos nos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do artigo 5º da Constituição Federal, um novo direito fundamental do homem foi assegurado pelo legislador constituinte. Trata-se do disposto no *caput* do artigo 225, que concebe à pessoa humana o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, fundamental para uma sadia qualidade de vida.

Esse direito, como já exposto, havia sido reconhecido pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972, como princípio I¹⁰.

Mais tarde, foi reafirmado pela Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992 (Princípio I), em que dispõe: “Os seres humanos estão no centro

¹⁰ “Princípio I: O homem tem o direito fundamental a liberdade, à igualdade, e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.”

das preocupações como o desenvolvimento sustentável. Tem direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

Em seguida, no ano de 1997, foi ratificado pela Carta da Terra (Princípio 4) ao “Estabelecer justiça e defender sem discriminação o direito de todas as pessoas à vida, à liberdade e à segurança dentro de um ambiente adequado à saúde humana e ao bem-estar espiritual”.

Dessa maneira, conclui-se que o direito a um meio ambiente equilibrado está intimamente ligado ao direito fundamental à vida e à proteção da dignidade da vida humana, garantindo, sobretudo, condições adequadas de qualidade de vida, protegendo a todos contra os abusos ambientais de qualquer natureza.

A natureza pública da proteção ao meio ambiente como princípio

O Princípio 17 da Declaração de Estocolmo de 1972 traz em seu texto a seguinte redação: “Deve-se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”.

A atuação obrigatória do Estado decorre da natureza indisponível do meio ambiente, cuja proteção é reconhecida hoje como indispensável à dignidade e à vida de toda pessoa — núcleo essencial dos direitos fundamentais (artigo 225, *caput* e § 1º, da Constituição Federal de 1988, e artigo 2º, inciso I, da Lei nº 6.938/81).

Cumprindo, ainda, salientar que um dos sujeitos ativos responsáveis pela defesa do meio ambiente está definido no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que expressamente determina que “cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.”

A Constituição dispõe no artigo 174 sobre as formas de intervenção indireta do Estado na economia, determinando a atuação do Estado como agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Tais instrumentos de intervenção indireta do Estado são fundamentais para a implementação de políticas públicas ambientalmente corretas, seja através de uma eficiente fiscalização das atividades econômicas potencialmente degradadoras e da aplicação de multas ambientais, seja utilizando-se de incentivos fiscais para as empresas ambientalmente responsáveis, o Poder Público possui meios para “incentivar” a efetiva preservação do meio ambiente, evitando a concretização do dano ambiental.

Já nos casos de degradação ambiental, outros instrumentos devem ser utilizados pelo Poder Público, como a aplicação de sanções administrativas previstas em lei (multas, suspensão da licença ambiental, embargo da atividade, dentre outras). De todo modo, importante destacar a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como dever do Estado.

Princípio do controle do poluidor pelo Poder Público

Edis Milaré (2006, p. 160) ensina que o princípio do controle do poluidor “resulta de intervenções necessárias à manutenção, preservação e restauração dos recursos ambientais com vista à sua utilização racional e disponibilidade permanente”.

Cabe ao Estado, através do exercício do seu poder de polícia, fiscalizar e orientar os particulares quanto aos limites em usufruir o meio ambiente, conscientizando-os sobre a importância de observar sempre o bem-estar da coletividade, como também promover termos de ajustamento de conduta, visando pôr termo às atividades nocivas.

Referido princípio encontra respaldo na Constituição Federal que, expressamente, diz ser incumbência do Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 225, § 1º, inciso V)

O princípio da responsabilidade

Com o objetivo de resguardar a tutela ambiental, o Direito brasileiro assegura a possibilidade ao infrator de norma legal de tríplice punição concomitante, incidindo nas chamadas responsabilidades administrativa, civil e penal, sendo as esferas independentes.

No que concerne à esfera civil, a ordem jurídica ambiental brasileira adota a teoria da responsabilidade objetiva, haja vista que, ao constatar o nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente, este será responsabilizado independente de culpa, conforme previsto no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, em concomitância com o § 1º do artigo 14 da Lei nº 6.938.

Sem dúvida, é um avanço normativo, pois a dispensa de comprovação de culpa do agente degradador, por conta do risco da atividade exercida, facilita, pelo menos em tese, a responsabilização. Em tese, porque são várias as diferenças entre o dano tradicional e o ambiental, o que justifica a escolha do legislador e, posteriormente, do constituinte pela teoria

do risco, mas ela, por si, não é suficiente para garantir um sistema efetivo de responsabilidade civil por dano ambiental.

A fundamentação está no princípio do poluidor-pagador, que busca não apenas imputar ao empreendedor o custo de sua atividade, mas também possui uma dimensão preventiva e reparadora, de modo que internalize as externalidades. Devem ser impostas ao empreendedor obrigações de incorporar em seus processos produtivos os custos com prevenção, controle e reparação de impactos ambientais, impedindo, assim, a socialização destes riscos.

A responsabilização objetiva ambiental baseia-se, ainda, nos princípios da prevenção e da precaução, sendo que o papel do primeiro é lidar com o risco certo e em potencial (modernidade/pensamento cartesiano), oriundo da certeza científica, enquanto o segundo evita o desenvolvimento de atividades cujo risco não possui comprovação científica, sendo um dano hipotético (pós-modernidade/pensamento complexo).

É indiscutível, portanto, que o agente responsável pela provocação do dano ambiental tem o dever de reparar o meio ambiente. Contudo, a finalidade da reparação no Direito Ambiental é restabelecer o meio lesado ao *status quo ante*, ou seja, é a reconstituição do bem ambiental degradado.

Princípio do poluidor-pagador

Este princípio pode ser entendido como um instrumento econômico que exige do poluidor, uma vez identificado, suportar as despesas de prevenção, reparação e repressão dos danos ambientais.

Os bens naturais não são inesgotáveis, sendo, assim, escassos. Por não terem, pelo menos em princípio, valor econômico, são bens livres, o que pode conduzir a determinadas falhas de mercado. Como não existe um mercado de recursos naturais, não há que se pagar pela utilização dos bens livres, sendo lucrativa sua utilização indiscriminada. Assim, o custo decorrente da degradação ambiental transforma-se num custo social (externalidade negativa), arcado por toda a coletividade (DERANI, 2008, p. 246).

Na ordem jurídica brasileira, conforme assegura o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o bem ambiental é de uso comum do povo, não sendo, assim, público nem privado. É um bem livre que não pode ser apropriado.

Para aplicação desse princípio, os custos sociais externos que acompanham o processo de produção devem ser internalizados, ou seja, o custo resultante da poluição deve

ser assumido pelos empreendedores de atividades potencialmente poluidoras, nos custos de produção. Desta forma, o causador da poluição arcará com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização ambiental.

Nesse sentido, Cristiane Derani descreve:

[...] durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas externalidades negativas. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão privação de lucros e socialização das perdas, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação deste princípio procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização (2008, p. 255).

Esse princípio não pode ser entendido como “pagar para poder poluir” ou “poluo, mas pago”. Esse princípio impõe ao poluidor o dever de arcar com os custos necessários ao combate à poluição, custos esses estabelecidos pelo Poder Público para manter a qualidade do meio ambiente em estado saudável.

Não há como se comprar o direito de poluir, mesmo que internalizado o custo social. A intenção final do princípio em questão é aumentar o grau de conscientização de consumidores e produtores sobre a questão ambiental, para que suas atividades econômicas sejam mais responsáveis.

O alcance deste princípio é bem maior, pois inclui os custos da prevenção, reparação e repressão ao dano ambiental, vez que são três as esferas básicas de atuação do direito ambiental: a preventiva, a reparatória e a repressiva.

O caráter preventivo visa impor ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a atividade possa ocasionar. No segundo aspecto, esclarece esse princípio que, havendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação. No que concerne ao caráter repressivo, compreende a manifestação do Estado por intermédios das sanções administrativas, e, dependendo do fato, por penalidades criminais, consoante a Lei nº 9.605/98.

Na Carta Política de 1988, o princípio está previsto no artigo 225, § 3º¹¹, cuja orientação informa que o ordenamento pátrio adotou o caráter tríplice da responsabilidade ambiental, ao impor sanções civis, penais e administrativas. Este princípio já havia sido

¹¹ “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

empregado na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981), em seu artigo 4º, inciso VII, visando “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Cumpra observar que, sob o aspecto repressivo do princípio poluidor-pagador, há incidência da responsabilidade civil com a obrigação da reparação específica do dano ambiental independente das sanções penais e administrativas. Decorrem deste princípio duas características da responsabilidade civil, quais sejam: objetiva e solidária.

Diante disso, vislumbra-se que a onerosidade pela poluição dos recursos ambientais constitui um instrumento de política pública para aconselhar o poluidor a uma racionalização no emprego dos subsídios naturais, com o objetivo de manter um equilíbrio entre as disponibilidades e as demandas, bem como conservar o meio ambiente saudável e protegido.

Princípio da prevenção

A prevenção é preceito fundamental, vez que muitas vezes os danos ambientais são irreversíveis e irreparáveis.

Esse princípio é considerado a base do direito ambiental, representando o seu objetivo fundamental, vez que devem ser dadas as medidas que previnam (e não simplesmente reparem) a degradação ambiental. A finalidade ou o objetivo final do princípio da prevenção é evitar que o dano possa chegar a produzir-se. Para tanto, necessário se faz adotar medidas preventivas.

São vários os instrumentos internacionais que abordam o princípio da prevenção, como a Declaração da Diversidade Biológica e a Declaração de Estocolmo, esta última que prevê, em seu princípio sexto:

O despejo de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e deliberação de calor em quantidades ou concentrações que excedam a capacidade do meio ambiente de absorvê-las, sem dano, deve ser interrompido com vistas a impedir prejuízo sério e irreversível aos ecossistemas.

A Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o princípio da prevenção em seu artigo 225, § 1º, incisos II, III, IV e V, além de inúmeras estipulações nas legislações específicas.

Esse princípio não é aplicado em qualquer situação de perigo de dano, mas se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. Assim, se o risco é

previsto, deve ser prevenido com as devidas providências, seja no licenciamento ambiental ou outra forma de antecipar-se ao evento danoso, sabendo-se de suas consequências.

Esse princípio é o maior alicerce do Estudo de Impacto Ambiental – E.I.A (CF/88, art. 225, § 1º, inciso IV) realizado pelos interessados antes de iniciada uma atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, dentre outras medidas preventivas a serem exigidas pelos órgãos públicos.

Segundo Paulo de Bessa Antunes:

É o princípio da prevenção que informa tanto o licenciamento ambiental como os próprios estudos de impacto ambiental. Tanto um como o outro são realizados sobre a base de conhecimentos já adquiridos sobre uma determinada intervenção de danos ambientais, age de forma a prevenir os danos que uma determinada atividade causaria ao ambiente, caso não tivesse sido submetida ao licenciamento ambiental (2010, p. 45).

Apesar de prever a ocorrência do dano, tendo em vista existir comprovação científica do impacto que determinado produto ou atividade causará ou não para o meio ambiente, a prevenção encontra-se, inicialmente, na zona do conhecido e do sabido.

A ciência e a técnica influenciam a aplicação da prevenção, que tem com base seus estudos e relatórios ambientais, sendo o acesso à informação fundamental para que haja controle e fiscalização efetiva.

A principal atribuição a esse princípio é o de assegurar autorizações que estabelecem condições para o controle da administração de forma a obrigar o uso da melhor tecnologia para reduzir impactos ao meio ambiente.

Com isso, impende reconhecer que toda ação do direito ambiental está voltada para uma tutela preventiva, pois a coação *a posteriori* revela-se ineficaz. Isso quer dizer que os recursos ambientais devem ser utilizados de forma racional.

Importante aqui destacar o grande papel preventivo exercido pelo instituto da responsabilidade civil, uma vez que o poluidor percebe que é mais barato prevenir do que reparar o dano.

Princípio da precaução

A crise ecológica e a sociedade de risco impuseram uma mudança de paradigma, em que os termos “verdade” e “certeza” ganharam novo entendimento científico, impondo a necessidade do princípio da precaução.

Também conhecido como “princípio da cautela”, é a garantia contra os riscos potenciais ou em abstrato que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Foi proposto formalmente na Conferência do Rio 92 e ficou definido como princípio 15 da Declaração do Rio 92.¹²

Assim, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para postergar a adoção de medidas efetivas de modo a evitar a degradação ambiental. Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não são perigosas e/ou poluentes. Aqui se aplica a máxima *in dubio pro natura*.

Luciane Gonçalves Tessler assevera que:

O princípio da precaução consiste no grande sustentáculo do direito ambiental para o exercício da ação inibitória. A grande maioria das lesões ao meio ambiente é de difícil (quanto não impossível) reparação. A atuação preventiva em matéria ambiental é imprescindível. O princípio da precaução trabalha com os elementos risco e perigo (TESSLER, 2003, p. 108).

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da precaução está previsto no Texto Constitucional, na leitura do artigo 225, § 1º, incisos II, III, IV e V, da Lei Maior.

A precaução é condição inafastável da sociedade de risco e da Pós-Modernidade, pois os recursos ambientais são finitos, ao passo que os desejos e a criatividade do ser humano são infinitos, o que faz exigir uma reflexão se a atividade pretendida, ou em execução, tem como finalidade a manutenção dos processos ecológicos e de qualidade de vida (LEITE, 2008. p. 179).

Todavia, a aplicação do princípio da precaução deve ainda limitar-se aos casos de riscos graves, ainda que irreversíveis; ou que sejam irreversíveis, embora não muito graves; e não a riscos de qualquer natureza, pois se assim for, pode inviabilizar o próprio desenvolvimento científico e econômico.

Em suma, o princípio da precaução traz na sua essência uma verdadeira “ética do cuidado” em que na dúvida, opta-se pela solução que proteja o ser humano e conserve o meio ambiente.

Insta citar os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado:

¹² “Princípio 15 da Declaração do Rio 92 – Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução de acordo com suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave e irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para postergar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente.”

Em certos casos, em face da incerteza científica, a relação de causalidade é presumida com o objetivo de evitar a ocorrência de dano. Então, uma aplicação estrita do princípio da precaução inverte o ônus normal da prova e impõe ao autor potencial provar, com anterioridade, que sua ação não causará danos ao meio ambiente (1999, p. 57–58).

Assim, enquanto o princípio da prevenção traz a ideia de “agir antecipadamente” ao que já se conhece, e, portanto, exige a tomada de medidas contra riscos já identificados, o princípio da precaução chama a atenção para a necessidade de agir contra a emergência de riscos ainda não existentes e cuja dimensão ainda não foi demonstrada.

Defende ainda Annelise Monteiro Steigleder:

Os princípios da precaução e prevenção “informam a responsabilidade civil pelo dano ambiental proporcionando a alteração do *modus operandi* que determinou a degradação, pelo que atuam diretamente na fase anterior à produção do dano, e conduzem para a responsabilização *ex ante*, viabilizada por meio de licenciamento de conduta a ser celebrado pelos órgãos executores da política nacional do meio ambiente e pelo Ministério Público (2004, p. 188).

A aplicação da precaução está vinculada à observância dos princípios do poluidor-pagador e da cooperação, tendo em vista que estes se relacionam a fins secundários (distribuição da responsabilidade ambiental e aspectos instrumentais); ou seja, os princípios do poluidor-pagador e da cooperação, segundo Derani (2008, p.150-151), integram um relacionamento tenso, pois lidam de maneira reativa. O princípio da precaução, por outro lado, tem uma dimensão pacificadora, haja vista que age previamente à ocorrência do dano, sendo importante no planejamento e controle de produtos que causam ou podem causar influências negativas à saúde e ao meio ambiente.

Uma observação feita por Cristiane Derani é sobre a fundamentação da precaução. Segunda ela, a base da precaução não é o risco:

Isto posto, a realização do princípio da precaução envolve primeiramente a aplicação a verificação da constitucionalidade das justificativas dos objetivos da realização de determinado empreendimento antes mesmo de se examinar a relação objetivo-risco, como forma de analisar seu potencial poluidor (2008, p.151).

É mister salientar que ambos os princípios, prevenção e precaução, podem ser aplicados concomitantemente, pois, apesar de objetivos distintos, os dois atuam como instrumentos da gestão do risco ambiental.

A precaução é um conceito que passa por modificações positivas, em busca de maior efetividade e não vulgarização de seu conteúdo. Os pressupostos para a aplicação do princípio da precaução estão intuitiva e logicamente vinculados aos elementos que caracterizam a Pós-Modernidade e a sociedade de risco.

Princípio da função socioambiental da propriedade

A análise do direito de propriedade e de sua função social se mostra essencial para refletir sobre a tutela jurídica do meio ambiente.

O constituinte pátrio assegurou a função social da propriedade em vários dispositivos, conforme se verifica no artigo 5º, incisos XXII e XXIII (direitos e garantias individuais), que prevê: “é garantido o direito à propriedade” e esta “atenderá a sua função social”; dentre os princípios que regem as atividades econômicas, artigo 170 da Constituição Federal de 1988, encontra-se prevista, em seus incisos II e III (ordem econômica); artigo 182 (propriedade urbana), § 2º; 186, inciso II (propriedade rural), em que dispõe restar cumprida sua função social quando atendidos simultaneamente os seguintes requisitos: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observação das disposições que regulam as relações de trabalho; d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Assim, protege-se a propriedade como realização pessoal (direito à propriedade) e instrumento para o exercício da atividade econômica (direito de propriedade).

O direito à propriedade, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, perde o caráter absoluto, ilimitado e inatingível, qualificados pela concepção individualista do Código Civil de 1916, ganhando uma roupagem social como fator de progresso e bem-estar de todos.

Dessarte, quando se afirmar que a propriedade tem uma função social, na verdade está se impondo ao proprietário o dever de exercer o seu direito não unicamente em seu próprio e exclusivo interesse.

No que concerne à função socioambiental da propriedade, há determinadas áreas e ecossistemas no País cuja riqueza ambiental é essencial para manutenção da diversidade genética, preservação da fauna e da flora, manejo ecológico e recursos naturais. A relevância

desses espaços exige proteção ambiental em benefício da perpetuidade de suas espécies, invocando, assim, uma função ambiental da propriedade.

A título de exemplo, é através desse princípio que se impõe ao proprietário rural o dever de manutenção, preservação, recuperação e recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente (APP), reserva legal e Unidades de Conservação, estas últimas que podem ser instituídas não apenas em bens públicos, mas também em particulares, a depender de sua categoria, conforme disposto na Lei nº 9.985/2000.

Nessas áreas especialmente protegidas, o proprietário não poderá usar, gozar e dispor consoante lhe aprouver (obrigação negativa), devendo manter a qualidade ambiental do espaço reconhecido por sua intensiva função ecológica (obrigação positiva).

Ainda na mesma seara, o Código Civil de 2002 inova ao indicar uma função ambiental da propriedade, conforme se verifica em seu artigo 1228, § 1º.¹³

É uma cláusula em defesa do meio ambiente, ao assegurar que a função ambiental deve ser garantida também de acordo com a legislação especial e não apenas com os componentes trazidos na redação literal do diploma. A cláusula tem dupla dimensão, impondo o dever negativo de evitar prejuízo a terceiros e à qualidade do meio ambiente, além do dever positivo de adotar práticas que preservem a saúde do meio ambiente. Trata-se, pois, de uma obrigação *propter rem*, isto é, a obrigação se prende ao titular do direito real (seja proprietário ou possuidor), porque atrelada à coisa.

Princípio do desenvolvimento sustentável

A necessidade de harmonização entre o progresso econômico e a preservação do meio ambiente encontra suas bases neste princípio, que dispõe sobre o uso racional do meio ambiente, preservando-o para as atuais e futuras gerações.

De acordo com o documento “Nosso Futuro Comum” ou “Relatório Brundtland”, divulgado em 1987, fruto do trabalho da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, o desenvolvimento sustentável é aquele que “atende” às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades.

¹³ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

A reunião do Rio, ECO-92, entre seus 27 princípios também trouxe o princípio número 3, o qual estabelece: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”.

Trata-se de um princípio expresso no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal¹⁴.

Está configurado na expressão “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Observa-se, pois, clara relação entre desenvolvimento sustentável e solidariedade.

A preservação ou conservação do meio ambiente passou a ser uma necessidade contemporânea. Diante disso, o desenvolvimento obtido pelas atividades passou a ser analisado sob a ótica da sustentabilidade do meio ambiente.

Importante também destacar que, ao se tratar deste princípio, também é preciso analisar suas diversas dimensões: a ecológica, a econômica e a social.

Nesse contexto, deve-se associar o uso responsável dos recursos ambientais para que gerações futuras possam usufruir de tais recursos de modo a garantir uma sadia qualidade de vida; a econômica que trata das atividades de produção; e a social, que diz respeito à responsabilidade social e aos valores sociais de forma a melhorar a qualidade de vida da população.

Com isso, verifica-se a necessidade dessas três dimensões caminharem lado a lado de forma equilibrada, a fim de garantir que o desenvolvimento precisa ser sustentável, equilibrado, inclusivo para os seres humanos, de modo que garanta a vida em todas as suas formas.

Esse princípio inovador traduz, em última análise, um compromisso intergeracional, um pacto das atuais gerações com a geração futura, no sentido de respeito e preservação do equilíbrio ambiental como um bem comum.

Dessa forma, o desenvolvimento com base nesse princípio impõe que as atuais gerações devem garantir que as futuras tenham o mesmo nível (ou um nível compatível) de proteção e qualidade ambiental, mantendo as bases da sadia qualidade de vida para os que ainda virão.

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro expressa no artigo 170¹⁵ a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica.

¹⁴ “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.”

Nesse diapasão, deve o Estado e toda a sociedade integrar os princípios ambientais com os econômicos para se alcançar o desenvolvimento sustentável, capaz de proporcionar um crescimento econômico sem causar degradação ambiental e, conseqüentemente, prejudicar a existência digna do homem. Tais princípios devem conciliar a existência digna do homem atualmente e salvaguardar a qualidade de vida para os que virão, com o desenvolvimento econômico (ANTUNES, 2005, p. 31).

Por fim, esse princípio propõe o rompimento do antropocentrismo tradicional, ao reconhecer um direito às futuras gerações, impondo um novo modo de agir do ser humano, que passe a incluir o conjunto da natureza nas esferas de responsabilidades de todos os envolvidos nos meios de produção.

Princípio da solidariedade intergeracional

Em face da destruição e do perigo de graves danos dos bens e dos recursos vitais para o futuro do gênero humano, nasceu a temática dos bens comuns, que representam os bens de todos, como o ar, o clima, a água, os recursos minerais, a biodiversidade e os outros bens do patrimônio ecológico da humanidade.

Os bens comuns pertencem e devem ter garantida a sua acessibilidade a todos *pro indiviso*, tanto assim que são configurados, em muitos tratados internacionais, como “patrimônio da humanidade”.

O meio ambiente é condição para a vida em geral. Para que ocorra o equilíbrio ecológico, é necessário um esforço conjunto, de todas as esferas do corpo social, assim como do Poder Público, com o intuito de formar uma união de forças multilaterais no sentido de minimizar os impactos ambientais.

Assim, para garantir a proteção e a efetividade dos bens comuns, é necessário um constitucionalismo de direito privado baseado num sistema constitucional de regras, limites, vínculos e controles. Esse novo regramento deve impedir a emissão de substâncias tóxicas nocivas à saúde e ao meio ambiente, bem como obstaculizar a apropriação privada, a dissipação ou a destruição dos bens comuns, como o ar e água de cuja defesa depende o futuro do Planeta e a sobrevivência da humanidade (FERRAJOLI, 2010, p. 53–54).

Com esse enfoque é que se torna essencial o estudo do princípio da solidariedade.

¹⁵ “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

O Estado Liberal não conseguiu superar o caráter individualista do ideal burguês, ao passo que o Estado Social teve dificuldade de romper a distância da igualdade formal com a material, embora preocupado com os direitos sociais.

A crise ambiental não ocorre isoladamente, o que leva a constatar que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista tão somente no indivíduo, mas também em uma dimensão coletiva em sentido geral. Traz, portanto, direitos que perpassam a esfera privada e se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social, em virtude da titularidade ser indefinida ou indeterminável. Assim, o princípio da solidariedade surge como instrumento que obriga referidos direitos, que devem ser garantidos às gerações futuras, assumindo a dimensão intergeracional.

A Constituição Federal de 1988 envolve o princípio da solidariedade como objetivo da República em seu artigo 3º, inciso I, ao prever a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Está previsto também no preâmbulo da Constituição Federal, ao asseverar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Embora o preâmbulo careça de juridicidade, é uma carta de intenções do constituinte que não deixa de ser uma norma moral manifestando os ideais e valores da sociedade.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988, por sua vez, cuida da solidariedade ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Como se vê, os dispositivos estabelecem um novo marco normativo-constitucional, ao consolidar a solidariedade como princípio da Carta Magna e ao estabelecer que o dever fundamental está diretamente relacionado ao princípio da solidariedade, por dividir os encargos e responsabilidade na equidade geracional.

Por esse princípio, José Adércio Sampaio entende que as presentes gerações não podem deixar para as futuras uma herança de déficits ambientais, ou do estoque de recursos e benefícios, inferiores ao que receberam das gerações passadas (SAMPAIO et al., 2003, p. 58).

Esse conceito é fundamental e converge para o princípio de responsabilidade de Hans Jonas.

Os bens ambientais são aqueles que têm relevância para a sadia qualidade de vida e devem ser preservados para as presentes e futuras gerações. Com isso, aquele que se apropria de riquezas naturais deve assumir uma obrigação de preservá-las.

A dignidade humana constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos ambientais. Assim, a tutela do meio ambiente deve primar pela manutenção da

qualidade de vida, o que define que todo e qualquer direito subjetivo deve obedecer aos primados da proteção ambiental.

A equidade intergeracional exige um comportamento ético de utilização do meio ambiente, preservando-o para as futuras gerações. Nesse caminhar, a clássica ética antropocêntrica não é mais capaz de lidar com as novas questões propostas pelos tempos atuais. Há necessidade de uma exigência moral e responsabilidade com a natureza e com pessoas que ainda não existem.

CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Antes de adentrar ao instituto da responsabilidade civil ambiental, necessário se faz abordar a responsabilidade civil, pois apesar das semelhanças, a responsabilidade civil ambiental guarda suas peculiaridades.

O tema é de suma importância para o estudioso e para o profissional do direito em face de se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça.

Cumprir destacar que o instituto da responsabilidade civil integra o direito obrigacional, vez que a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

Por sua vez, segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil se assenta em três pressupostos: dano, culpa do autor e relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano.

No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido.

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social.

2.1 Breve histórico da responsabilidade civil

Desde os tempos remotos da humanidade não se cogitava do fator culpa. Naquela época, o dano provocava a reação imediata e prevalecia a concepção de vingança privada, em que o homem, ao ter o seu direito violado, reagia de imediato, pelo exercício da autotutela, sem qualquer participação do Estado.

Superada a fase da vingança sobreveio o período da composição, a critério da vítima, mas subsiste esta como fundamento à reparação.

Numa fase mais avançada, em que há uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos, de modo que a composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória e tarifada.

Assim, as penas passaram a ser patrimoniais e tarifadas, razão pela qual não restava à vítima outra opção senão contentar-se com a tarifa paga pelo autor do prejuízo por ela sofrido.

Contudo, a diferenciação entre a "pena" e a "reparação" surgiu ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados. Com isso, o Estado assumiu, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização.

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá com a edição da *Lex Aquilia*, sendo formuladas as primeiras ideias acerca da noção de culpa.

Por sua vez, o direito francês modifica as ideias dos romanos e estabelece um princípio geral da responsabilidade civil, consagrando o princípio aquiliano, segundo o qual a culpa, ainda que superficial, gerava a obrigação de reparar.

Em 1789, após a Revolução Francesa surge o Código Napoleônico, e com ele a noção da culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual.

A responsabilidade civil com fundamento na culpa foi a definição que partiu da França para inserir-se na legislação de todo o mundo, inclusive na brasileira.

No Brasil, o Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo.

Entretanto, com o progresso, os novos inventos, o desenvolvimento industrial e a ocorrência de vários tipos de danos, surgiram novas teorias tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.

Nesse passo, surgiu a chamada teoria do risco que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que os perigos advindos da vida moderna, a multiplicidade de acidentes e a crescente impossibilidade de provar a causa dos sinistros e a culpa do autor do ato ilícito revelam-se insuficientes para a proteção da vítima.

A teoria do risco tem como fundamento da responsabilidade civil a ideia do exercício de atividade perigosa. Assim, o exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco que o agente assume de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano, a partir da premissa de aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.

No direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob dois aspectos: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo, sendo que nesta última, se há um dano, deve haver reparação, independentemente de culpa.

Ilustres civilistas entendem que há na atualidade a tendência de substituir a ideia da responsabilidade pela ideia da reparação, a ideia da culpa pela ideia do risco e a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

Como anteriormente exposto, o direito brasileiro manteve a teoria subjetiva no artigo 186 do Código Civil. Assim, para que haja responsabilidade é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano.

Todavia, em face do progresso, há casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente de culpa, hipóteses em que o legislador adotou a responsabilidade objetiva, como nos artigos 936, 937 e 938 do Código Civil, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do edifício e do habitante da casa; e ainda artigo 927, parágrafo único, que diz respeito à atividade potencialmente perigosa. Esta é, sem dúvida, a principal inovação do novo Código Civil no campo da responsabilidade civil.

2.2 Noções gerais

O vocábulo “responsabilidade” tem sua origem do latim *respondere*, que significa responder (por algo), sendo a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Historicamente, o fundamento da responsabilidade era buscado no agente provocador do dano, cujo pensamento baseava-se na tese de que não há responsabilidade sem culpa.

Em decorrência do progresso e das novas tecnologias esse conceito mudou de direção, ante uma sociedade que demanda resposta mais eficiente e condizente com o senso de justiça. Nesse contexto, o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas.

A obrigação consiste no vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. Por sua vez, deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando isso não ocorre, sobrevém o inadimplemento, o que faz surgir a responsabilidade.

Assim, a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Pode-se então concluir que a obrigação constitui dever jurídico originário, que uma vez descumprido enseja a responsabilidade, que é o dever jurídico sucessivo.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 316), o direito também tem o seu ciclo vital: nasce, desenvolve-se e extingue-se. Essas fases ou momentos decorrem de fatos, denominados fatos jurídicos, exatamente por produzirem efeitos jurídicos.

O Direito só nasce de um fato social que possui repercussão jurídica e não de qualquer fato social. Fato jurídico em sentido amplo é, portanto, todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito.

O fato jurídico caracteriza-se pela produtividade de efeitos jurídicos, distinguindo-se do fato material, que não os produz, não estando acobertado pela coercibilidade.

Os fatos jurídicos em sentido amplo podem ser classificados em: a) fatos naturais; e b) fatos humanos. Os primeiros decorrem de simples manifestação da natureza e os segundos da atividade humana.

Os fatos naturais dividem-se em: a.1) ordinários, como o nascimento e a morte, que constituem respectivamente o termo inicial e final da personalidade, e outros; a.2) extraordinários, que se enquadram, em geral, na categoria do fortuito e da força maior: terremoto, raio, tempestade etc.

Os fatos humanos são ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos e dividem-se em: b.1) lícitos; e b.2) ilícitos, sendo o primeiro todo aquele ato que está em conformidade com a norma jurídica, produzem efeitos jurídicos voluntários, desejados pelo agente, enquanto os ilícitos, a contrário *sensu*, são aqueles praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem efeitos jurídicos involuntários, mas impostos pelo ordenamento. Em vez de direito, criam deveres, obrigações.

São elementos essenciais para que se configure o ato ilícito: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Como consequência do ato ilícito tem-se a obrigação de indenizar (CC, arts. 927 a 954). Assim, é fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado.

O ato ilícito pode ter dois sentidos, o primeiro, o ato ilícito em sentido estrito, que se caracteriza pelo conjunto de pressupostos da responsabilidade, tendo como seu fundamento

básico a culpa, enquanto responsabilidade subjetiva, e o segundo, o ato ilícito em sentido amplo que não se preocupa com qualquer elemento subjetivo ou psicológico, bastando para tanto a ilicitude do ato, ou seja, uma conduta humana antijurídica.

Já os atos lícitos dividem-se em: ato jurídico em sentido estrito, negócio jurídico e ato-fato jurídico.

De acordo com a distinção de Caio Mário da Silva Pereira:

Os negócios jurídicos são declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os atos jurídicos em sentido estrito são manifestações de vontade obedientes à lei, porém geradores de efeitos que nascem da própria lei (2001, p. 303).

No negócio jurídico, a ação humana visa diretamente alcançar um fim prático permitido na lei, dentre a multiplicidade de efeitos possíveis. Por essa razão, é necessária uma vontade qualificada, sem vícios.

No que concerne ao ato jurídico, o efeito da manifestação da vontade está predeterminado na lei, não havendo, por isso, qualquer dose de escolha da categoria jurídica.

2.3 A responsabilidade civil como instrumento ético

Immanuel Kant foi um dos teóricos que deu maior consistência ao conceito de dignidade humana. Em Kant, o conceito de dignidade humana está ligado à ideia do homem como fim em si mesmo e jamais um meio, ou seja, um caráter filosófico antropocêntrico.

Assim, o homem como ser racional, que age segundo sua autonomia, não tem um preço, muito menos um equivalente. A autonomia é uma ideia central na dignidade da pessoa humana. Não se pode, porém, esquecer que a autonomia se exerce em sociedade. Deste modo, só há verdadeira autonomia e, portanto, respeito à dignidade humana quando a ação individual leva em consideração todos os outros como fins em si mesmos.

Essa a razão pela qual o Estado não pode, quando afirma a dignidade da pessoa humana, desprezar a capacidade de autodireção da ação em face de um conteúdo de sentido obrigatório, devendo abrir amplo campo para o livre exercício da vontade e, ainda, considerar necessariamente a consciência para aplicação de sanções.

Daí que a autonomia ética mostra-se como a única ideia capaz de transformar o homem em pessoa, ou seja, em indivíduo capaz de dirigir sua vida segundo a consciência de seus deveres perante uma ordem externa a ele próprio.

É esta autonomia ética que permite ao direito valer-se como organização social, não apenas pela força, mas por adesão voluntária de sujeitos de direito conscientes e autônomos. Somente a partir de tal concepção de autonomia ética é que se pode entender os deveres como conteúdos de sentido obrigatórios a membros de uma comunidade. O direito como uma ordem idealizada, ou seja, de dever ser, só pode ser vinculante, caso se compreenda o homem a partir de uma ideia correlata, isto é, como pessoa responsável, dotada de autonomia ética (LOPES, 2004, p. 212).

Logo, qualquer sanção só pode ser o resultado do descumprimento voluntário de um dever por um ser dotado de autonomia. É assim que a dignidade da pessoa humana reconhece o homem a um só tempo como sujeito autônomo de direitos e de deveres.

Nesse ponto, essenciais os ensinamentos de Ilton Garcia Costa:

Não há como se falar somente em direitos. Apesar que o texto constitucional brasileiro não apresenta uma sistemática concisa dos deveres fundamentais. Por conta dessas ponderações, pode-se afirmar que não somente o Estado está obrigado a satisfazer as exigências de seus cidadãos, na forma de deveres fundamentais do Estado para com direitos fundamentais do cidadão, de forma unilateral, mas que caberiam a esses cidadãos, também a realização de deveres fundamentais para merecerem direitos fundamentais, tanto no trato com o próprio Estado como no trato com outros concidadãos (2016, p. 77).

É isso o que ocorre no modelo subjetivo de responsabilidade, em que se contrasta a ação como construção de sentido individual com o ordenamento jurídico como construção de sentido vinculante social. Nesse modelo, é a partir da pré-compreensão da ação humana como uma manifestação de vontade que se atribui a alguém a responsabilidade pelo dano.

Não é por casualidade que o Código Civil, no artigo 186, refere-se à ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência na definição do ato ilícito. Em tal hipótese, define-se a responsabilidade a partir da análise da conduta. Aqui, a configuração do dever a partir do modelo do ato ilícito e, conseqüentemente, a imputação de responsabilidade subjetiva estão ligados necessariamente à conduta humana. Em outras palavras, haverá sempre a indagação se era possível ao causador do dano evitá-lo, se poderia ter agido de forma a afastá-lo, pois é esse o cerne da culpa.

Contudo, as transformações sociais contemporâneas à Revolução Industrial impulsionaram a teoria jurídica a superar o ato ilícito como a única origem da obrigação de indenizar. Esse modelo de responsabilidade que no século XIX havia predominado, tanto no direito civil como no penal, não se mostrava mais suficiente para responder a todos os

problemas sociais. O direito civil, já no próprio século XIX, criou e continuou a desenvolver várias teorias, no século XX, que passaram a ser conhecidas como objetivas, como a do risco, garantia, eficiência etc., para solucionar adequadamente tais problemas sociais no âmbito da reparação civil.

O precursor da chamada responsabilidade objetiva foi Thomasius, quando defendeu que a ação de responsabilidade civil não se ligava mais às fontes romanas por meio do *damnum iniuria* ou qualquer outro ilícito. Para tanto, destacou o caráter equitativo e meramente ressarcitório do dano de tal ação. O cerne da chamada responsabilidade objetiva está, portanto, na equidade (LOPES, 2004, p. 223).

O dever na responsabilidade por equidade surge independentemente da indagação se seria possível ao sujeito responsável evitá-lo. Pressupõe-se que aquele que voluntariamente cria um risco assume a posição de garantir ou está em uma posição de eficiência e tem o dever de evitar o dano e de assegurar a terceiros em face das atividades pelas quais é responsável. Na responsabilidade por equidade, exige-se um compromisso com os resultados, de modo que, se o dano não pode ser evitado concretamente, ele deve ser reparado.

O intuito é resguardar o interesse da vítima que, geralmente, nas circunstâncias de tal modelo de responsabilidade estará em uma posição de desvantagem em relação ao responsável pelo dano no que concerne ao controle dos resultados e mesmo para suportar os ônus do dano. Por isso, caso não seja possível a este último evitar o dano, ainda assim surgirá o dever de indenizar, a partir dos códigos e modelos do risco, da garantia, da eficiência e da própria equidade.

Está aí a ideia central da teoria do risco que de forma alguma é incompatível com a análise de questões voluntarísticas. Em verdade, as pressupõe. Só que, ao contrário da responsabilidade subjetiva, o que define a responsabilidade não são aspectos voluntarísticos concernentes à conduta, mas ao risco. Em outras palavras, quem se coloca voluntariamente no desempenho de uma atividade que pressuponha o cálculo de risco deve suportar todos os perigos que lhe são inerentes, ainda que estes estejam além de sua capacidade de gestão. Quem assume o risco deve suportar todas as suas consequências. Aí está a espinha dorsal da teoria do risco.

Othon de Azevedo Lopes enfatiza em sua obra as lições de Josserand no seu célebre *De la Responsabilité du Fait des Inanimées*, em que este reforça a necessidade da assunção dos perigos criados voluntariamente. Apesar de Josserand considerar que o caso fortuito deve ser colocado a cargo daquele que o determinou, provocou e não daquele que somente foi vitimado por ele, salienta, com propriedade, que a responsabilidade não é por risco da

humanidade, mas sim por risco criado. Neste sentido, o proprietário de uma coisa deve responder por caso fortuito, mas jamais por força maior. Para Josserand, os danos, no caso fortuito, adviriam diretamente da coisa, enquanto a força maior proviria de fatos absolutamente independentes (LOPES, 2004, p. 230).

No caso de uma empresa, os primeiros seriam determinados em seu interior, dentro de seu domínio; e os segundos teriam origem externa, fora de seu controle. A força maior está totalmente excluída como origem de responsabilidade por dano, já que o proprietário da empresa ou da coisa não poderia exercer nenhuma influência sobre os elementos naturais, a guerra, a violência organizada sobre esses eventos que a lei inglesa reúne sob a expressão “fatos de Deus ou dos inimigos da Rainha”.

Assim, na teoria do risco deve haver ao menos um vínculo subjetivo com a atividade à qual o risco seja inerente para que surja a obrigação de indenizar. Ela não significa de modo algum a mera responsabilidade por acontecimentos, totalmente desvinculada de qualquer nexo voluntário.

Se alguém desenvolve uma atividade calculando os riscos de seus prejuízos, de modo a geri-los racionalmente, também está apto a suportar os danos que gere para terceiros. A teoria do risco simplesmente adota a mesma abordagem utilitária, instrumental e preventiva das atividades que se desenvolvem mediante as complexas técnicas de intervenção e domínio no mundo da contemporaneidade. Se todo esse aparato potencializa a capacidade de intervenção humana no mundo, também a responsabilidade deve acompanhá-la.

A adoção da teoria jurídica do risco visa a recompor tal desequilíbrio de possibilidade, procurando o resguardar o mínimo de dignidade e autonomia material dos indivíduos.

A adoção da teoria do risco, portanto, mostra-se como forma de possibilitar a distribuição equânime dos ônus sociais. A teoria do risco apresenta variantes conforme critérios orientadores da equidade. Assim se fala em risco proveito, em risco criado, em risco da empresa, em risco profissional etc. Quaisquer que sejam esses critérios de atribuição de riscos, todos eles exigem a assunção voluntária da atividade que potencialmente pode gerar o risco e os danos dela decorrentes.

Como Josserand já afirmava, não se trata de atribuir a alguém a responsabilidade por todos os riscos da humanidade, mas somente o risco que a pessoa criou, ou do qual ela retira benefícios, bem como os inerentes ao empreendimento ou ao exercício da profissão.

Há, portanto, uma análise da capacidade de livre entendimento e manifestação de vontade de quem tenha o domínio da atividade, mas o seu foco não é o ato e sim o risco. De modo algum a teoria do risco significa uma objetivação absoluta da responsabilidade.

Em verdade, ela é o reconhecimento de que, se o empregador, o empresário e o Estado têm maiores possibilidades materiais de ação, por consequência, devem ter maiores responsabilidades. Não se pode esquecer que autonomia significa responsabilidade. Então, se há maior autonomia, deve haver maior responsabilidade.

De tal modo, a dignidade da pessoa humana estrutura todos os modelos de responsabilidade civil. No ato ilícito, a responsabilidade é imputada àquele que, podendo ter dirigido sua ação em conformidade ao dever não o fez e, por isso, é culpável.

Já nos modelos por equidade, entre os quais o do risco é o principal, a responsabilidade é imputada àquele que, em razão de estruturação de sua atividade, é capaz de gerir os riscos. Está, desse modo, em posição de superioridade material em relação às vítimas, o que faz com que todos os resultados danosos derivados de seu empreendimento lhe sejam atribuídos. Todavia, a força maior deve ser excluída como origem de responsabilidade por dano, já que não há por que responsabilizar alguém por acontecimentos sobre os quais não se exerce qualquer influência.

Por sua vez, em face do novo cenário advindo dos desafios tecnológicos e da evolução da humanidade, tendo como pano de fundo a crise ecológica, provocada pelas ações humanas que alteraram profundamente o meio ambiente e, com isso, as relações entre homem e natureza, o conceito tradicional de ética requer uma revisão e adequação às exigências que preveem éticas de responsabilidade referenciadas pelo futuro.

Diante dessas argumentações, retomam-se as considerações de Hans Jonas, para quem a evolução do conceito de responsabilidade deve constituir nova ética para a civilização tecnológica e que antes de um dever jurídico, está-se diante de um dever moral, com o intuito de ser guia não apenas das condutas humanas, mas, ainda, de seu jeito de relacionar com o meio ambiente.

Impõe-se ao homem o dever que o mundo seja conservado para as atuais e futuras gerações, trazendo consigo uma nova postura ética. Nesse novo contexto, a responsabilidade cinge uma nova ética, baseada na manutenção da espécie humana sobre a terra, em que a liberdade não pode entrar em confronto com o abuso do poder, sob pena de o próprio homem agir contra a sua essência e as condições autossustentáveis de sua permanência sobre a terra. Ademais, a responsabilidade civil requer uma atitude na qual a imputação, a solidariedade e o risco encontrem o seu devido lugar.

2.4 A obrigação de indenizar

O Código Civil positivou duas grandes vertentes de modelos de responsabilidade: o modelo por ato ilícito e os modelos comumente chamados de responsabilidade objetiva. Cada um deles caracteriza-se por ser uma trilha diferente na experiência jurídica da imputação da responsabilidade. São diferentes formas vivenciais de encarar a realidade em contraste com o ordenamento jurídico. As origens e os efeitos de cada modelo mostram-se, sem dúvida alguma, completamente diferentes. Todavia, ambos têm em comum o fato de serem utilizados no Estado Democrático de Direito e, portanto, estarem submetidos à dignidade da pessoa humana como anteriormente exposto.

A responsabilidade com base no modelo subjetivo adotado pelo artigo 186 do Código Civil claramente centra o seu foco na ação.

Como visto, o ato ilícito é aquele praticado com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no artigo 186 do Código Civil, que prescreve: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Nesse caso, para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal que prove a culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intensão de praticá-lo) ou culpa *stricto sensu* (aquiliana) do agente (imprudência, negligência ou imperícia).

A culpa, com efeito, consiste na falta de diligência que se exige do homem médio. Há na culpa uma conduta equivocada, inadequada aos padrões sociais, que com mais cautela, não teria sido praticada.

Diante desta explanação, verifica-se o erro de conduta, que nada mais é do que a vontade do agente em cometer um ato permitido em lei, mas que por algum erro em sua execução, comete um ilícito, ou seja, uma conduta contrária à norma legal, que apesar de ser involuntária era prevista ou previsível.

A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias por uma conduta comissiva. A negligência é a falta de atenção só que por conduta omissiva. Já a imperícia consiste, sobretudo, na inaptidão técnica no exercício de uma profissão ou qualquer atividade técnica.

Quanto à natureza jurídica da obrigação de indenizar, pode-se dividi-la em voluntária e legal. A voluntária decorre da obrigação criada através de um negócio jurídico, sendo este

um contrato ou não, por mera vontade das partes, enquanto a legal é imposta pela lei e possui nela o seu conteúdo definido.

Assim, são causas geradoras da obrigação de indenizar, dentre outras, o ato ilícito, ou seja, uma violação da juridicidade imposta a todos; o ilícito contratual, que nada mais é do que o inadimplemento de uma obrigação assumida e quista pelos agentes envolvidos em uma relação jurídica; a violação de dever especial de cuidado imposto pela lei àqueles que exercem atividade de risco; o inadimplemento da obrigação contratual de reparação de danos; a violação de deveres impostos pela lei, como nos casos de responsabilidade indireta, como, por exemplo, dos pais em relação aos filhos menores; e os atos lícitos praticados em estado de necessidade.

Como visto, a responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. No entanto, cumpre ressaltar, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

Pode-se classificar a responsabilidade de diversas formas ao verificar a origem do dever jurídico.

Na responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Nesta, a responsabilidade é pessoal e intransferível e o réu responde com a privação de sua liberdade. Por isso, deve estar cercado de todas as garantias contra o Estado. A este incumbe reprimir o crime e arcar sempre com o ônus da prova. Cumpre destacar que a tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime, sendo assim, é essencial que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal.

Já na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação, e é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. Aqui, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil.

Se o agente transgrede, ao mesmo tempo a lei penal, fica obrigado civil e penalmente. E, assim, terá de responder perante o lesado e perante a sociedade, visto que o fato danoso se revestiu de características que justificam o acionamento do mecanismo recuperatório da responsabilidade civil e impõe a movimentação do sistema repressivo da responsabilidade penal.

A responsabilidade extracontratual advém de situação de fato, e não de um contrato entre as partes. É exemplo desta responsabilidade aquela decorrente da queima de uma pastagem em uma propriedade rural, cujo fogo teve início às margens de uma estrada e

adentrou ao imóvel. Nesta, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito, o agente aqui infringe um dever legal.

Neste caso, aplica-se o disposto nos artigos 186 a 188, sob o título “Dos atos ilícitos”, complementando a regulamentação nos artigos 927 a 954 do Código Civil, ou seja, todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo.

As pessoas também podem ser obrigadas a reparar danos decorrentes de inadimplemento contratual, ou seja, da quebra do dever contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos dos artigos 389 a 395 do Código Civil. Nesta, o agente descumpe o avençado, tornando-se inadimplente, ou seja, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida.

Tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, o que se requer, em essência, para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos.

Há que se pontuar, ainda, a distinção entre as duas espécies de responsabilidade.

A primeira, e talvez mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.

No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente.

Outra diferença se dá com relação à origem. Enquanto na responsabilidade contratual a sua origem está na convenção, na extracontratual está na inobservância do dever genérico de não causar dano a ninguém.

No que concerne à capacidade do agente causador do dano, na contratual, a convenção exige agentes plenamente capazes ao tempo de sua celebração, enquanto na extracontratual não há tal restrição, uma vez que o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda.

A teoria subjetiva ou teoria da culpa continua a fundamentar, como regra geral, a responsabilidade civil. Nesta, em não havendo culpa, não há responsabilidade. A prova da culpa passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não estabeleceu apenas o modelo de responsabilidade subjetiva como fonte da obrigação de indenizar, tendo adotado a teoria do risco como origem do dever de reparar o dano, denominadas teorias objetivas.

Contudo, em face das dificuldades inerentes à sua prova, da hipossuficiência técnica e econômica, a lei impõe, a certas pessoas, em determinados contextos, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou "objetiva", porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano.

Assim, enquanto a responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, expressa o conteúdo da vontade presente na ação, se dolosa ou culposa, tal exame não é feito na responsabilidade objetiva, fundamentada no risco, na qual basta a existência do nexo causal entre a ação e o dano, porque, de antemão, aquela ação ou atividade, por si só, é considerada potencialmente perigosa.

A concepção da teoria do risco é de que aquele que, no seu interesse, criar risco de causar dano a outrem terá de repará-lo, se este dano ocorrer, cujo fundamento consiste na máxima de que deve suportar os ônus e encargos do exercício de determinada atividade aquele que aufere os lucros dela resultantes.

No direito positivo, a subsistência da teoria da culpa é uma realidade com a qual deve coexistir a teoria do risco, na busca de seu objetivo comum: a reparação do dano.

2.5 Pressupostos da responsabilidade civil

São quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano.

No que concerne à ação e omissão, constitui a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

Quanto à culpa ou dolo do agente, cumpre distinguir que o dolo consiste na vontade de cometer uma violação ao direito, e a culpa, na falta de diligência. A culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in committendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in ommittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto.

Por sua vez o dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. A obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.

O dano material (patrimonial) atinge o patrimônio da vítima, sendo este susceptível de avaliação pecuniária, e ainda, podendo se dirigir ao patrimônio presente da vítima, como também o patrimônio futuro, como no caso dos lucros cessantes, apurados através do princípio da razoabilidade e consagrado pelo artigo 402 do Código Civil.

O dano moral (extrapatrimonial) é aquele que não possui caráter patrimonial.

Quanto à relação de causalidade, representa a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Em outras palavras, importa em dizer que a conduta do agente tem que ter dado causa ao dano sofrido pela vítima.

2.6 Considerações acerca da responsabilidade civil ambiental

O crescimento da população e o progresso científico e tecnológico geraram ação destruidora do homem sobre a natureza neste século. Com suas conquistas, o homem está destruindo os bens da natureza, para o seu bem-estar, alegria e saúde; contaminando rios, lagos, com despejos industriais; devastando florestas; destruindo reservas biológicas; represando rios, usando energia atômica ou nuclear.

A ciência jurídica não poderia ficar inerte ante essa triste realidade caracterizada por uma cultura utilitarista do meio ambiente.

O instituto da responsabilidade objetiva é uma das alternativas da ciência jurídica que veio contribuir com o objetivo de garantir o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Para Antônio Herman Benjamin, a instituição da responsabilidade objetiva no âmbito da defesa do meio ambiente é decorrente da constatação da impossibilidade de alcançar, sem ela, esse objetivo de defesa e garantir um mínimo de proteção desejada.

Os princípios clássicos e tradicionais da responsabilidade civil nunca funcionaram adequadamente, primeiro porque o dano ambiental, via de regra, é de natureza difusa, atingindo toda uma coletividade de pessoas. (...)

Segundo, o regime jurídico da responsabilidade civil aquilina exigia a prova da culpa (imprudência, negligência ou imperícia) do poluidor, para, só então, aplicar o princípio poluidor-pagador. Apenas o dano culposamente causado era passível de indenização. E, como se sabe, provar que o violador agiu com culpa era quase sempre – para não dizer sempre – impossível (BENJAMIN, 1993, p. 234).

Assim, a lei passa a procurar identificar um responsável pela indenização, e não necessariamente um culpado. Com isso, a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco.

Existem várias teorias sobre o risco: o risco integral, em que qualquer fato deve obrigar o agente a reparar o dano, bastando a existência de dano ligado a um fato para que surja o direito à indenização; a teoria do risco proveito, baseada na ideia de que quem tira proveito ou vantagem de uma atividade e causa dano a outrem tem o dever de repará-lo; a teoria do risco criado, adotada pelo novo Código Civil, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que cria risco a direitos ou interesses alheios. Nesta teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma que é potencialmente geradora de risco a terceiros (PEREIRA, 2001, p. 284–285).

No âmbito da responsabilidade civil ambiental, o diploma básico brasileiro é a Lei nº 6.938/1981 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, cujo artigo 14, § 1º, dispõe que o poluidor será obrigado a indenizar os danos causados ao meio ambiente e a terceiro, independentemente da existência de culpa. Com isso, a Política Nacional de Meio Ambiente deu adequado tratamento à questão da responsabilidade civil em matéria ambiental, substituindo a teoria da responsabilidade subjetiva, aplicada à ótica privada, pela teoria da responsabilidade objetiva, fundamentada no risco da atividade, com o viés de direito público.

Outras virtudes deste diploma legal estão no fato de ter consagrado a responsabilidade objetiva do causador do dano e a proteção não só aos interesses individuais como também aos supra-individuais (interesses difusos, em razão de agressão ao meio ambiente em prejuízo de toda a comunidade).

A Constituição Federal de 1988, no disposto no § 3º¹⁶ do artigo 225, recepcionou a Lei nº 6.938/81, mantendo a responsabilidade objetiva do causador do dano ao meio

¹⁶ “§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de

ambiente. Também ficou prevista a tríplice responsabilização ao agente ou atividade que causa danos ao meio ambiente, compreendidas por sanções penais, administrativas e civis.

Entende Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 250), que as sanções penais e administrativas têm características de “castigo”, enquanto que a responsabilização civil, ou reparação do dano, “reveste-se de um caráter diverso, pois através dela busca-se uma recomposição daquilo que foi destruído, quando possível”.

Nessa linha, também avançou o Código Civil de 2002, como já exposto no capítulo anterior, que passa a adotar com a responsabilidade subjetiva, fundada no ato ilícito e na teoria da culpa (CC, art. 186) também a responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade (CC, art. 927).

2.7 Pressupostos da responsabilidade civil ambiental

A responsabilidade civil ambiental, no regime da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, tem como pressuposto a existência de uma atividade que implique em riscos para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Para que surja a obrigação de reparar o dano, basta a demonstração do dano ambiental, de uma atividade degradadora do meio ambiente e do nexo causal entre o dano e o fato da atividade degradadora, sendo irrelevante discutir se houve culpa ou não do agente (PASQUALOTTO, 1993, p. 154).

Como características principais da responsabilidade civil objetiva no direito ambiental, compreende relacionar a irrelevância da intenção danosa, bastando para tanto a ocorrência de um dano qualquer; a irrelevância da mensuração do caráter subjetivo, significando somente que se apure o nexo causal entre a conduta de uma determinada pessoa que de alguma forma tenha gerado um dano ecológico; a adoção do instituto da inversão do ônus da prova; e, ainda a irrelevância da licitude da atividade, não importando que a conduta praticada pelo agente causador do dano ambiental era lícita, se ele causou o dano será obrigado a repará-lo.

Atividade consiste na conduta causadora de dano ambiental, podendo ser comissiva, um fazer, ou omissiva, um não fazer. Pode ainda ser lícita, quando o seu exercício está em conformidade com a lei, ou ilícita, quando desconforme com a lei.

Assim, importante frisar que a responsabilidade no âmbito ambiental, independe da licitude ou não da conduta causadora do dano, isso porque o próprio risco criado pela atividade já constitui o elemento antijurídico.

O dano é conceituado como o prejuízo causado a um bem juridicamente tutelado, e a sua extensão é considerada para fins de reparação. O dano pode ter natureza individual ou coletiva, econômica ou não econômica. Atinge valor inerente à pessoa humana ou coisa juridicamente tutelada. Resulta de ato ilícito ou lícito.

Por sua vez, o dano ambiental não possui conceito legal, mas a doutrina conceitua como sendo a alteração indesejável de quaisquer dos recursos naturais, afetando a natureza e o próprio homem, na medida em que viola o direito fundamental de todos ao meio ambiente equilibrado (LEITE, 2015, p. 574).

Paulo Bessa Antunes define dano ambiental como sendo “a poluição que, ultrapassando o limite do desprezível, causa alterações adversas ao ambiente” (2002, p. 181).

Assim, nos termos conceituais trazidos no capítulo anterior sobre o meio ambiente e recurso ambiental, pode-se concluir que o dano ao meio ambiente é aquele que atinge o meio ambiente como bem autônomo (sentido amplo) ou um recurso ambiental (sentido estrito).

O dano ambiental pode ser classificado em dano individual ambiental ou reflexo e dano ambiental coletivo. Será individual se for praticado contra um recurso natural suscetível de apropriação (microbem), e, coletivo, quando causado ao bem ambiental como macrobem.

Por sua vez, os danos ambientais coletivos se subdividem em difuso, quando atinge um número indeterminado de pessoas, *stricto sensu*, quando fere interesses pertencentes a um grupo de pessoas determináveis, ou individual homogêneo, quando se refere a lesões de origem comum.

Quanto à sua extensão, o dano pode ser classificado em patrimonial e extrapatrimonial. É patrimonial quando se refere à perda material sofrida pela coletividade, enquanto o dano extrapatrimonial é a ofensa a um bem imaterial, relacionado a valores de ordem moral.

Cumprido salientar que o dano é elemento indispensável para a caracterização da responsabilização civil em sua modalidade reparatória.

Porém, a caracterização do dano ambiental não é questão das mais fáceis a ser resolvida. Sem dúvida, não é qualquer alteração da qualidade do ambiente, seja sob o enfoque do macro ou microbem, que possa caracterizar o dano ambiental capaz de detonar a obrigação reparatória.

Nesse sentido, seguem as considerações de Edis Milaré:

[...] poluição é degradação que se tipifica pelo resultado danoso, independentemente de qualquer investigação quanto à inobservância de regras ou padrões específicos. Sendo assim, a aferição da anormalidade ou perda do equilíbrio se situa fundamentalmente no plano fático, e não no plano normativo, segundo normas preestabelecidas (2009, p. 959).

Cabe, ainda, destacar que o dano ao meio ambiente se configura a partir do alcance de determinado nível de impacto. Isso porque, qualquer atuação humana, até mesmo o simples existir, gera impacto no meio ambiente. Assim, é preciso fixar determinados limites de tolerabilidade cujas alterações não se mostrem degradantes, como, aliás, salienta José Afonso Silva:

Poluição sempre existiu e sempre existirá, mas, para ser considerada como tal, a modificação ambiental deve influir de maneira nociva ou inconveniente, direta ou indiretamente, na vida, na saúde, na segurança e no bem-estar da população, nas atividades sociais e econômicas da comunidade, na biota ou nas condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente (2002, p. 31–32).

A dificuldade é determinar o liame entre o uso e o limite da tolerabilidade, isto é, o limite ou a intensidade do que é capaz de detonar a obrigação reparatória. Cabe lembrar que ao Direito incumbem aquelas de ocorrências de caráter significativo, cujos reflexos negativos transcendem os padrões de suportabilidade.

Dessa forma, é preciso recorrer ao princípio do limite de tolerabilidade que segundo o escólio de Mirra consiste:

[...] o princípio do limite de tolerabilidade, compreendido na sua exata significação, longe de consagrar um direito de degradar, emerge, diversamente, como um mecanismo de proteção ao meio ambiente, tendente a estabelecer um certo equilíbrio entre as atividades interventivas do homem e o respeito às leis naturais e aos valores culturais que regem os fatores ambientais condicionantes da vida (2002, p. 101–102).

Outrossim, poluição é a degradação que se tipifica pelo resultado danoso, independentemente de qualquer investigação quanto à inobservância de regras ou padrões específicos. Sendo assim, a aferição da anormalidade ou perda do equilíbrio se situa fundamentalmente no plano fático, e não no plano normativo, segundo normas preestabelecidas.

Na mesma seara, ainda completa Mirra:

[...] nem todo atentado ou agressão ao meio ambiente e seus elementos causa necessariamente um prejuízo à qualidade ambiental. O próprio meio ambiente é capaz de suportar pressões adversas; ele pode defender-se até um certo ponto, um limite, além do qual ocorre degradação (2002, p. 100).

Nesse diapasão, o limite de tolerabilidade deverá ser aquele em que o meio atingido tem condições de absorver e resistir aos impactos, mas sem que haja a caracterização de dano. Uma vez demonstrado que o meio não teve como absorver o impacto, configura-se o dano, que deverá ser obrigatoriamente reparado.

Com isso, os danos ao meio ambiente podem decorrer de ato ou atividade lícita, como nas situações em que o empreendedor exerce sua atividade dentro dos limites condicionados na licença ambiental e, mesmo assim, pode ser responsabilizado se o meio ambiente não for capaz de absorver os impactos da atividade.

O fato é que a lei não distingue ato lícito e ato ilícito na configuração do dano ao meio ambiente.

A abrangência do dano não está prevista na norma, até porque seria impossível fazê-la em face da multiplicidade de interações existentes no ambiente. Assim, caso houvesse tal previsão normativa, desencadear-se-ia tamanha rigidez ao sistema de responsabilização, de forma contrariar o objetivo da Carta Política de 1988 — manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado —, vez que a previsão normativa não iria representar na realidade a capacidade ou condição daquele ambiente em absorver determinado impacto.

Ademais, não se deve confundir o ato ilícito com o dano ambiental. O ato ilícito configura-se como aquele contrário ao direito, mas nem todo ato ilícito gera dano.

No ato ilícito transgredem-se os limites objetivos pela própria lei. De outro turno, o dano ambiental somente ocorre se ultrapassado o limite de tolerabilidade independente se derivado de ato lícito ou ilícito.

De todas as perspectivas expostas anteriormente, não há que se falar em atividade lícita quando ocorrer dano ao meio ambiente como bem autônomo, pois a indisponibilidade constitucional deste impede que qualquer norma ou ato infraconstitucional adquira validade no ordenamento jurídico brasileiro.

Como não tem o Poder Público disponibilidade sobre o meio ambiente, e justamente por isso, inválidos serão os seus atos que resultar degradação do meio ambiente em sentido amplo (macrobem).

Por sua vez, em se tratando de impactos aos recursos ambientais isoladamente (microbem), cuja atividade de exploração for lícita e autorizada, e constatando ao caso concreto que a mesma não está causando danos ao meio ambiente, seja ele autônomo (macrobem) ou não (microbem), isto é, se não foi ultrapassado o limite de tolerabilidade, não há que se falar em dano ambiental por ato lícito.

É por isto que nenhuma vedação há na legislação quando da utilização de recursos ambientais devidamente autorizados e com base na probabilidade de não haver risco ao ambiente autônomo ou recurso ambiental, tais como: desmatamentos, pesca, queima agropastoris, lançamento de efluentes no ar, solo ou na água.

Se este não for o entendimento, impossível a execução de qualquer atividade econômica.

Vale enfatizar que na ocorrência de dano aos recursos ambientais, isto é, cujo uso ultrapassou o limite de tolerabilidade, devem ser reparados, pois os recursos ambientais são componentes do macrobem, denominado meio ambiente, direito fundamental a sadia qualidade de vida.

Neste sentido, uma vez ultrapassado o limite da tolerabilidade, não se trata mais de questionar se o dano ambiental decorre de ato lícito ou ilícito ou de abrangência ao ambiente autônomo (macrobem) ou recurso ambiental (microbem), os quais não podem ser violados nos termos da norma constitucional.

Nessa linha de raciocínio, não se discute, necessariamente, a legalidade da atividade. É a potencialidade de dano que a atividade possa trazer aos recursos ambientais que será objeto de consideração. As normas administrativas existentes nada mais significam do que um teto, “uma fronteira, além da qual não é lícito passar. Mas, não se exonera o produtor de verificar por si mesmo se sua atividade é ou não prejudicial” (MACHADO, 2013, p. 409).

Há de se lembrar que a danosidade ambiental se pauta pela teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco, razão pela qual não se perquire a licitude da atividade.

Desse modo, para a concretização do evento danoso haverá de se analisar, no caso concreto, se a alteração ambiental prejudicou ou não a capacidade de uso do recurso ambiental ou a capacidade funcional ecológica protegida pelo direito, isto quer dizer, não basta avaliar se determinada atividade, ao realizar a sua operacionalidade, atendeu a todos os padrões ambientais determinados pelas normas ambientais, mas se o ambiente (macrobem) ou o recurso ambiental (microbem) tinham a capacidade de absorver tais interferências.

2.8 Nexo de causalidade na responsabilidade objetiva

O nexos de causalidade é o elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil objetiva. É compreendido como o liame entre o comportamento ou a atividade e a lesão, isto é, a relação de causa e efeito capaz de indicar os danos que podem ser considerados consequência do fato verificado. É o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar, ou seja, é o elemento objetivo que cria o vínculo externo entre o dano e o fato da pessoa ou da coisa.

É por meio dele que se identifica o agente ou a atividade causadora da lesão, imputando-lhe a responsabilidade e se delimita a extensão do dano a ser reparado. Assim, ocorrido o dano, se faz necessário apurar quais as causas (nexo de causalidade), para, em seguida, perquirir se a atividade causadora pode ser atribuída (nexo de imputação).

Na responsabilidade civil objetiva, os principais debates orientam-se pela existência ou não do nexos de causalidade, vez que, apesar da prova do dano ser, em muitos casos, uma tarefa dotada de grande complexidade, a relação de causalidade se configura o grande problema, quer na determinação da extensão da participação de um determinado agente, quer na própria existência ou não de uma relação de causa e efeito.

Isso se deve ao fato de que um dano ambiental pode ser causado por vários fatores ou causas, que podem ser concorrentes, simultâneas ou sucessivas, dificilmente possuindo uma única fonte linear.

Importante frisar que não basta que o dano coincida com a presença de uma culpa ou de um risco para dar origem ao dever de reparar, pois a coincidência não implica causalidade, devendo-se exigir a presença de um liame causal entre eles.

O direito civil apresenta várias teorias da causalidade, que procuram identificar os fatores determinantes do dano, para, conseqüentemente, estabelecer a responsabilização.

2.9 Teorias explicativas do nexos de causalidade

As teorias explicativas do nexos de causalidade desenvolveram-se em torno da indagação acerca de quais condições poderiam ser consideradas como causa jurídica do resultado lesivo.

Ocorrem dificuldades porque há, comumente, o aparecimento de concausas, que podem ser sucessivas ou simultâneas. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias

pessoas ou atividades. Nesse caso, a dificuldade está em saber qual das concausas deve ser escolhida como a responsável pelos danos.

Assim, apresentar as principais teorias formuladas que buscam explicar o nexo causal no dano ao meio ambiente é essencial para as conclusões desse estudo.

Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para produzir o dano é considerada como causa. A sua equivalência resulta que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria. Por isso, chama-se esta teoria de equivalência das condições ou da condição *sine qua non*.

Essa teoria equipara condições e causas. Cada condição origina outra condição e o conjunto determina o dano. Uma vez suprimida uma das condições, o resultado não ocorreria. Se um fato integrou a série de condições desencadeantes do efeito danoso, é possível concluir que ele foi sua causa. A indagação formulada para estabelecer o nexo é: o dano ocorreria sem o fato apontado como causa? Há relação de causalidade quando não é possível eliminar a causa sem prejuízo da consequência.

Essa teoria propõe como procedimento de investigação causal a adoção do método hipotético de eliminação, por meio do qual se constata que um fenômeno é causa do resultado quando a sua supressão levar à conclusão de que o evento não aconteceria do modo como ocorreu.

A crítica a esta teoria consiste no fato de se vincular a uma concepção naturalística de causalidade, o que, num contexto de complexidade como em matéria ambiental, pode dificultar a identificação e a comprovação do nexo causal. Além disso, pode promover a responsabilização de todos por tudo.

Outro problema é por não fazer distinção entre causa e concausa, não importando assim, distinguir causa principal e causa acessória.

Em oposição a essa teoria generalista, há as teorias individualizadoras, pelas quais a causa não é a soma de todas as condições, mas apenas uma delas, que deve ser selecionada e elevada à categoria de causa.

A teoria da individualizadora da causalidade adequada se fundamenta na seleção entre as diversas causas que podem ter condicionado a verificação do dano, aquela que, numa perspectiva de normalidade e adequação social, apresente sérias probabilidades de ter criado um risco socialmente inaceitável, risco esse concretizado no resultado danoso. Com isso, para que exista nexo causal, a ação deve ser idônea para produzir aquele resultado. A noção de causalidade adequada supõe que na pluralidade de casos será causa aquilo que normalmente ocorre em situações semelhantes.

A exclusão do nexu causal se dá mediante exame técnico da relação, por meio do qual se verifica não ter a pessoa vinculada a certos deveres, dado causa ao resultado, o que aparentemente anteriormente se verificava. Essa teoria trabalha basicamente com elementos fáticos.

Assim, não existe a obrigação de indenizar, se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, também, a obrigação de indenizar.

Essa teoria trabalha com a adequação da causa em razão da possibilidade ou probabilidade de um resultado. A adequação consiste no sentido de adaptação, ou seja, o efeito deve ser apropriado à forma de agir do sujeito e/ou atividade em função do dano resultante, que era de esperar para aquelas condições. Com isso, para que exista nexu causal, a ação deve ser idônea para produzir aquele resultado. A noção de causalidade adequada supõe que na pluralidade de casos será causa aquilo que normalmente ocorre em situações semelhantes.

Essa noção afasta a aplicação da teoria da causa próxima, pois não necessariamente a causa adequada é a causa mais próxima. Aliás, não se exige essa relação de proximidade para a responsabilização, mas sim uma relação de adequação.

Esta teoria tem o mérito de dispensar a prova cabal da causalidade, acatando a probabilidade, e tem como demérito para alguns doutrinadores, a impossibilidade da sua aplicação em situações novas. Assim, se o dano for imprevisível, a causalidade restaria excluída, havendo impossibilidade de responsabilização.

Nesse sentido, essa teoria é considerada imprópria por parte da doutrina para a responsabilidade civil por danos ambientais, uma vez que dificulta a reparação do meio ambiente sempre que o dano for considerado imprevisível.

De modo diverso, há doutrinadores que entendem que no caso de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, é possível notar que a teoria da causalidade adequada é mais flexível e, por isso, a mais adequada para orientar a identificação da causalidade ambiental, entre os quais se pode citar José Rubens Moraes Leite.

Além disso, essa teoria acolhe a probabilidade como critério de investigação causal, contentando-se com um juízo de verossimilhança, baseado no que normalmente ocorre, para a identificação da causa adequada do dano ambiental.

Segundo a teoria do escopo da norma jurídica violada, a distinção entre os danos indenizáveis e não indenizáveis não deve tomar por base a causalidade adequada do fato, mas sim os reais interesses tutelados pelo fim do contrato ou pelo fim da norma legal.

A teoria toma por base o fato de que não há um único critério válido para aferição do nexo causal, o que exige que o julgador considere a função da norma violada, para verificar se o evento danoso está sob sua proteção.

Para essa teoria, o limite da responsabilidade estará no evento danoso que seja resultado do risco em razão do qual foi vedada aquela conduta. Aqui, a prova do nexo causal é uma questão jurídica e não fática, o que significa dizer que para a proteção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações é preciso justificar juridicamente a imputação da obrigação de reparar o dano.

A crítica a esta teoria consiste no desejo de substituir o nexo de causalidade adequada pela simples identificação dos interesses tutelados pela norma ou pelo contrato para traçar o círculo dos danos indenizáveis. Assim, não há pertinência selecionar os danos provenientes da inobservância do contrato, para distinguir aqueles que devem ser indenizados, sem recorrer ao nexo de causalidade entre o fato constitutivo da responsabilidade e o dano.

Outrossim, poluição é degradação que se tipifica pelo resultado danoso, independentemente de qualquer investigação quanto à inobservância de regras ou padrões específicos. Sendo assim, a aferição da anormalidade ou perda do equilíbrio se situa fundamentalmente no plano fático, e não no plano normativo, segundo normas preestabelecidas.

Já para a teoria da ação humana, o fenômeno causal não deve ser tratado do ponto de vista físico, pois o mundo sobre o qual se projeta a ação é o mundo estruturado pelo homem e não simplesmente o mundo causal da natureza. Assim, o homem provido de consciência e vontade contribui decisivamente nas suas relações com o mundo exterior.

De acordo com esse pensamento, não se deve questionar quando um fato é causa de outro ou quando uma ação é causa de um resultado, mas quando um sujeito deve ser considerado autor de determinado resultado.

Quanto à teoria do dano direto e imediato procura fixar critérios mais objetivos para a seleção das causas do evento, sem ter que recorrer às noções abertas de normalidade ou probabilidade. Requer essa teoria, que haja entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

Das várias teorias sobre o nexo causal, o Código Civil brasileiro adotou a do dano direto e imediato, como está expresso no artigo 403. Dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo legal: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só

incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Tem o mérito de restringir a investigação causal aos eventos mais próximos do dano, impedindo o recurso a regressões infinitas de causalidade. Como ponto frágil, ao selecionar somente os danos diretos e imediatos, parece excluir a possibilidade de dano indireto. Para essa teoria, o dano indireto será passível de ressarcimento sempre que se apresentar como a consequência direta de um ato ilícito ou de uma atividade objetivamente considerada, ou seja, enquanto não houver concausas. Ademais, o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade, pois a causa necessária passa a ser esse fato natural.

Para Patrícia Faga Iglesias Lemos, a jurisprudência brasileira tem evoluído para adoção dessa teoria, mas no que concerne à responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, ela não resolve o problema da causalidade, pois restringe muito a obrigação de indenizar, exigindo que a condição seja necessária e suficiente para produzir o dano. Dada a relevância dos bens protegidos e o reconhecimento do meio ambiente equilibrado como direito fundamental do homem, não se permite a distinção entre causa principal e causa acessória, primando-se pela mais ampla reparação. Assim, a responsabilização apenas daquele poluidor que praticou a causa idônea para produzir o dano deve ser afastada. Todos os causadores do dano são responsáveis (LEMOS, 2008, p. 140).

2.10 Pluralidade dos agentes e de causas

Quando o evento danoso é ocasionado por uma única causa atribuível a um único agente, normalmente, não há maiores dificuldades para a investigação causal e para imputação da responsabilidade civil.

No entanto, é frequente que uma única causa geradora do dano seja atribuível a diversos agentes e/ou que o evento danoso seja o resultado da soma de diversos fatos independentes, todos contribuindo para a sua produção. Essas duas variáveis, compostas pela pluralidade de agentes e pela multiplicidade de causas, costumam tornar a identificação do nexo de causalidade bem mais complexa.

Com isso, o evento danoso pode ser originado de diversas concausas ou causas concorrentes, simultâneas ou sucessivas que interagem para a produção do evento lesivo. Diz-se, assim, que a causalidade do dano ambiental é complexa ou que há uma ampla dispersão do nexo causal.

Há causalidade conjunta ou comum quando a atuação de dois ou mais atores cooperarem para a formação de um único fato lesivo, que acarreta um dano que não poderia ser gerado pela ação isolada de apenas um deles.

Dessa forma, a lesão só é alcançada pela soma da contribuição causal dos diversos agentes, que, isoladamente, não teriam potencialidade de causar o dano tal como ocorreu. Verifica-se a causalidade conjunta quando o lançamento de produtos tóxicos por três indústrias ocasiona a contaminação de um determinado rio, sendo que o lançamento de cada uma delas, isoladamente, não teria aptidão para poluir o curso d'água.

A causalidade cumulativa ou concorrente é configurada quando um dano é provocado pela ação independente entre si de duas ou mais pessoas, de tal modo que, ainda que tivessem agido de maneira isolada, o resultado teria ocorrido do mesmo modo. É o caso da ação de diversas indústrias que jogam lançamentos no rio acarretando a poluição do rio, em que a atuação individual de cada uma delas teria potencial para produzir lesão no recurso hídrico.

As concausas e as causas concorrentes podem ser simultâneas, quando ambas agem ao mesmo tempo; ou sucessivas, quando uma age após a outra.

Na causalidade simultânea, não sendo possível identificar quais causas foram preponderantes para a ocorrência do evento, a relação causal é considerada indivisível e os diversos agentes responderão solidariamente pela lesão. Se, contudo, os agentes atuaram de modo independente, gerando, cada um deles, uma parte determinada do dano, responderá cada agente pela parcela do dano que efetivamente produziu.

Quando, porém, as causas forem supervenientes, isto é, aquelas que se integram ao processo causal já iniciado, interferem no seu resultado. Elas podem ser absolutas ou relativamente independentes. Se absoluta, a causa interfere no processo causal de tal maneira que rompe o seu seguimento, dando origem a uma nova cadeia causal, independente da anterior. Se, porém, a causa for relativamente independente, não há o rompimento do processo causal, e a relação causal torna-se divisível. Aqui, o dano deverá ser imputado aos diferentes autores, com a fixação de cotas distintas para cada um, sem aplicação da solidariedade.

2.11 Causalidade alternativa e responsabilidade coletiva

Causalidade alternativa corresponde quando dois ou mais fatos absolutamente independentes apresentarem potencialidade para produzir um dano, sem que se possa identificar qual deles foi a verdadeira causa da lesão.

É o caso quando duas indústrias lançam produtos químicos distintos no curso d'água e, havendo a mortandade de peixes, não se consiga identificar por qual delas o evento foi causado. Nesse caso, a causalidade é única e, apesar de não haver certeza quanto ao autor do fato, sabe-se que ele é uma de duas pessoas determinadas, ou um integrante de determinado grupo. Aqui, fala-se em existência de uma responsabilidade coletiva.

Quando, porém, um grupo de indústrias lança as mesmas substâncias químicas no curso d'água como subproduto da sua atividade, sem que se consiga precisar qual indústria foi a responsável pelo evento, a responsabilidade será solidária para todos os membros do grupo, a partir da fixação de uma presunção relativa de que todos contribuíram para a lesão. Contudo, se algum dos membros comprovar que não contribuiu para o resultado lesivo, não poderá ser considerado responsável.

Portanto, para esta teoria haverá a solidariedade de todos aqueles que de alguma forma tenham concorrido para a ocorrência de um dano ambiental. Os defensores desta teoria fundamentam sua aplicação em razão da complexidade probatória que envolve o nexos causal em matéria ambiental.

2.12 Dificuldades de comprovação do nexos de causalidade nos danos ambientais

De acordo com as regras processuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, incumbe ao autor o ônus de comprovar a existência dos fatos constitutivos do seu direito. Assim, caberá à vítima ou aos legitimados extraordinários comprovar a existência do nexos de causalidade entre a atividade lesiva e os danos ao meio ambiente.

Na esfera ambiental, essa comprovação é extremamente difícil quando se considera o atual contexto da sociedade de risco e a proliferação das situações de incerteza. Por consequência, a comprovação do nexos causal entre a lesão ao meio ambiente e a atividade contaminante, não raro, torna-se absolutamente inacessível para os autores das ações de reparação.

Para o jurista José Rubens Morato Leite (2015, p. 624), embora o nexos de causalidade constitua um dos elementos da reponsabilidade civil, as elevadas dificuldades probatórias neste campo têm imposto, à luz dos princípios e das normas constitucionais que orientam proteção e a reparação do meio ambiente, a necessidade de se rediscutir o nível de prova exigível para a sua comprovação.

Considerando que a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente rege-se, dentre outros, pelos princípios da preservação da dignidade humana e sadia qualidade de vida

e da solidariedade com as futuras gerações, deve-se questionar, então, qual é o grau ou a medida de prova necessária para que o Poder Judiciário possa considerar, nas demandas ambientais, o nexo de causalidade comprovado?

A doutrina atualmente caminha no sentido da flexibilização da comprovação do nexo de causalidade nas demandas ambientais, dispensando o legitimado ativo das ações de reparação da obrigação de comprovar, com exatidão científica, a relação de causalidade entre a conduta e o dano, contentando-se com a demonstração da presença de uma probabilidade determinante. Substitui-se, assim, o critério judicial da certeza pela verossimilhança da presença da relação causal.

Tais dificuldades na aferição do nexo causal têm reforçado as teses doutrinárias e jurisprudenciais adeptas à Teoria do Risco Integral.

2.13 Excludentes de causalidade e a responsabilidade civil por dano ambiental

Quando iniciado o processo causal, a partir do comportamento ativo ou passivo do agente ou do desenvolvimento de determinada atividade, o nexo de causalidade pode ser interrompido por conta da superveniência de determinados fatos externos e inevitáveis, que o eliminem, produzindo o resultado lesivo com exclusividade.

As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade são: a) estado de necessidade: importa na violação de um dever jurídico a fim de acabar com um risco iminente, sendo, em razão das circunstâncias, altamente necessário; b) legítima defesa: importa no uso dos meios necessários pelo agente para repelir injusta agressão, atual ou iminente de um direito seu ou de outrem; c) culpa da vítima: a conduta da vítima possui total relevância para o fato decisivo do evento, excluindo, portanto, o nexo causal em relação àquele que aparentemente teria causado o dano; d) fato de terceiro: é alguém que não possui relação com o aparente agente causador do dano. É uma causa estranha à conduta do agente aparente, e, portanto, por ele imprevisível e inevitável; e) caso fortuito ou força maior: está previsto no Código Civil em seu artigo 1.058, com a seguinte redação: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Para esse estudo serão analisados o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro.

No caso fortuito e força maior, em muitos casos, o dano pode ser causado não por um comportamento ou atividade humana determinada, mas por um fato alheio, que interrompe o andamento da primeira série causal e produz o resultado lesivo.

É o que se verifica quando o dano é produzido por acontecimentos naturais, como terremotos, enchentes, raios ou por ações humanas não individualizadas, como guerras, revolução, assaltos, greve etc.

Nesses casos, o dano apresenta-se como resultado de uma fatalidade ou da atuação do imponderável, que, ao romper o desdobramento normal dos acontecimentos, termina afastando, em princípio, a possibilidade de imputação da responsabilidade civil, pois os seus efeitos não podem ser atribuídos à atuação ou à atividade de quem quer que seja.

A imprevisibilidade é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito e a inevitabilidade da força maior. Quando o evento for imprevisível, e, por isso, inevitável, se estará diante de caso fortuito, enquanto que, se for o evento inevitável, mesmo que previsível, por ser fato superior às forças do agente, como no caso das forças da natureza, por exemplo, se estará diante de força maior.

Quanto ao fato de terceiro, verifica-se quando o dano é imputado, com exclusividade, ao comportamento de terceira pessoa, completamente estranha ao processo causal original.

Para configuração deste fato excludente de causalidade, considera-se terceiro qualquer pessoa, física ou jurídica, que intervenha, direta ou indiretamente (mas de maneira determinante), na produção da lesão. Esta pessoa deve ser distinta da vítima e do agente de cuja responsabilização se esteja cogitando, exigindo-se também que o agente não seja responsável por seus atos.

Aqui, também, a participação do terceiro na produção do resultado lesivo pode ser apenas parcial, hipótese em que não haverá excludentes de causalidade, mas concorrência de causas e, conseqüentemente, o agente deverá, ao lado do terceiro (como coautor), responder solidariamente pela integralidade do dano.

A doutrina discute a incidência dos fatos excludentes de causalidade nas hipóteses de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. A admissão ou não destes fatos excludentes varia conforme a teoria do risco adotado, constatando-se uma verdadeira gradação do rigor da responsabilização civil entre as duas principais variações desta teoria.

Parte da doutrina e dos tribunais, porém, adota a teoria do risco criado, cujo diferencial é admitir as excludentes de responsabilidade civil — culpa exclusiva da vítima, fato de terceiros e caso fortuito ou força maior. Tal teoria é alinhada à teoria da causalidade adequada e tem como elemento central o perigo, devendo-se aferir se há liame causal entre a ação ou omissão e o dano.

Assim, no sistema de responsabilização do dano ambiental no Direito brasileiro, doutrina e jurisprudência adotam a teoria objetiva sob duas vertentes: 1) as que admitem

excludentes de responsabilidade (teoria do risco administrativo, do risco criado, do risco-proveito, do risco atividade) e, 2) as que não admitem excludentes (teoria do risco integral).

2.14 A teoria do risco integral

As dificuldades na aferição do nexo causal têm levado os tribunais brasileiros a utilizar o critério de imputação do risco integral no dano ambiental, ou seja, a criação de um risco para a vida e o meio ambiente é suficiente para gerar a responsabilidade pelos danos causados pela atividade.

A teoria do risco integral originalmente legitimou a responsabilidade objetiva e proclamou a reparação do dano mesmo involuntário, responsabilizando-se o agente por todo ato do qual fosse a causa material. Não se cogita de indagar como ou por que ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização.

Para essa teoria, o mero risco gerado pela atividade, sendo este considerável para conduzir à responsabilização, ou seja, a própria existência da atividade é reputada causa do evento lesivo. Logo, no caso de haver um acidente ecológico, seja por falha humana ou técnica, por obra do acaso ou força da natureza, deve o empreendedor responder pelos danos, não se excluindo deste o direito de regresso contra o verdadeiro causador do dano.

Comentando esta teoria, Fábio Lucarelli destaca que:

[...] a indenização é devida somente pelo fato de existir a atividade da qual adveio o prejuízo, independentemente da análise da subjetividade do agente, sendo possível responsabilizar todos aqueles aos quais possam, de alguma maneira, ser imputado o prejuízo. Esse posicionamento não admite excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a ação de terceiros ou da própria vítima”, posto que tais acontecimentos são considerados “condições” do evento (1994, p. 16).

Como exposto, todos os riscos abrangidos pela atividade deverão ser internalizados no processo produtivo e, se o dano ocorrer, haverá uma presunção de causalidade entre tais riscos e o dano.

Com isso, o poluidor, sempre, mesmo que de maneira involuntária, contribuirá para a reparação do dano ao meio ambiente, somente por existir uma atividade de risco, da qual teve provada a conexão entre ela e o dano.

O mérito desta teoria, para os seus defensores, consiste na potencialidade de atenuar o rigorismo do nexo de causalidade, substituindo-se o liame entre uma atividade adequada e o

seu resultado lesivo pelo liame entre a existência de riscos inerentes a determinada atividade e o dano ambiental, fundado em juízos de probabilidade.

Assim, seus defensores, não admitem qualquer excludente de responsabilidade, já que a existência da atividade é a condição para o evento, e ainda, pela lógica, as excludentes ensejariam a afastamento da culpa que não é considerada para esta teoria.

Nessa linha, segue o entendimento de Edis Milaré:

A adoção da teoria do risco integral traz como conseqüências principais para que haja o dever de indenizar: prescindibilidade de investigação de culpa; irrelevância da ilicitude da atividade, inaplicabilidade de excludentes e de cláusula de não indenizar (2009, p. 962).

Nelson Nery Júnior compartilha do mesmo entendimento. Segundo o autor:

Ainda que a indústria tenha tomado todas as precauções para evitar acidentes danosos ao meio ambiente, se, por exemplo, explode um reator controlador da emissão de agentes químicos poluidores (caso fortuito), subsiste o dever de indenizar. Do mesmo modo, se por um fato da natureza ocorrer derramamento de substância tóxica existente no depósito de uma indústria (força maior), pelo simples fato de existir a atividade há o dever de indenizar". Segundo vários doutrinadores, a adoção desta teoria é justificada devida a proteção outorgada pelo art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (1984, p. 172).

Defendem a aplicação desta teoria Antonio Herman Benjamin, Meire Lopes Montes, José Afonso da Silva, Jorge Nunes Athias, Sérgio Cavalieri Filho, Sérgio Ferraz, entre outros.

Como crítica, a aplicação da teoria do risco integral pode resultar numa responsabilização indiscriminada de pretensos "poluidores", uma vez que se vale teoria da equivalência dos antecedentes para aferição do liame do nexos causal, bastando que o dano possa estar vinculado a uma atividade que gere risco para que o evento condicionante seja equiparado à causa do prejuízo.

Todavia, a adoção da teoria do risco integral não é pacífica, sendo contraposta pela teoria do risco criado.

Diante de todo o exposto, e da falta de unanimidade, a teoria do risco integral ainda tem um longo caminho hermenêutico a ser percorrido pela doutrina e jurisprudência, pois, a despeito de ser mais efetiva na proteção ambiental, pode levar a situações injustas de responsabilização.

2.15 A teoria do risco criado

Como acima mencionado, a teoria do risco integral supõe que a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela, deverá conduzir à responsabilização.

Para teoria do risco criado, verificando-se a presença de caso fortuito, de força maior, ou de fato de terceiro, haverá a interrupção do nexo causal que vincula a atividade do agente ao dano ambiental, com a consequente exoneração da sua responsabilidade, visto que tais fatos têm o condão de romper o curso causal, constituindo por si mesmos as causas adequadas do evento lesivo.

Os defensores da teoria do risco criado admitem as excludentes, sendo que deste entendimento compartilham Annelise Monteiro Steigleder, Toshio Mukai, Hugo Nigro Mazzilli, Paulo Affonso Leme Machado, entre outros.

Alguns autores admitem somente as excludentes da força maior e do caso fortuito, como é o caso de Mário Moacyr Porto, ao referir que:

O motivo de força maior – para sua caracterização – requer a ocorrência de três fatores: imprevisibilidade, irresistibilidade e exterioridade (causa externa). Se o dano foi causado por um fato da natureza, como uma tempestade, abalo sísmico, etc; a força maior, assim manifestada, exclui, a toda evidência, o nexo causal entre o prejuízo e a ação ou omissão da pessoa a quem se atribui a responsabilidade pelo prejuízo. O dano foi produzido, só e só, pela tempestade, pelo abalo sísmico, etc. Se a pessoa demandada concorreu de qualquer modo para o dano, não poderá, por óbvio, argüir motivo de força maior (...), pois a força maior é acontecimento anônimo e não imputável ao devedor (1989, p. 181).

Este é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli:

Entendemos que, em regra, tanto o caso fortuito como a força maior podem excluir a responsabilidade, fundada ou não na culpa, até porque podem eliminar o nexo causal entre a ação ou omissão de quem se pretende responsabilizar e o resultado lesivo independente, porém, certas atividades de risco supõem responsabilidade de que as explore, mesmo no caso de força maior ou caso fortuito (1995, p. 503).

Na mesma seara é a posição de José Rubens Morato Leite, ao afirmar que:

O motivo de força maior, para sua caracterização, requer a ocorrência de três fatores: imprevisibilidade, irresistibilidade e exterioridade. Se o dano foi causado somente por força da natureza, como um abalo sísmico, sem a ocorrência do agente poluidor, dita força maior, nestas condições, e faz excluir o nexo de causalidade entre prejuízo e ação ou omissão da pessoa a

quem se atribui a responsabilidade pelo prejuízo. Porém, se, de alguma forma, o agente concorreu para o dano, não poderá excluir-se da responsabilidade, prevalecendo a regra segundo a qual a imprevisibilidade relativa não exclui a responsabilidade do agente (2003, p. 200).

Outros seguem uma posição intermediária, ou seja, admitem apenas a força maior e o fato de terceiros como causas excludentes, a exemplo desta linha de entendimento cita-se Annelise Monteiro Steigleder (2004, p. 212), que admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, por se tratarem de “fatos externos, imprevisíveis e irresistíveis, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade”.

No que concerne ao chamado fortuito interno, este integra os riscos do empreendimento, os quais deverão ser internalizados pelo empreendedor da atividade, desde uma perspectiva moderna, que valoriza a mais ampla reparação e o ressarcimento dos danos. Assim, se ocorrer, por exemplo, sabotagem por parte de um funcionário da empresa no equipamento de controle de emissão atmosférica, não haverá a exclusão da responsabilidade civil, já que o empreendedor é o que garante da segurança do seu empreendimento, sob o ponto de vista ambiental.

A base da responsabilidade pelo risco é qualquer atividade desenvolvida. Assim são também as teorias do Risco Profissional — quem exerce atividade com fins lucrativos deve assumir os riscos dos danos que possa causar; do Risco-Proveito — é responsável quem tira proveito de atividade danosa; do Risco-Benefício — aquele que colhe o bônus deve arcar com o ônus de sua atividade; do Risco Excepcional — o dever de reparação é decorrente de atividade que causa extremo risco.

As consequências da adoção de uma ou outra teoria são perceptíveis no âmbito da determinação do nexo da causalidade, sendo que a teoria do risco criado utiliza a teoria da causalidade adequada em que, dentre as diversas possíveis causas do dano, aquela que, dentro dos padrões normais, possui grandes chances de ter criado um risco intolerável, que teve como consequência o resultado danoso.

Porém, caso o dano não esteja vinculado à atividade desenvolvida, não haverá a responsabilização e o conseqüente dever de indenizar. Para tal, deve-se analisar o nexo causal, conferindo ao suposto causador do dano a possibilidade de eximir-se da obrigação, caso prove a ocorrência de alguma das excludentes de responsabilidade.

Como exposto em tópico anterior, convém repisar que o dano na força maior advém de fatos absolutamente independentes, de origem externa, fora do controle daquele que executa a atividade de risco. Assim, a força maior deve ser excluída como origem de

responsabilidade por dano, já que o responsável pela atividade de risco pela coisa não poderia exercer nenhuma influência, sobre os elementos naturais, a guerra, a violência organizada.

Cumprе ressaltar que os entendimentos jurisprudenciais acerca da aplicação da responsabilidade civil ambiental no Brasil não são uniformes. Ora é utilizada a teoria do risco integral, ora a do risco criado, ou mesmo a intermediária, tendo cada uma delas adeptos fervorosos.

CAPÍTULO III - A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E OS INTERESSES LESADOS

3.1 Divergência doutrinária quanto às teorias explicativas do nexos de causalidade

Com base nas teorias explicativas do nexos de causalidade apontadas no capítulo anterior, é preciso reconhecer que não há uma adaptabilidade perfeita aos casos de danos ambientais.

O problema é que para a identificação do nexos de causalidade, por conta da complexidade ambiental, nem sempre se consegue a comprovação cabal, vez que há a comprovação da existência de um dano ambiental depende de variados fatores, realizações de perícias e, não raramente, de conhecimento técnico e científico interdisciplinar, dificultando a descoberta do verdadeiro liame causal.

Somado a isso, muitas vezes, o dano ambiental é fruto de efeitos cumulativos ocasionados por diversos sujeitos ao longo de anos, nesses casos a identificação do responsável pela danosidade ambiental é extremamente difícil, principalmente no que se refere à contribuição causal de cada agente.

A crítica da doutrina quanto à adoção da teoria das equivalências das condições concerne no risco de não identificar a contribuição de cada fonte poluidora e, por consequência, não ocorrer a reparação, uma vez que por essa teoria toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa.

Quanto à teoria do escopo da norma, em função da complexidade do meio ambiente e dos resultados que podem surgir, é praticamente impossível delimitar normativamente todas as causas e concausas que podem resultar em dano ambiental. Importante destacar que a abrangência do dano não está prevista na norma, até porque, como acima exposto, seria impossível fazê-la em face multiplicidade de interações existentes no ambiente. Assim, caso houvesse tal previsão normativa, desencadear-se-ia tamanha rigidez ao sistema de responsabilização, de forma a contrariar o objetivo da Carta Política de 1988 — manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado —, vez que a previsão normativa não iria representar na realidade a capacidade ou condição daquele ambiente em absorver determinado impacto.

Já a teoria do dano direto e imediato reza que somente o último ilícito seria a causa direta e imediata, o que poderia resultar na responsabilização do agente que menos contribuiu para o dano ora investigado. Desse modo, afastando-se de uma investigação puramente abstrata, ao procurar fixar critérios mais objetivos para a seleção das causas do evento, sem ter

que recorrer às noções abertas de normalidade ou probabilidade, parece excluir a possibilidade de ressarcimento de qualquer dano indireto. Outra dificuldade dessa teoria diz respeito ao fato que não dá o devido valor aos problemas da incerteza científica e da complexidade ambiental.

Nesse condão, a teoria da causalidade adequada, por ser mais flexível, é a mais coerente para orientar a identificação da causalidade ambiental, até porque acolhe a probabilidade como critério de investigação causal, satisfazendo-se com um juízo de verossimilhança, baseado no que normalmente ocorre para a identificação da causa adequada do dano ambiental. Desta forma, caso não seja possível encontrar com exatidão o elemento causal, através da teoria da causalidade adequada será possível encontrar a resposta mais satisfatória ou mais próxima do liame causal quando comparada com as outras.

Nesse estudo, foi possível verificar que o STJ tem aplicado de modo predominante a teoria da causalidade adequada, mas em certas situações, mesmo que se referindo a uma “causalidade adequada”, o que se depreende nos julgados é a falta do rigor técnico na aferição da teoria explicativa do nexos de causalidade.

3.2 Entraves impostos à responsabilidade civil diante do dano ambiental

Inicialmente, vale destacar que instituto jurídico da responsabilidade civil por danos ambientais visa a imputar ao causador de um dano ambiental o ônus pela sua reparação. O objetivo principal e aparente é coibir ações degradantes e reparar integralmente o bem jurídico tutelado, porém há diversas barreiras a serem transpostas.

A primeira barreira consiste na resposta da interrogação de como se estabelecer o nexos causal entre a atuação e o dano, uma vez que o dano ambiental possui caráter difuso, traz repercussões de maneira lenta e gradual, sendo geralmente indireta e mediata a relação entre poluidor e vítima.

Outra grande dificuldade que se impõe é quanto à origem da lesão ambiental, a qual pode ser derivada de causas concorrentes, simultâneas e sucessivas, tais como os danos causados pelos despejos acumulados. Nestes casos, bem como nos casos de danos causados à distância, como configurar o binômio causa-efeito?

A terceira barreira consiste na indagação de qual deve ser o grau de exatidão de prova para comprovar o nexos de causalidade.

Mormente, realizar a análise no plano fático e identificar de forma exata qual é a causa, no momento de sua utilização concreta, consiste numa das maiores dificuldades do direito ambiental.

A doutrina destaca que há uma oposição entre o jurídico e o científico, em que existe uma tendência entre os cientistas de exigir alto nível de prova e, por outro lado, o direito procura inicialmente identificar o degradador para imputar sua responsabilidade a partir de critérios jurídicos.

A consequência prática dessa dicotomia, em razão das peculiaridades do bem ambiental e da primazia que se deve conferir a sua proteção, está na flexibilização da comprovação do nexo de causalidade nas demandas ambientais. Há na atualidade uma forte tendência de dispensar ao legitimado ativo das ações de reparação da obrigação de comprovar, com exatidão científica, a relação de causalidade entre a conduta e o dano, contentando-se com a demonstração da presença de uma probabilidade determinante. Substitui-se, assim, o critério judicial da certeza pela verossimilhança da presença da relação causal.

Esse ajuste é importante a fim de garantir a eficácia mínima da responsabilidade civil ambiental, todavia, há que se tomar cuidado, para que tais flexibilizações não sejam equivocadas, e que a exceção acabe por virar regra, o que pode resultar em inúmeras injustiças e o desvirtuamento do sistema de responsabilidade civil ambiental.

3.3 Análise jurisprudencial da responsabilidade civil ambiental

Para atender aos novos desafios impostos pela atual sociedade vê-se a necessidade de atribuir uma nova interpretação e aplicação da responsabilidade civil ambiental fundada na teoria do risco.

Atualmente, as decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no âmbito do instituto da responsabilidade civil ambiental, demonstra um posicionamento homogêneo nas diferentes turmas julgadoras, mas é possível verificar que há divergências no tocante a certos assuntos, o que são de extrema relevância quanto à matéria.

Dessa forma, em sequência, estão em destaque as principais decisões na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria, cuja pesquisa foi fruto de um recorte compreendido no período de 01 de janeiro de 2014 a 30 de julho de 2018.

Majoritariamente, a jurisprudência do STJ, no que concerne à responsabilidade civil ambiental, adota a teoria do risco integral, uma vez que não houve uma só decisão divergente nos Recursos Especiais analisados, cuja pesquisa teve como fonte o título “dano ambiental”.

Na sequência, seguem as ementas de alguns os julgados transcritos sobre a matéria:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.081 – PR (2016/0108822-1). RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOSÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO DE TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DA CARGA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO (STJ. Recurso Especial nº 1.596.081-PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, 4ª Turma. Data do julgamento: 25 out. 2017).

Observa-se que na decisão acima, apesar da adoção da responsabilidade objetiva por dano ambiental pela teoria do risco integral, não houve a condenação da empresa recorrente em função da inexistência do nexo de causalidade. A jurisprudência é pacífica no STJ, em que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato. Nesse caso, inexistente nexo de causalidade entre os danos ambientais e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada. Assim, não houve a imposição de obrigações reparatórias à empresa adquirente da carga transportada pela embarcação que foi alvo de explosão contaminando as águas no entorno do Porto Paranaguá. A responsabilidade nesse caso ficou restrita ao proprietário da embarcação.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.195 - SC (2016/0326203-1). CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PROPTER REM. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REPARATÓRIA DE DANO AMBIENTAL. REPOSIÇÃO FLORESTAL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. NECESSIDADE DE COTEJO ANALÍTICO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ÓBICE DAS SÚMULAS 284/STF e 182/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO (STJ. Recurso Especial nº 1.644.195-SC. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Data do julgamento: 27 abr. 2017).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.284 - MG (2012/0108265-7). RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO

ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE (STJ. Recurso Especial nº 1.374.284-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção. Data do julgamento: 27 ago. 2014).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.376.199 - SP (2011/0308737-6). ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS HÍDRICOS. PRIORIDADE DO ABASTECIMENTO PÚBLICO. LEI 9.433/1997. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. LEI 6.938/1981. DANO IN RE IPSA AO MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL EM ÁREA DE PROTEÇÃO DE MANANCIAS. RESERVATÓRIO GUARAPIRANGA. ÁREA NON AEDIFICANDI. IMPUTAÇÃO OBJETIVA E EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. MUDANÇAS CLIMÁTICAS (STJ. Recurso Especial nº 1.376.199-SP. Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma. Data do julgamento: 19 ago. 2014).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.722.488 - SC (2018/0026483-6). PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MINERAÇÃO DE CARVÃO. RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA DEGRADADA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO (STJ. Recurso Especial nº 1.722.488-SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Data do julgamento: 22 mai. 2018).

Nas decisões acima, verifica-se a opção do julgador pela responsabilidade civil objetiva com a adoção da teoria do risco integral, não admitindo a aplicação das excludentes de responsabilidade de caso fortuito ou força maior. No último julgado, ocorre ainda a flexibilização do nexo de causalidade e a responsabilização solidária pelo dano. Quanto à solidariedade, como se sabe, não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes (CC, art. 265). Nesse caso, havendo mais de um causador pelo dano ambiental, todos são solidariamente responsáveis pela indenização, conforme preceitua o artigo 942, *caput*, do Código Civil. O direito positivo brasileiro toma por irrelevante o fato de o dano ter sido produzido por causa principal ou secundária, ou ainda, concausas, havendo dano causado por mais de uma pessoa, *todos* são solidariamente responsáveis.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.97 - DF (2015/0201776-6). RECURSO ESPECIAL. DE BRAZUCA AUTO POSTO LTDA. - EPP E JAYRO FRANCISCO MACHADO LESSA. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VAZAMENTO DE GASOLINA EM POSTO DE COMBUSTÍVEL. DANOS MATERIAIS E AMBIENTAIS DE GRANDES PROPORÇÕES. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DA CAUSALIDADE

ADEQUADA. CONCORRÊNCIA DE CAUSAS. RECONHECIMENTO DE RESPONSABILIDADE RECÍPROCA DOS LITIGANTES PELA ECLOSÃO DO EVENTO DANOSO. INDENIZAÇÃO DIVIDIDA PROPORCIONALMENTE ENTRE AS PARTES. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 2. RECURSO ESPECIAL DA PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO ÚNICA. INTERPOSIÇÃO CONTRA DUAS SENTENÇAS. PROCESSOS DISTINTOS. ALEGADA OFENSA AO INSTITUTO DA PRECLUSÃO. JULGAMENTO DO RESP 1.496.906/DF. RECONHECIMENTO DA PERDA DE OBJETO. APELO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (STJ. Recurso Especial nº 1.615.971-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Data do julgamento: 27 set. 2016).

Acertadamente, neste julgado, observa-se a exigibilidade pelo STJ de que para a caracterização da responsabilidade civil, antes de tudo, há de existir e estar comprovado o nexos causal entre o dano e a conduta comissiva ou omissiva do agente. A doutrina endossada pela jurisprudência do STJ é a de que o nexos de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada. A adoção da aludida teoria da causalidade adequada pode ensejar que, na aferição do nexos de causalidade, chegue-se à conclusão de que várias ações ou omissões perpetradas por um ou diversos agentes sejam causas necessárias e determinantes à ocorrência do dano.

Verificada, assim, a concorrência de culpas entre autor e réu, a consequência jurídica será atenuar a carga indenizatória, mediante a análise da extensão do dano e do grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão. No caso em exame, foi decidido que cada parte tem a sua esfera de responsabilidade assumida contratualmente e, extracontratualmente, pela teoria do risco da atividade (CC/2002, art. 927, parágrafo único), assim, configurada a concorrência de culpas para eclosão do evento danoso, sendo certo que cada litigante deve responder na proporção de sua contribuição para a ocorrência do dano.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.370.125 – PR (2011/0264912-5). CHAMAMENTO AO PROCESSO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO LÍCITO. REPRESAMENTO DE RIO FEDERAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO E ALTERAÇÃO DE ESTOQUE PESQUEIRO (STJ. Recurso Especial nº 1.370.125-PR. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma. Data do julgamento: 05 nov. 2015).

Na decisão acima, há um equívoco pelo julgador ao decidir pela responsabilização solidária da empresa que integrou o consórcio para a construção de usina hidrelétrica. Ora, a empresa que integrou o consórcio para construção da usina hidrelétrica não

se beneficia e não exerce a atividade econômica que explora a unidade de geração de energia. A geradora de energia é quem deve responder de forma direta pela alteração na quantidade e diversidade de peixes no rio represado.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.175.907 - MG (2010/0010006-2). DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA EMISSÃO DE FLÚOR NA ATMOSFERA. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE OCORRER DANOS INDIVIDUAIS E À COLETIVIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL IN RE IPSA (STJ. Recurso Especial nº 1.175.907-MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Data do julgamento: 19 ago. 2014).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.536 - SE (2012/0246647-8). RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008 (STJ. Recurso Especial nº 1.354.536-SE. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção. Data do julgamento: 26 mar. 2014).

Nos acórdãos acima, constata-se a adoção majoritária do tribunal pela responsabilidade objetiva, isto é, pela teoria do risco integral, não admitindo a aplicação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável.

Constata-se, diante dos julgados apresentados, a observância ao que dispõe o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, cuja ordem constitucional é a preservação e proteção do meio ambiente para garantia da manutenção da qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Todavia, há de convir que existe uma compreensão extremamente restritiva quanto à aceitação da prova do dano ambiental e a investigação do nexo causal. Não há em um só julgado a citação de meio ambiente sob a ótica de macro ou microbem, conceitos criados e adotados pela doutrina.

Outrossim, também não se vê a discussão sobre a danosidade e os limites de tolerabilidade nas decisões, mesmo ciente que tal debate não seja objeto de análise do STJ, haveria de ter, ao menos, a citação desses importantes conceitos nos julgados. Essa verificação, denota que há na atualidade um enfrentamento superficial nas lides ambientais, seja por culpa das partes e/ou dos julgadores.

Nesse contexto, ao que parece, ficou simples julgar as lides ambientais com o fundamento de atender à determinação da ordem constitucional e dos diplomas jurídicos vigentes que buscam proteger esse direito fundamental.

Em geral, o STJ tem adotado uma análise superficial sobre esses temas, e como regra geral adotado a teoria do risco integral, sendo descabida a invocação pelo responsável ou suposto responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar.

A decisão fica restrita em: “aplica-se a responsabilidade objetiva sob o risco integral e ponto”.

Cumpra-se!

É consenso no ordenamento jurídico brasileiro que os riscos da atividade potencialmente causadora de danos deverão ser internalizados no processo produtivo. Assim, caso o dano ocorra, haverá uma presunção da causalidade entre tais riscos e o dano. A divergência situa-se, porém, na causalidade que pode ser ilidida pelas excludentes de responsabilidade como fato de terceiros, caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima, como defendem os adeptos à teoria do risco criado, ou não ser ilidida de nenhuma forma, como aduzem os defensores da teoria do risco integral.

Em face de não encontrar-se na jurisprudência do STJ, no período analisado, um só caso em que houve a ocorrência de dano ambiental derivado de força maior, propõe-se aqui um exemplo a fim de favorecer o debate.

No caso de um proprietário rural que possua em sua propriedade uma área de proteção ambiental florestada e que venha ser atingida por incêndio causado por um raio (força maior), com base na atual jurisprudência do STJ, haveria a sua responsabilidade em face de não admitir as excludentes de responsabilidades (teoria do risco integral).

Contudo, nesse caso, o posicionamento mais adequado no âmbito de responsabilização ambiental seria a aplicação da teoria do risco criado, mas com a admissão somente da força maior, como excludente de responsabilidade.

Essa também é a posição defendida pelos doutrinadores José Rubens Morato Leite, Annelise Monteiro Steigleder entre outros, que admitem apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, uma vez que, por se tratarem de fatos externos, imprevisíveis e irresistíveis, nada têm a ver com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade, e, nesse exemplo, há de se excluir a responsabilidade do proprietário.

Ora, se o dano foi causado somente por força da natureza, dita força maior, nestas condições, se faz excluir o nexo de causalidade entre prejuízo e ação ou omissão da pessoa a

quem se atribui a responsabilidade pelo prejuízo, uma vez que a força maior está totalmente excluída como origem de responsabilidade por dano, já que o proprietário não poderia exercer nenhuma influência sobre os elementos naturais.

Assim, para haver a responsabilização deve haver ao menos um vínculo subjetivo com a atividade à qual o risco seja inerente. Aqui, não há que se falar em ofensa aos princípios da prevenção e precaução, em face da imprevisibilidade e da inevitabilidade da causa do dano. A teoria do risco não significa de modo algum a mera responsabilidade por acontecimentos, totalmente desvinculada de qualquer nexos voluntário. Caso contrário, ao flexibilizar o nexos causal e não se admitir as excludentes de responsabilidade, haverá a responsabilização do proprietário. Por outro lado, no outro extremo, tornando rígido o nexos causal e admitindo-se as excludentes, o resultado, também indesejado, seria a irreparabilidade dos danos ambientais.

Impõe-se ressaltar que não se está a justificar um direito ao dano ambiental. Trata-se de casos excepcionais, e, nesse cenário, a aplicação da responsabilidade civil precisa dar as respostas necessárias e reclamadas enquanto instituto jurídico, com o intuito de garantir segurança jurídica ao sistema de justiça e aos que executam ou desenvolvem atividades de risco.

Nesse passo, se alguém desenvolve uma atividade calculando os riscos de seus prejuízos, de modo a geri-los racionalmente, também está apto a suportar os danos que eventualmente gere a terceiros. A teoria do risco simplesmente adota a mesma abordagem utilitária, instrumental e preventiva das atividades que se desenvolvem mediante as complexas técnicas de intervenção e domínio no mundo da contemporaneidade. A adoção da teoria jurídica do risco visa a recompor tal desequilíbrio de possibilidade, procurando resguardar o mínimo de dignidade e autonomia material dos indivíduos.

De todo modo, a responsabilização irrestrita e infinita, ao que parece, não é o melhor caminho. O descompasso dessa linha é que ao ser “infinita”, a responsabilização acaba por ser ineficaz. Exemplo disso, a patente e vergonhosa degradação do Rio Tietê ao cruzar a cidade de São Paulo e tantos outros inúmeros recursos hídricos poluídos pelo País.

Cumprindo indagar, cadê o funcionamento das instituições?

Onde está a efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?

Se os institutos jurídicos e as instituições estivessem funcionando corretamente não haveria de ter esses lamentáveis fatos que são encontrados a todos os cantos do País.

Entretanto, há de convir que o problema é mais profundo!

Da problemática envolvida nesse estudo que contribui para a falta de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o recorte a esse debate ficará restrito a duas vertentes, a primeira em saber se há limite para responsabilização, e a segunda, quanto ao dever da sociedade civil nesse processo.

Quanto à primeira problemática, cumpre inicialmente considerar que a adoção da teoria do risco mostra-se como forma de possibilitar a distribuição equânime dos ônus sociais, uma vez que apresenta variantes conforme critérios orientadores da equidade. Assim, se fala em risco proveito, em risco criado, em risco da empresa, em risco profissional etc. Quaisquer que sejam esses critérios de atribuição de riscos, todos eles exigem a assunção voluntária da atividade que potencialmente pode gerar o risco e os danos dela decorrentes. Com isso, a teoria da responsabilidade objetiva não se trata de atribuir a alguém a responsabilidade por todos os riscos da humanidade, mas somente o risco que a pessoa criou, ou do qual ela retira benefícios, bem como os inerentes ao empreendimento ou ao exercício da profissão.

Esse deve ser o limite.

Nessa linha, não há equidade à responsabilidade irrestrita por fatos que não há qualquer relação com a atividade desenvolvida, muito menos advindos da força maior.

Quanto à segunda problemática, do dever da sociedade civil nesse processo, diz respeito à crise individualista da pós-modernidade, ao ponto em que a inovação condiz com os direitos fundamentais de terceira dimensão, os quais dependem não somente do Estado em sua efetivação, passando para uma imposição à coletividade. Com efeito, ao mesmo tempo em que o direito fundamental ao meio ambiente impõe um agir à coletividade quanto à preservação e defesa da natureza, esta mesma sociedade perde a sua outrora dependência a um Estado verticalizado, ansiando por liberdade e autonomia.

Não se pode, porém, esquecer que a autonomia se exerce em sociedade. Deste modo, só há verdadeira autonomia e, portanto, respeito da dignidade humana quando a ação individual leva em consideração todos os outros como fins em si mesmos.

Nesse aspecto, o ponto que parece unir a dicotomia entre o individualismo e o agir coletivo reside justamente na ânsia social por autonomia diante do ente estatal, o que implica em um aumento na responsabilidade com a preservação da sociedade e dos membros desta, baseada esta responsabilidade na ânsia social pela autopreservação dos indivíduos e da sociedade.

Desta forma, na atualidade, o homem é, ao mesmo tempo, uma presença e um objeto de dever. E esse dever impõe que o mundo seja conservado para as atuais e futuras gerações, trazendo consigo uma nova postura ética. Nesse novo contexto, a responsabilidade cinge uma

nova ética, em que a liberdade (autonomia) não pode entrar em confronto com o abuso, como alerta e enfatiza Hans Jonas com o princípio da responsabilidade, em que deve este constituir uma nova ética para a civilização tecnológica. Antes de um dever jurídico, está-se diante de um dever moral, com o intuito de ser guia não apenas das condutas humanas, mas, ainda, de seu jeito de relacionar com o meio ambiente.

Com isso, não basta o meio ambiente ser erigido a direito fundamental se não há por parte de todos um agir comprometido com fundamento na fraternidade, como também não basta o Judiciário defender a aplicação da responsabilidade objetiva pela teoria do risco integral em casos de dano ao meio ambiente como justificativa para a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e concretude desse direito fundamental.

Ademais, não há motivo para a academia e para o sistema jurídico ficar distante da realidade fática, do mundo real. Há necessidade de se ter a coragem de enfrentar e buscar soluções para os problemas nacionais, ao invés de transitar num mundo utópico e ainda contribuir para a manutenção do nefasto abismo social e ambiental existentes para todos os cantos do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência moderna, por meio da razão, torna a técnica capaz de mudar completamente a natureza. Com as novas possibilidades da técnica e com a sua potencial capacidade de degradação, a preocupação com a natureza tem-se transformado em questão de sobrevivência, o que torna relevante o papel do direito ambiental, imprescindivelmente com parâmetro normativo no mundo contemporâneo.

A filosofia é um importante componente ao direito ambiental, de modo a dar suporte teórico aos juristas, por isso, no capítulo primeiro foram trazidos breves apontamentos de filósofos contemporâneos.

Por sua vez, o constitucionalismo tem promovido o reconhecimento de novos sujeitos e estimulado a solidariedade pela exigência de implementação dos interesses coletivos da sociedade, dentre os de maior expressão estão a sobrevivência da espécie humana e a dos demais seres vivos. Insta destacar que o substrato filosófico fica evidente nos parâmetros constitucionais da Carta Política de 88.

Importante foi destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que está diretamente relacionado com um meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos, como estabelece o artigo 225 da Constituição de 1988, porque sem um ambiente sadio não há respeito à dignidade humana; e, como princípio jurídico fundamental, perpassa por todo o direito civil, inclusive pela responsabilidade. Por isso, desdobramentos da dignidade da pessoa humana são elementos-chave para a compreensão dos diversos modelos de responsabilidade civil.

A ideia central da dignidade da pessoa humana nesse trabalho é a de considerar o homem em função de sua autonomia, e assim, capaz de conhecer os seus deveres e de dirigir suas ações pela vontade, conformando-as a uma ordem superior e obrigatória, qual seja o ordenamento jurídico.

O instituto da responsabilidade civil foi trazido como instrumento reparatório e de prevenção a danos, oportunidade em que referido instituto tratou de se adaptar às necessidades sociais.

O Código Civil positiva duas grandes vertentes de modelos de responsabilidade, a primeira por ato ilícito (subjetiva) e a segunda por equidade (objetiva).

Foi por decorrência da revolução industrial que surgiu a responsabilidade civil objetiva, a qual, afastando a análise de qualquer imputação de culpa, impôs a responsabilidade

como uma consequência pela simples atividade que pudesse, de qualquer forma, expor a vítima a danos.

Posteriormente, de novo a responsabilidade civil mudou seu paradigma passando a fundar-se a partir da teoria do risco, fosse ele o risco proveito, criado ou assumido, sendo que a aqui a responsabilidade se atribuiu àquele que voluntariamente cria, tira proveito ou tem a capacidade de direção do empreendimento que põe em risco bens de terceiros. Assim, quem tira proveito ou dirige uma atividade que expõe terceiros a um perigo socialmente relevante deve ser responsabilizado pelos resultados relacionados à sua intervenção, pois, uma vez estando em posição de maior autonomia, também está em posição de maior responsabilidade. A teoria do risco, dessa forma, corrige a disparidade material existente entre os envolvidos, protegendo a vítima para resguardar a sua dignidade.

Surge também a teoria da responsabilidade pelo risco integral pressuposta, a qual, em apertada síntese, mantém o afastamento da culpa relativizando agora a figura do nexa causal, para reconhecer que a atividade, por si só, traria ao seu agente a imputação da responsabilidade.

Relativizada a conduta culposa e o nexa causal, restou somente a afirmação de que o único requisito indispensável à responsabilidade civil é o dano.

De qualquer forma, um sistema ressarcitório efetivo constitui importante instrumento na tentativa de inibir e prevenir danos ambientais. No ordenamento jurídico brasileiro é consenso que os riscos da atividade potencialmente causadora de danos deverão ser internalizados no processo produtivo. Assim, caso o dano ocorra, haverá uma presunção da causalidade em relação aos riscos.

A fim de explicitar esta última mudança de paradigma no âmbito da responsabilidade civil, o desenvolvimento deu-se primeiramente pontuado pela tutela ambiental, posteriormente pela responsabilidade civil e, num terceiro capítulo, pela responsabilidade civil ambiental com o debate a aplicabilidade pelas teorias da responsabilidade objetiva, isto é, teoria do risco criado e teoria do risco integral, além das excludentes de responsabilidades.

A divergência encontra-se, porém, na causalidade que pode ser ilidida pelas excludentes de responsabilidade, como fato de terceiros, caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima, como defendem os adeptos à teoria do risco criado, ou não ser ilidida de nenhuma forma, como aduzem os defensores da teoria do risco integral.

O que se busca evitar é a socialização dos riscos, mas se deve ter o cuidado de não imputar injustamente a causalidade do dano somente pelo exercício de uma atividade. No Brasil, verifica-se que não há uma uniformidade nos entendimentos doutrinários e

jurisprudenciais, sendo notória a divergência no que diz respeito à adoção da teoria do risco criado, da teoria do risco integral ou, até mesmo, da intermediária na responsabilidade civil no âmbito ambiental.

A análise dos julgados selecionados do STJ demonstrou que a Corte Superior decidiu pela adoção majoritária da teoria do risco integral, em busca, ao que parece, da maior proteção do meio ambiente, entretanto, como já exposto, pode ser uma percepção equivocada que este posicionamento seja uma solução do problema.

Mais importante constituir uma nova postura por toda a sociedade com um agir comprometido com fundamento na fraternidade. Enquanto se caminha nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil ambiental é dos instrumentos que contribuem para prevenção e reparação da danosidade ambiental, mas, ao mesmo tempo, esse instrumento não pode ser equivocadamente aplicado diante das realidades fáticas do mundo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

_____. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v.1, n. 1, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.175.907-MG**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe de 05 mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.354.536-SE**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe de 25 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.370.125-PR**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Publicado no DJe de 15 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.374.284-MG**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe de 05 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.376.199-SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJe de 07 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.596.081-PR**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Publicado no DJe de 22 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.615.971-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicado no DJe de 07 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.644.195-SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJe de 08 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.722.488-SC**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Publicado no DJe de 29 mai. 2018.

COSTA, Ilton Garcia. **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Tomo I. Itajaí: Univale, 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma carta dos bens fundamentais**. Trad. Daniela Cademartori. Sequência, nº 60. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC Rio, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Introd. e Nota de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito – Diálogos com Philippe Nemo**. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. A ontologia é fundamental? In: **Entre Nós: Ensaio sobre a alteridade**. Trad. Pergentino Pivatto (coord.) et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

_____. **Totalidade e Infinito**. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2013.

LOPES, Othon de Azevedo. **Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil**. Revista. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 2004.

LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. In: Revista dos Tribunais nº 700. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fevereiro, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, **Direito Ambiental brasileiro**, 7 edição, São Paulo: Malheiros 1999.

_____. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUKAY, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. São Paulo: Forense, 2005.

NALINI, Jose Renato. **Ética Ambiental**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

NERY, Nelson Júnior. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. In: **Revista Justitia nº 126**. São Paulo, julho/setembro, 1984.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecológica à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. (Coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PELLENS, Mayara; SANTOS, Danilo dos; DEBASTIANI, Ana Cristina Bacega. Sustentabilidade: Reflexões a partir da fraternidade e da solidariedade. **Revista em Tempo**, 2015, p. 61–78. Marília: Letras Jurídicas, v. 14, 2015, 368p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, 2001.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional: da dignidade humana ao direito fraterno. In: **Revista Faculdade de Direito PUC-SP**. v. 2. São Paulo: PUC, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional comparado. In: **Princípios de Direito Ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Iveraldo. A Universalização do Direito à Vida e a Diversidade Cultural. **Revista em Tempo**. v. 15. Marília: 2016.

SARLET, Wolfgang Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Solange Teles da. **Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**: avanços e desafios. *Revista de Direito Ambiental*, a. 12, n. 48, out/dez. p. 225–245, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito ambiental. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**: inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica. Curitiba. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Paraná, 2003.

WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira – subsídios para a história do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.