DOUTRINA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AMBIENTAL

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor de "Direito Ambiental Comparado" e "Biodiversidade e Direito" na University of Texas School of Law at Austin e Presidente do Instituto *O Direito por um Planeta Verde* e da *Associação Brasileira de Ex-Bolsistas Fulbright.*

USO EXCLUSIVO DO ASSINANTE

SUMÁRIO: 1. Dano Ambiental: um dos grandes desafios jurídicos na transição de milênios – 2. Responsabilidade civil pelo dano ambiental: do esquecimento ao (re)aparecimento – 3. Plasticidade e complementariedade da responsabilidade civil no domínio ambiental – 4. Necessidade de um regime especial para a responsabilidade civil pelo dano ambiental – 5. Funções da responsabilidade civil em matéria ambiental: 5.1 As funções clássicas revisitadas; 5.2 Novos fundamentos para as funções da responsabilidade civil – 6. Bases principiológicas da responsabilidade civil ambiental: os princípios da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador e da reparação integral – 7. O modelo tradicional de responsabilidade civil e os ajustes necessários para sua aplicação ao dano ambiental – 8. Evolução da responsabilidade civil pelo dano ambiental no Direito brasileiro: da irrelevância concreta à constitucionalização explícita: 8.1 O Código Civil; 8.2 A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: uma primeira abordagem; 8.3 A Constituição Federal de 1988: 8.3.1 A amplitude da consagração constitucional da responsabilidade civil ambiental, 8.3.2 Competência para legislar em matéria de dano ambiental; 8.4 A responsabilidade civil e a nova lei dos Crimes contra o Meio Ambiente; 8.4.1 O veto ao regramento autônomo da responsabilidade civil em lei de índole sancionatória; 8.4.2 A previsão da multa civil ambiental na Lei n. 9.605/98 – 9. A responsabilidade civil pelo dano ambiental e sua prática no Direito brasileiro atual – 10. Direitos de vizinhança: um exemplo de proteção indireta do meio ambiente no sistema do Código Civil: 10.1 Conceito e vizinhança; 10.2 Normalidade do uso; 10.3 Inexigibilidade de culpa; 10.4 Pré-ocupação – 11. Proteção direta do meio ambiente: a Lei n. 6.938/81 – 12. O Sujeito responsável na Lei n. 6.938/81 – 13. A vítima na Lei n. 6.938/81 – 14. A objetivação da responsabilidade civil: 14.1 A insuficiência da objetivação; 14.2 Fundamentos do afastamento da culpa; 14.3 O Risco integral; 14.4 Responsabilidade objetiva e noções vizinhas; 14.5 responsabilidade objetiva no art. 225 da CF – 15. O nexo causal: 15.1 As várias faces do nexo causal; 15.2 A superação dos obstáculos – 16. O dano ambiental: 16.1 Meio ambiente: questão conceitual preambular; 16.2 Conceito e classificação do dano ambiental – 17. Conclusões

1. Dano ambiental: um dos grandes desafios jurídicos na transição de milênios

Os danos ambientais – grandes ou pequenos, mas sempre multifacetários – são indubitavelmente uma das marcas do século XX[1] e estão "na ordem do

(1) Diz bem Iturraspe que o dano ambiental, na sua valoração jurídica e no clamor público generalizado que conduz, é um

dia".[2] Quanto a essa constatação, não há necessidade de perda de tempo com longas digressões, pois o fenômeno vem sendo bem documentado em toda parte e é por todos reconhecido, mesmo por aqueles que se opõem a uma intervenção mais incisiva do Direito (*rectius*, do Estado) na matéria.

Nos vários países, sem exceção, vê-se claramente que os custos ambientais das variadas atividades humanas continuam crescendo.[3] Não é de estranhar, portanto, que, na medida em que se aproxima o terceiro milênio, a preocupação com o meio ambiente acabe por assumir extraordinária importância.[4]

Nesse campo, curiosa a trajetória do Direito e dos seus implementadores. Na evolução recente da civilização ocidental, coube aos tribunais, tanto quanto ao legislador, assegurar a manutenção de um modelo de crescimento econômico agressivo, caracterizado por uma total ausência de maior zelo com o meio ambiente. Hoje, os mesmos juízes são conclamados, pelo legislador – inclusive

fenômeno da "era tecnológica ou pós-industrial" (Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños: Responsabilidad Colectiva*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 139). Entretanto, na sua tríplice caracterização como fato natural (a degradação do meio ambiente), como preocupação científica e como manifestação ético-filosófica (a natureza idealizada), o ambientalismo não é cria do século XX, dado este que, às vezes, não vem bem expressado na doutrina jurídica. Nessa linha, é mesmo "errôneo crer-se que os problemas do meio ambiente constituem uma nova preocupação" (E. Cerexhe, *Discours*, in *Les Aspects Juridiques de L'Environnement* – Actes du Colloque de la Section belge de l'Institut International de Droit d'expression française, Namur, Presses Universitaires de Namur, 1975, p. 5), embora, inegavelmente, tenha, nos últimos tempos, adquirido "novas dimensões, qualitativa e quantitativamente" (R. O. Dalcq, *La responsabilité civile et penale du pollueur*, in *Les Aspects Juridiques de L'Environnement ... cit., p. 37-38)*, por isso despertando, em reação, atenção mais cuidadosa do Direito.

Os países que primeiro sediaram a Revolução Industrial deram ao século XIX exemplos bem conhecidos de grave poluição – consequência da crescente industrialização e urbanização –, sendo seus efeitos perfeitamente identificados e lamentados, embora não enfrentados numa perspectiva jurídica autonôma. Cabe recordar que, muito antes dessa época, a destruição de florestas e a degradação do solo, pela exploração agrícola, madereira e minerária, já punham em risco a existência de povos e civilizações (os Maias, p. ex., para ficarmos apenas nas Américas).

Escrevendo na segunda metade do século XIX, Herbert Spencer, em obra jurídica de caráter geral, denunciava certas "viciações da pureza do ar, como a dos odores mefíticos de certas indústrias, a dos vapores perniciosos de vários produtos químicos e da fumarada que sai das chaminés das fábricas" (Herbert Spencer, *A Justiça*, versão de Augusto Gil, Lisboa, Livrarias Aillaud e Bertrand, p. 97). Na mesma linha, Brooks também assinala que "o final do século XIX e o começo do século XX estavam repletos de sérios problemas de poluição" de origem industrial (Richard O. Brooks, *Responses to Robert L. Rabin*, in Houston Law Review, v. 24, 1987, p. 54).

(2) Édis Milaré, *Curadoria do Meio-Ambiente*, São Paulo, APMP, 1988, p. 17.

(3) A observação não é de agora. Já em 1972, a *Declaração de Estocolmo*, em seu preâmbulo, assim se manifestava: "Vemos a nossa volta evidência crescente da danosidade produzida pelo homem em muitas regiões da Terra: níveis perigosos de poluição na água, ar, solo e seres vivos; grandes e indesejáveis distúrbios do equilíbrio ecológico da biosfera; irreparáveis destruição e perda de recursos; e graves deficiências prejudiciais à saúde física, mental e social do homem, particularmente no meio ambiente construído, mais ainda naquele em que vive e trabalha".

(4) Fritjof Capra, *The Web of Life: A New Synthesis of Mind and Matter*, London, Flamingo, 1997, p. 3.

o constitucional – e pelo público em geral, a garantir, para o bem de todos, até das futuras gerações, o *desenvolvimento sustentável*, é dizer, a compatibilização entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente.

Num passado até bem próximo, era o próprio Poder Judiciário – e a jurisprudência está aí para comprovar – o primeiro a encorajar o indivíduo a usar sua propriedade da forma mais desinibida (melhor dizendo, irresponsável), independentemente dos custos ambientais que tal atividade pudesse ter sobre toda a comunidade. Em vários momentos, destruímos a potabilidade da água de abastecimento público e transformamos em cinzas *habitats* inteiros; em outros, sofreram a qualidade do ar e do solo, bem como a biodiversidade do planeta.[5] Tudo sob o beneplácito da lei e das instituições encarregadas de aplicá-la.

Passo a passo com o agravamento dessa situação – estado de crise, sem qualquer exagero –, o Direito vem ampliando, seu interesse pelo tema. Primeiro, no campo juspublicista, berço onde foi embalado o Direito Ambiental.[6] Numa segunda fase, mais recente, atuando no coração mesmo do Direito Privado, observa-se o *(re)aparecimento da responsabilidade civil*, como ingerência jurídica de certo modo atrasada no movimento de proteção ambiental. Antes tarde do que nunca, dir-se-ia. Hoje, é possível afirmar-se, como percebeu Barreira Custódio, que temos na responsabilidade civil pelo dano ambiental um "tema jurídico progressivamente atual e sempre oportuno".[7]

O presente estudo, sempre com os olhos postos no ordenamento jurídico brasileiro – mas sem perder de vista a experiência comparada – propõe-se a analisar as várias manifestações dessa (r)evolução em curso, isto é, as formas de intervenção do Direito Privado no combate à danosidade ambiental, em particular a responsabilidade civil. Diante dos limites de um trabalho dessa natureza, só alguns tópicos mais relevantes do fenômeno serão abordados. De fora, pelo menos por agora, ficarão temas igualmente desafiadores, como as causas de exclusão da responsabilidade civil e as modalidades de reparação do dano contra o meio ambiente.

2. Responsabilidade civil pelo dano ambiental: do esquecimento ao (re)aparecimento

O acordar para a relevância da responsabilidade civil como promissor instrumento de proteção do meio ambiente não pode esconder certas deficiências que a sua formulação tradicional (e o próprio instituto em si mesmo, adiante-se) traz, já que desenvolvida num contexto e para um contexto diferentes.

A responsabilidade civil, sabe-se, é um poderoso instrumento de intervenção do Direito na vida em comunidade. No entanto, nos vários países do mundo, durante toda a década de 70 e boa parte dos anos 80, período de surgimento e consolidação do Direito Ambiental, foi

(5) John A. Chiappinelli, *The right to a clean and safe environment: a case for a constitutional amendment recognizing public rights* in *common resources*, in Buffalo Law Review, v. 40, 1992, p. 576.

(6) Cf. Branca Martins da Cruz, *Responsabilidade civil pelo dano ecológico – alguns problemas*, in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, série de direito, número especial (Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada-Porto), 1996, p. 188.

(7) Helita Barreira Custódio, *Uma introdução à responsabilidade civil por dano ambiental*, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 75, jan./mar. 1996, p. 78.

ela objeto de um certo "desprezo" acadêmico e legislativo. Essa atitude não deixa de ser surpreendente, já que poluição e degradação dos recursos naturais inegavelmente são *dano* (e onde há dano deve haver responsabilidade).[8] Pela lógica, então, uma tal constatação deveria transportar, de imediato, a responsabilidade civil para a linha de frente da reação do ordenamento aos desmandos praticados contra o meio ambiente.[9]

De uma maneira geral, podemos apontar *quatro* causas para essa rejeição inicial a uma responsabilidade civil mais eloqüente na proteção do meio ambiente:[10] a) as *funcionais* (a tradicional visão da responsabilidade civil como instrumento *post factum*, destinado à reparação e não à prevenção de danos,[11] b) as *técnicas* (inadaptabilidade do instituto à complexidade do dano ambiental, exigindo, p. ex., um dano atual, autor e vítima claramente identificados, comportamento culposo e nexo causal estritamente determinado), as *éticas* (na hipótese de terminar em indenização – sendo impossível a reconstituição do bem lesado – a responsabilidade civil obriga, em última análise, a agregar-se um frio valor monetário à natureza, comercializando-a como tal), e d) as *acadêmicas* (de um lado, uma tendência monopolista e egoista da doutrina do Direito Público, enxergado a proteção do meio ambiente como seu domínio exclusivo; de outro, uma timidez injustificável da jusprivatística, abdicando de intervir em tão nuclear hemisfério da danosidade humana).

A responsabilidade civil, na sua formulação tradicional, não poderia agregar muito à proteção do meio ambiente; seria mais um caso de *law in the books*, o Direito sem aplicação prática. Projetada para funcionar num cenário com uma ou poucas vítimas, regulando o relacionamento indivíduo-indivíduo, salvaguardando as relações homem-homem, de caráter essencialmente patrimonial, e não as relações homem-natureza, não teria mesmo essa responsabilidade civil grande utilidade na tutela do meio ambiente.[12]

Da mesma forma que podemos localizar causas que afastaram a responsabilidade civil da proteção ambiental, também não é difícil identificar algumas razões que estão por trás da (re)descoberta do instituto nesse campo:[13] a) a transformação do ambiente de recurso infinito e inesgotável (por isso mesmo *res communis*) em recurso crítico e escasso, daí valorizado,[14] b) a percepção de que a intervenção solitária do Estado, via

(8) Branca Martins da Cruz, *art. cit.*, p. 191.

(9) Gilles Martin, *Responsabilité Civile et Protection de L'Environment: Introduction*, in *Textos: Ambiente*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1994, p. 394.

(10) Cf., mais desenvolvidamente, Gilles Martin, *Responsabilité Civile et Protection ... cit.*, p. 394-396.

(11) Uma das razões pelas quais o Direito Ambiental nasceu e desenvolveu-se pelas mãos dos juspublicistas foi exatamente a aspiração de impedir a ocorrência do dano, o desejo de atuar preventivamente. Como se sabe, a prevenção, mais do que a reparação, é o objetivo e o domínio por excelência do Direito Público (Lettie M. Wenner, *Environmental Policy* in *the Courts*, in Boston College Environmental Affairs Law Review, v. 19, n. 3, 1992, p. 191).

(12) Cf. Eduardo A. Pigretti, *Prologo*, in Eduardo A. Pigretti *et alii*, *La Responsabilidad por Daño Ambiental*, Buenos Aires, Centro de Publicaciones Juridicas y Sociales, 1986, p. 13; Robert L. Rabin, *Environmental liability and the tort system*, in Houston Law Review, v. 24, 1987, p. 27 e ss.

(13) Algumas dessas razões vêm apontadas por Gilles Martin, *Responsabilité Civile et Protection ... cit.*, p. 397-398.

(14) Ricardo Lorenzetti, *La protección jurídica del ambiente*, in La Ley, 22.10.1997, p. 3.

comando-e-controle (ou seja, Direito Público), não protegia suficientemente o meio ambiente, c) a compreensão de que, por melhores que sejam a prevenção e a precaução, danos ambientais ocorrerão, na medida em que os "acidentes são normais em qualquer atividade",[15] d) o caráter contraditório da mensagem enviada pelo ordenamento ao mercado, colocando seu exército sancionatório penal e administrativo em combate e, ao mesmo tempo, isentando o bolso (o "órgão" mais sensível do ser humano) do poluidor, ao afastar a possibilidade de sua responsabilização civil, e) o surgimento de novos direitos subjetivos, até constitucionalizados (art. 225, da Constituição brasileira, p. ex.), a exigir submissão das condutas anti-ambientais a duplo controle, público (centralizado) e privado (descentralizado), f) uma maior sensibilidade do Direito para com a posição da vítima (*favor victimae*),[16] própria do *Welfare State*.

(15) Celia Campbell-Mohn, Barry Breen and J. William Futrell, *Environmental Law from Resources to Recovery*, St. Paul, West Publishing Co., 1993, p. 134.

Realmente, por mais perfeitas que sejam as normas de controle e a sua aplicação, o dano ambiental ainda assim pode ocorrer, atado que está à inevitabilidade de acidentes. Isso por primeiro. Contudo – somos forçados a reconhecer – nem sempre o fracasso das medidas de prevenção e precaução a tal causa é atribuível. Com freqüência, é produto "da tolerância da Administração e, muitas vezes, da legislação" (Álvaro Luiz Valery Mirra, *Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil*, in Revista dos Tribunais, v. 706, ago. de 1994, p. 18).

(16) Atilio Aníbal Alterini, *La presunción legal de culpa como regla de favor victimae*, in Atilio A. Alterini e Roberto M. López Cabana, *Temas de Responsabilidad Civil: Contractual y Extracontractual*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires e Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 111.

3. Plasticidade e complementariedade da responsabilidade civil no domínio ambiental

A *plasticidade* é uma das características mais extraordinárias dos seres vivos, permitindo-lhes, através de ajustes periódicos, adaptarem-se às novas condições do ambiente que os cerca. Continuamente, tal fenômeno manifesta-se – ou deveria manifestar-se – entre os institutos jurídicos, não sendo o Direito das Obrigações exceção à regra.

Na "tragédia do meio ambiente", o renascimento da responsabilidade civil deu-se mais por transformação do que por simples reaparição ou resgate mecânico. As várias ciências têm uma irresistível tendência a apegar-se a noções ultrapassadas,[17] vocação essa que, por razões que não cabem aqui explicar, aprisiona inteiramente o Direito. Todavia, também em sintonia com o que ocorre em todos os campos da vida, o Direito – e com ele a responsabilidade civil – foge, aqui e ali, das amarras da teoria geral ortodoxa.

A fragmentação da responsabilidade civil no terreno da proteção do meio ambiente (= especialização, que não é invenção do dano ambiental) surge com a organização de um modelo próprio de responsabilização do degradador. Uma disciplina jurídica que, partindo de uma estrutura em tudo e por tudo clássica, consagra-se ao afastar-se de cânones enraizados, dando origem a uma espécie de "Direito mutante",[18] uma transmutação jurídica induzida e desejada.

(17) Como corretamente alerta Capra, "a maioria de nós – e especialmente nossas instituições sociais mais amplas – adere a concepções próprias de uma visão de mundo ultrapassada" (Fritjof Capra, *Ob. cit.*, p. 4).

(18) A expressão é de Gilles Martin, *Responsabilité Civile et Protection ... cit.*, p. 393.

Não é, pois, a velha, conhecida e criticada[19] responsabilidade do *Code Civil* de Napoleão, uma fortaleza em favor do perpetrador do dano, que ressurge das cinzas, como fantasma jurídico a assustar as vítimas da danosidade moderna. Ao revés, temos aí uma responsabilidade civil renovada, com um regime particularizado, mais rigoroso na perspectiva dos violadores da norma e mais comprometido com a sorte dos prejudicados.

Ao salvaguardar a natureza, essa responsabilidade civil passa a beber em novas fontes, que lhe dão juventude, e a orientar-se por princípios e objetivos específicos do Direito Ambiental, curvando-se à colossal posição do bem jurídico tutelado e às dificuldades de implementação inerentes à matéria.

Em síntese, temos que a valorização recente da responsabilidade civil no universo da proteção do meio ambiente não se dá pela transposição automática e integral de sua formulação passada, mas pela constituição, sobre bases convencionais, de um modelo jurídico profundamente repensado, com características bastante peculiares e cujo traçado mais preciso só recentemente passou a ser desenhado.[20]

Não imaginemos, todavia, que a utilização pelo Direito Ambiental de uma responsabilidade civil revitalizada resolverá, de vez, a degradação do planeta. Inicialmente, é bom lembrar que as técnicas de proteção do meio ambiente são (e precisam ser) *complementares* entre si e devem funcionar de maneira integrada, da responsabilidade civil, penal e administrativa ao planejamento, auditorias e instrumentos econômicos. Por melhor que seja o sistema de responsabilização civil ambiental, ainda assim será "preciso intimidar os agentes do dano ecológico, pois a simples perspectiva do ônus da reparação é insatisfatória",[21] com o uso de sanções administrativas, criminais e até civis (multa civil).

Se é verdade que a responsabilidade civil não liquida pela raiz os problemas da danosidade ambiental, afirmar-se que o instituto não está habilitado a de modo decisivo contribuir nessa tarefa, em conjunto com os outros instrumentos de Direito Ambiental, é certamente incorreto e extremado. Desprezá-lo em nada ajudaria o meio ambiente, mandando ao mercado e a todos cidadãos uma mensagem de desequiparação jurídica: ao causador dos chamados danos comuns, toda a força da responsabilização civil; ao grande e multifacetário degradador ambiental, o perdão ilimitado e generoso do ordenamento privado.

Não é à toa, então, que os melhores juristas nacionais e estrangeiros hoje vêm, como indica Stiglitz, na responsabilidade civil ambiental "solução funda-

(19) Nesse tema, o Direito Privado é criticado não apenas pelos doutrinadores das novas disciplinas jurídicas, como o Direito do Consumidor, o o Direito da Concorrência e o Direito Ambiental. Aguiar Dias, o mais consagrado autor brasileiro no tema, de há muito vem afirmando ser o Código Civil "antiquado, em relação ao problema da responsabilidade civil" (José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, v. I, 9.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 28).

(20) No Brasil, como de resto no mundo inteiro, toda a matéria da responsabilidade civil ambiental, pela sua novidade, ainda está em franca elaboração (Adalberto Pasqualotto, *Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual*, in Antonio Herman V. Benjamin, *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 445); cf., também, Gilles Martin, *Responsabilité Civile et Protection ... cit.*, p. 399.

(21) Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, v. 7, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 391.

mental dentro do sistema de tutela ambiental",[22] observando-se, inclusive, uma visível efervecênscia doutrinária em relação ao tema.[23] Se o regime for rigoroso e implementável, não há razão para que deixe de integrar a pauta de uma boa política ambiental. A propósito, é exatamente nessa sua função que a responsabilidade civil é associada pelos economistas ambientais ao princípio poluidor-pagador, seja na sua pretensão reparadora, seja na sua missão incitadora (= preventiva), estimulando os agentes econômicos a buscarem formas menos perigosas para o exercício de sua atividade.[24]

Claro, como em tudo, há sempre uma pequena minoria de saudosistas – saudade que, frequentemente, tem sua legitimidade científica turbada pelo intuito disfarçado de negar justiça às vítimas dos danos ambientais, favorecendo, assim, uma abonada clientela de degradadores. São os que preferem ver a responsabilidade civil distante da conflituosidade ambiental, sob o argumento de que o perfil do instituto não lhe permite adequadamente manusear esses tipos de danos. Não sugerem, contudo, qualquer opção viável que lhe seja superior. Resta-nos, pois, o inevitável em situações desse tipo: na falta de um melhor mecanismo, a solução é mesmo procurar aperfeiçoar aqueles que temos. Aqui, parafraseando Winston Churchill quando se referia à democracia,[25] podemos alegar que *a responsabilidade civil é a pior resposta que o Direito Privado pode dar às vítimas da degradação ambiental, até considerarmos as alternativas.*

Não nos esqueçamos, por último, que não basta superar os desafios de *fundo* da responsabilidade civil, sem fazermos ajustes nos setores jurídicos encarregados de sua *implementação* judicial. Mesmo que resolvêssemos todas as dificuldades teóricas do instrumento, expurgando o modelo clássico que herdamos de suas incompatibilidades com a sociedade complexa em que vivemos, ainda assim estaríamos à mercê dos óbices próprios da máquina judiciária. Nunca será motivo de celebração um processo que leve uma década para, em definitivo, resolver uma demanda ambiental coletiva[26] ou que, mesmo mais rápido, negue, pela via da legitimação para agir, o acesso à necessária tutela judicial. Imprescindível, em movimento sincronizado com a reforma da responsabilidade civil, adaptar o sistema processual aos novos tempos, idéias e exigências.[27]

4. Necessidade de um regime especial para a responsabilidade civil pelo dano ambiental

Analisada a questão da conveniência ou não da incorporação da responsabi-

(22) Gabriel A. Stiglitz, *El daño al medio ambiente en la Constitución nacional*, in Alberto Jesus Bueres e Aída Kemelmajer de Carlucci (directores) *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio: Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 318.

(23) Xavier Thunis, *Le droit de la responsabilité, instrument de protection de l'environnement. Réflexions sur quelques Tendances Récentes,* in *L'Actualité du Droit de L'Environnement: Actes du Colloque des 17 et 18.11.1994*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 262-263.

(24) Hélène Trudeau, *La responsabilité statutaire du pollueur au Québec*, in Ejan Mackaay e Hélène Trudeau, *L'Environnement – À Quel Prix?*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 123.

(25) Discurso proferido no Lord Mayor's Day Luncheon, Londres, em 10.11.1942.

(26) Robert L. Rabin, *art. cit.*, p. 38.

(27) Xavier Thunis, *Le droit ... cit.*, p. 264.

lidade civil no rol dos instrumentos de proteção do meio ambiente, é de mister, em seguida, inquirir se, nesse campo, realmente tem justificativa a constituição de um regime especial (= fragmentado).

Em todos os sistemas jurídicos, a técnica da responsabilidade civil é ampla o suficiente para, pelo menos em tese, acomodar os danos mais variados decorrentes da nossa vida em sociedade. O que, então, faria com que o dano ambiental merecesse um tratamento especial, diferenciado do regime convencional? Há várias razões para assim proceder.[28]

Antes de mais nada, o bem jurídico tutelado integra a categoria daqueles valores fundamentais da nossa sociedade. Com a proteção do meio ambiente salvaguardamos não só a vida nas suas várias dimensões (individual, coletiva e até das gerações futuras), mas as próprias *bases* da vida, o suporte planetário que viabiliza a existência da integralidade dos seres vivos. Outro não é o sentido da norma constitucional brasileira ao caracterizar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem "essencial à sadia qualidade de vida".[29]

De outra parte, sendo a proteção do meio ambiente informada por uma série de *princípios* particulares, conforme analisaremos abaixo, que a destacam no plano do tratamento jurídico-privado da conflituosidade humana, bem se explica, então, a estruturação de um modelo próprio para a responsabilidade civil pelo dano ambiental.

No terreno operativo da responsabilidade civil propriamente dita, *quatro* ordens de dificuldades precisam ser mencionadas, todas, em certa medida, requisitando a composição de uma disciplina especial para o dano ambiental: a) a difícil identificação dos sujeitos da relação jurídica obrigacional, pois a "dobradinha" autor-vítima quase nunca aparece com seus contornos bem definidos (atuação coletiva e vitimização também coletiva, com a consequente fragmentação de responsabilidades e de titularidade), na medida em que estamos diante de *relações jurídicas poligonais ou multilaterais,*[30] próprias da *sociedade pós-industrial*; b) a exigência de caracterização da culpa do degradador, naqueles sistemas que ainda a exigem (não é o caso brasileiro, após a promulgação da Lei n. 6.938/81 e da Constituição Federal de 1988, abaixo analisadas); c) a complexidade do nexo causal; d) o caráter fluido e esquivo do dano ambiental em si mesmo considerado.

O paradigma tradicional da responsabilidade civil pressupõe a possibilidade do autor definir de maneira clara e precisa, quase matemática, a estrutura quadrangular *dano-nexo causal-causador-vítima*. Ora, como mais adiante teremos oportunidade de melhor demonstrar, a degradação do meio ambiente tem, não raro, causadores plúrimos, quando não incertos (com múltiplas causas contribuindo para um efeito singular e causas singulares produzindo múltiplos efeitos),[31] vítimas pulveriza-

(28) Algumas delas são apontadas por Robert L. Rabin; *art. cit.*, p. 29 e ss.

(29) Art. 225, *caput*.

(30) Sobre esse tema, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental)*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 128, n. 3.857, 1995-96, p. 233.

(31) O dano ambiental massificado (*mass environmental tort* ou *mass toxic tort*) encontra na prova do nexo causal sua dificuldade "proeminente", pois a alegação de que uma emissão tóxica causou o dano apontado pelas vítimas tem que competir com "riscos de fundo" que poderiam igualmente tê-lo causado (John

das e por vezes totalmente anônimas, e dano de manifestação retardada ou de caráter cumulativo, atingindo não apenas a integridade patrimonial ou física de indivíduos, presentes e futuros, mas também interesses da sociedade em geral ou até a realidade abstrata do meio ambiente (*dano ecológico puro*).

Além disso, pode acontecer que, não obstante a identificação das vítimas, dos agentes, do nexo causal e do danos sofrido, o responsável não tenha, diante da dimensão do prejuízo causado, os recursos necessários para reparar todo o mal que provocou, quando isso é tecnicamente possível.

Na origem desses problemas todos vamos sempre encontrar obstáculos ligados à *prova* e ao *ônus probatório*: da culpa, do nexo causal, do dano e dos sujeitos envolvidos. Numa dimensão com tal matiz, não deve, pois, conquanto erguido sob bases de um compromisso vitalício com a sorte das vítimas, surpreender a caracterização do Direito Ambiental (e da própria responsabilidade civil ambiental) como disciplina jurídica em eterna busca de formas e fórmulas capazes de superar a chamada "prova diabólica",[32] impeditiva da verdadeira justiça.

No tema do meio ambiente, conforme verificaremos em outro ponto deste estudo, não é nada fácil definir, com precisão, as fronteiras do *universo de vítimas*, seja a) pela operação *sui generis* da causalidade (o dano só se manifesta anos ou décadas após o fato original), seja b) pela própria arquitetura da relação jurídica ambiental, que envolve sujeitos ainda não nascidos (gerações futuras). Não é raro o dano ambiental deixar de se manifestar de imediato, atuando no plano intergeracional, sendo suas consequências mais terríveis detectáveis somente no futuro. Assim ocorre, p. ex., com a exposição *in utero* e com a degeneração genética. O comportamento danoso, por essa via, atinge até aqueles que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos. Num tal cenário de causa-efeito de grande complexidade, fica inviabilizada a determinação *ex ante* dos sujeitos atingidos, bem como a avaliação da magnitude do dano, dano esse que é *coletivo*, envolvendo sujeitos presentes e futuros, vítimas *desprevenidas* e *inconscientes*, por isso mesmo completamente indefesas, da degradação ambiental.

Mas não só a delimitação dos sujeitos atingidos é tarefa árdua. Tão ou até mais complicado é identificar os autores do dano, isto é, as fontes da degradação ambiental. No Direito tradicional, a atuação da responsabilidade civil fazia-se contra um causador ou, quando muito, contra alguns causadores. Outra é a realidade trazida pelo Direito Ambiental, onde o dano, com frequência, é resultado de riscos-agregados criados por várias empresas independentes entre si. E mais, frequentemente o risco de uma simples fonte é, em verdade, insignificante ou incapaz de causar, sozinho, o prejuízo sofrido pela vítima ou vítimas. Daí que, também na perspectiva dos seus causadores, o dano ambiental é, essencialmente, *coletivo*, como abaixo discutido.

De certo modo contaminando os outros componentes da estrutura quadrangular, o nexo causal é considerado

G. Fleming, *Mass torts*, in The American Journal of Comparative Law, v. XLII, n. 3, 1994, p. 509). Cf., também, Susan Rose-Ackerman, *Controlling Environmental Policy. The Limits of Public Law* in *Germany and the United States*, New Haven, Yale University Press, 1995, p. 19.

(32) Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños ... cit.*, p. 23.

o calcanhar de Aquiles da responsabilidade civil pelo dano ambiental. As dificuldades aumentam ainda mais quando inexiste um *acidente* bem delimitado, um evento repentino na origem do dano, manifestando-se este, ao contrário, de forma lenta e progressiva, como uma *doença*. A degradação usualmente é fruto de comportamentos cumulativos, que operam a longo termo. O nexo causal é ainda enfraquecido pela distância entre o fato gerador e a manifestação do dano ambiental.[33]

No sistema clássico da responsabilidade extracontratual, o dano, como pressuposto do dever de reparar, não provocava maiores discussões doutrinárias, ficando estas reservadas principalmente para a problemática da culpa e, em menor medida, do nexo causal. O dano ambiental comporta-se de maneira diferenciada da danosidade comum, projetando em si a própria forma complexa de atuação em "rede" que é uma das marcas do meio ambiente, aspecto esse que tem enorme repercussão no tratamento jurídico do nexo de causalidade. Não raro, deparamos-nos com perguntas do tipo "não seria o mal da vítima congênito ou próprio da vida em sociedade?".

Finalmente, todo a matéria ambiental – até pela novidade e extensão do tema – é informada pela incerteza científica, com lacunas e conflitos de opinões entre cientistas, o que dificulta bastante a atuação da responsabilidade civil.

Por tudo isso, o Brasil hoje dispõe de um regime especial de responsabilidade civil pelo dano ambiental, ao contrário de outros países (França, p. ex.).[34]

(33) Xavier Thunis, *Le droit ... cit.*, p. 262.

(34) Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 1991, p. 728.

5. Funções da responsabilidade civil em matéria ambiental

Como tudo no Direito, a responsabilidade civil tem certas funções (= missões) a cumprir. No terreno ambiental, o instituto, apesar dos retoques de fundo e de forma, mantém suas funções tradicionais, só que lhes atribuindo pesos diferentes. Na responsabilidade civil extracontratual, e é disso que aqui cuidamos, as sombras do passado, alerta Prosser, ainda refletem-se fortemente,[35] para o bem e para o mal.

Em linha geral, são considerados objetivos da responsabilidade civil: a) compensação das vítimas; b) prevenção de acidentes; c) minimização dos custos administrativos do sistema; d) retribuição.

5.1 As funções clássicas revisitadas

Historicamente, tanto nos sistemas de *civil law* como naqueles de *common law*, à responsabilidade civil conferia-se, como função primária, a *reparação* dos danos sofridos por aqueles afetados pela conduta de outrém. Em tal paradigma convencional é, pois, técnica fundamentalmente *reparatória*. Com isso, bem observa Manuel Tomé Soares Gomes, os meios de tutela preventiva existentes no sistema eram "na prática, relegados para um papel residual e quantas vezes neutralizados pelo argumento da responsabilidade dos danos que possam advir da eventual consumação da ameaça".[36]

(35) William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul, Minn., West Publishing CO., 1971, p. 19.

(36) Manuel Tomé Soares Gomes, *A responsabilidade civil na tutela do ambiente – panorâmica do Direito português*, in *Textos: Ambiente e Consumo*, v. II, Cen-

Claro que, aqui e ali, mais nesse ou naquele modelo jurídico, eram lembradas outras funções, secundárias ou auxiliares, como o estímulo à *prevenção* de danos futuros e o envio de uma certa mensagem *expiatória*.

Na proteção do meio ambiente, o instituto vê suas finalidades básicas mantidas, mas certamente redesenhadas, passando a prevenção (e, pelas mesmas razões, até o caráter expiatório) a um posição de relevo, *pari passu* com a reparação. Percebe-se, então, que além de olhar para trás (juízo *post factum*), a responsabilidade civil agora tem o cuidado de não perder de vista o que vem pela frente. Vai, pois, além da simples (!) reparação da danosidade *passada* (limpeza de sítios contaminados por substâncias tóxicas, p. ex.) para atacar, de uma só vez, também a danosidade *potencial*. Ou seja, trabalha já não mais somente no domínio estreito do dano como fato pretérito, mas inclui a preocupação com custos sociais que possam ocorrer no futuro.[37]

A doutrina, unanimemente, aponta a prevenção como objetivo prioritário à reparação, uma conquista da contemporânea teoria da responsabilidade civil,[38] pois já não basta reparar, mas fazer cessar a causa do mal: "um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto".[39] Como "a responsabilidade civil visa, em essência, a reparação dos danos" e "na prevenção falta ainda, por definição, qualquer dano",[40] a evolução, cujas raízes são anteriores ao Direito Ambiental, não foi nada fácil. Olhando para esse quadro clássico, não é de admirar que a mais dura objeção à tutela civil do ambiente, em particular à responsabilidade civil, seja exatamente "sua escassa virtualidade preventiva".[41]

Mesmo tendo entre seus pressupostos o dano *causado*, pode-se perfeitamente falar num "efeito difuso de prevenção", até na responsabilidade civil objetiva, "uma vez que os sujeitos do ordenamento tenderão, naturalmente, a evitar situações em que se multipliquem as hipóteses de risco".[42] Fácil observar-se, aqui, um resultado preventivo indireto, pois a condenação do réu serve, além da compensação da vítima, para encorajar outros em situação a ele similar a tomar as cautelas necessárias, evitando, dessa maneira, futuros danos.[43] Se na ortodoxia da técnica reparatória ambiental o lema é *quem contamina paga* (princípio poluidor-pagador), na prevenção – objetivo maior do Direito Ambiental e da moderna responsabilidade civil – passa a ser *não contamine*.[44]

tro de Estudos Judiciários, Lisboa 1996, p. 399-398.

(37) Bruce A. Larson, *Environmental Policy based on strict liability: Implications of uncertainty and bankruptcy*, in Land Economics, v. 72, n. 1, febr. 1996, p. 33.

(38) Gabriel A. Stiglitz, *El daño ... cit.*, p. 320.

(39) Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 231-232.

(40) António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2 v., Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 276-277.

(41) Ramón Martin Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, v. I, Madrid, 1991, p. 172.

(42) António Menezes Cordeiro, *Ob. cit.*, p. 277 e 278.

(43) Robert E. Litan, Peter Swire and Clifford Winston, *The U.S. Liability System: background and trends*, in Robert E. Litan and Clifford Winston (editors), *Liability: Perspectives and Policy*, Washington, The Brookings Institution, 1988, p. 3.

(44) Atilio Aníbal Alterini e Roberto M. López Cabana, *Daño Ecologico y Realidad Economica*, in Atilio A. Alterini e Roberto M. López Cabana, *Temas de Responsabilidad ... cit.*, p. 209.

Não podemos perder de vista que, "muitas vezes as ameaças de degradação ambiental prefiguram-se de conseqüências imprevisíveis ou irreparáveis, não só pela exiguidade dos nossos conhecimentos técnico-científicos sobre determinados fenômenos naturais, como ainda pelo impacto multiplicador e difuso da actividade humana nos complexos sistemas ecológicos".[45]

Na medida em que, infelizmente, ainda não existem métodos fáceis e adequados de avaliação dos danos ambientais, em particular os ecológicos *stricto sensu* que não sejam passíveis de recomposição, o efeito preventivo da responsabilidade civil ambiental fica sempre aquém do desejável, pois a técnica, quando aplicada, não terá condições de atingir plenamente o bolso do degradador, inexistindo qualquer garantia de que eventual indenização seja, realmente, equivalente ao dano causado. Em outras palavras, embora a constatação não sirva para negar a função preventiva da responsabilidade civil ambiental, bem demonstra sua incapacidade para, sozinha, proteger o meio ambiente, carecendo, portanto, de outros instrumentos, os públicos mais que tudo.[46]

Por último, é inegável que, não só nas hipóteses de culpa, mas igualmente no regime objetivo, a responsabilidade civil ambiental resgata, em certa medida, a função *expiatória* que cumpria na antiguidade. Só que pela via indireta, agora sob as bases do princípio poluidor-pagador (quem contamina, paga) e da própria exigência de prevenção. De maneira magistral nota Aguiar Dias: "no plano temporal, a prevenção, com o caráter de *intimidação*, visando a evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de *meio* relacionado ao *futuro*; enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao *passado*, porque trata de restaurar".[47]

5.2 *Novos fundamentos para as funções da responsabilidade civil*

Em termos econômicos, a responsabilidade civil é vista como uma das técnicas de incorporação das chamadas *externalidades ambientais* ou *custos sociais ambientais* decorrentes da atividade produtiva. E isso se faz sob a sombra do *princípio poluidor-pagador*, um dos mais importantes de todo o Direito Ambiental.

Em verdade, a responsabilidade civil é a forma jurídica mais direta pela qual, no terreno do Direito Privado, viabiliza-se o princípio. É a única via – dado o caráter limitado do Direito Penal nessa matéria, pois é essencialmente expiatório – em que o juiz é o agente internalizador. Quando todos os outros mecanismos (prevenção, sanções administrativas, penais) mostraram-se insuficientes ou falharam por inteiro, pode-se dizer que a responsabilidade civil é a *ultima ratio* do processo de internalização, corrigindo o *deficit* ambiental, rastro do processo produtivo não-sustentável.

Vista à distância, a responsabilidade civil nada mais é que uma técnica jurídica de alocação de perdas e danos oriundos das atividades humanas.[48] No plano do Direito, ainda não foram vis-

(45) Manuel Tomé Soares Gomes, *A responsabilidade civil ... cit.*, p. 400.

(46) Bernard A. Weintraub, *Science, international environmental regulation, and the precautionary principle: setting standards and defining terms*, in New York University Environmental Law Journal, v. 1, 1992, p. 208-209.

(47) José de Aguiar Dias, *Ob cit.*, p. 100, primeiro grifo, nosso e os restantes, do original.

(48) William L. Prosser, *Ob. cit.*, p. 6.

lumbradas outras soluções, além das três que são bem conhecidas de todos: a) converter os prejuízos em reparação, obrigando o degradador a arcar com seus custos; b) deixar o dano ali mesmo onde se processou, respondendo a vítima, e só ela, pelos seus custos; c) repartir o dano entre vítima e autor.[49] O Direito moderno optou pela primeira técnica, pois é a única que leva à incorporação das externalidades ambientais. Como muito bem nota Leme Machado, a degradação ambiental "acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranqüilidade".[50] Não havendo a internalização, o custo deixa de ser *comercial* e se transforma em *social*, tanto quanto evita refletir no preço final dos produtos e serviços fornecidos e repercute sobre a comunidade ou sobre alguns de seus setores.[51] Ao permitir que os degradadores deixem de pagar pelas consequências de suas atividades, as opções b) e c), em verdade, determinam que a coletividade subsidie, com perda de saúde e qualidade ambiental, as atividades produtivas.[52]

Adicionalmente, de novo com os olhos postos no futuro, a responsabilidade civil ambiental, como decorrência de suas outras funções acima mencionadas, estimula as atividade econômicas que mais eficientemente reduzem seus riscos ambientais, com isso diminuindo os acidentes e incidentes contra o meio ambiente.

Finalmente, ao obrigar o poluidor a incorporar nos seus custos o preço da degradação que causa – operação que decorre da incorporação das externalidades ambientais e da aplicação do princípio poluidor-pagador – a responsabilidade civil proporciona o clima político-jurídico necessário à operacionalização do *princípio da precaução*, pois prevenir passa a ser menos custoso que reparar.

6. Bases principiológicas da responsabilidade civil ambiental: os princípios da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador e da reparação integral

Uma das justificativas para a constituição de um regime diferenciado (= fragmentado) para a responsabilidade civil pelo dano ambiental reside no fato de que a proteção do meio ambiente é informada por uma série de princípios que a diferenciam na vala comum dos conflitos humanos.

O primeiro deles, *princípio da precaução*, já escrevemos em outro momento,[53] responde a uma pergunta simples mas chave para o sucesso ou o insucesso de uma ação judicial ou política de proteção do meio ambiente: diante da incerteza científica quanto à periculosidade ambiental de uma dada atividade, quem tem o ônus de provar sua ofensividade ou inofensividade? O proponente ou o órgão público/vítima?

(49) Carlos Maria Clerc, *La responsabilidad en el Derecho Ambiental*, in Eduardo A. Pigretti *et alii*, *La Responsabilidad ... cit.*, p. 72.

(50) Paulo Affonso Leme Machado, *Ob. cit.*, p. 231-232.

(51) Atilio Aníbal Alterini e Roberto M. López Cabana, *Daño Ecologico y Realidad ... cit.*, p. 207.

(52) Thomas A. Campbell, *The public trust doctrine*, in Natural Resources Journal, v. 34, 1994, p. 75.

(53) Antônio Herman V. Benjamin, *Objetivos do Direito Ambiental*, in Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, série de direito, número especial (Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada-Porto), 1996.

Em outras palavras, suspeitando que a atividade traz riscos ao ambiente, devem o Poder Público e o Judiciário assumir o pior e proibi-la (ou regulá-la, impondo-lhe padrões de segurança rigorosos), ou, diversamente, deve a intervenção pública ocorrer somente quando o potencial ofensivo tenha sido claramente demonstrado pelo órgão regulador ou pelos representantes não-governamentais do interesse ambiental, amparados num raciocínio de probabilidades,[54] ou, nos termos do Direito Civil codificado, num regime de previsibilidade adequada?

A precaução separa bem o Direito Ambiental de outras disciplinas jurídicas tradicionais, que, no passado serviram (e servem) para lidar com problemas ambientais – especialmente o Direito Penal (responsabilidade penal) e o Direito Civil (responsabilidade civil), porque a responsabilização civil e criminal clássica têm como prerequisitos fundamentais "certeza" e "previsibilidade",[55] exatamente dois dos obstáculos que a norma ambiental, com a precaução, procura afastar.

Com isso, pode-se dizer que o princípio da precaução inaugura uma nova fase para o próprio Direito Ambiental. Nela já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (= ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do Poder Público ou do Poder Judiciário, como é o caso de instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (p. ex., o Estudo de Impacto Ambiental);[56] por razões várias que não podem aqui ser analisadas (a disponibilidade de informações cobertas por segredo industrial nas mãos dos empreendedores é apenas uma delas), impõe-se aos degradadores potenciais o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos onde eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala.

Noutro prisma, a precaução é o motor por trás da alteração radical que o tratamento de atividades potencialmente degradadoras vem sofrendo nos últimos anos. Firmando-se a tese – inclusive no plano constitucional[57] – de que há um dever genérico e abstrato de não-degradação do meio ambiente, inverte-se, no campo dessas atividades, o regime da ilicitude, já que, nas novas bases jurídicas, esta se presume até prova em contrário.[58]

O *princípio poluidor-pagador*, de maneira bem rasteira, equivale à fórmula "quem suja, limpa", elementar nas nossas relações cotidianas. O princípio, aclamado pela Constituição Federal,[59]

(54) Peider Könz, *Law and global environmental management: Some open issues*, in Edith Brown Weiss (editor), *Environmental Change and International Law. New Challenges and Dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 165.

(55) Peider Könz, *art. cit.*, p. 160.

(56) Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fé, Rubinzal – Culzoni Editores, 1995, p. 504.

(57) Veja-se, p. ex., os arts. 170, VI, e 225, da Constituição Federal do Brasil, e o art. 41, da Constituição da Argentina.

(58) Ricardo Luis Lorenzetti, *Las Normas ... cit.*, p. 506.

(59) Anotam Fiorillo & Abelha, com precisão, que o princípio poluidor-pagador "foi abraçado na nossa Constituição Federal", mais precisamente pelo art. 225, § 3.º, "quando determinou a sujeição dos poluidores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, *independentemente da obrigação de reparar os danos causados*" (Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de Direito Ambiental e Legisla-*

significa que o poluidor deve assumir os custos das medidas necessárias a garantir que o meio ambiente permaneça em um estado aceitável, conforme determinado pelo Poder Público.[60] Em outras palavras, o princípio determina que "os custos da poluição não devem ser externalizados", fazendo com que os preços de mercado "reproduzam a totalidade dos custos dos danos ambientais causados pela poluição – ou melhor, os custos da prevenção desses prejuízos.[61]

Por sua vez, o *princípio usuário-pagador*, partindo do princípio poluidor-pagador, estabelece que os preços devem refletir todos os custos sociais do *uso* e *esgotamento* do recurso.[62] No sistema tradicional, a regra é aquele que esgota um recurso comum não compensar a coletividade que dele é titular; em termos técnicos, temos aí um hipótese de subsídio, que só pode ser evitada se o usuário pagar pelo consumo do bem, que é de todos, incorporando, como se dá com o princípio poluidor-pagador, tal custo no preço final de seus produtos e serviços. Ora, se o recurso é coletivo e uns poucos o estão utilizando sem qualquer compensação pelo seu esgotamento ou uso, então a conta está sendo coberta pelo público em geral. Pior, preocupada com atuação irresponsável e oportunista desses sujeitos, a coletividade não só não é compensada pelo uso do bem, como ainda tem que suportar as despesas com medidas destinadas a protegê-lo. Aqui, perfeita a analogia com comerciantes que são forçados a "pagar proteção" a sindicatos do crime com o propósito de evitar ataques enquanto conduzem sua atividade econômica, legítima e legal. De modo assemelhado, os não-usuários do recurso comum são também obrigados a pagar proteção ao Estado (via impostos) e a sujeitos intermediários (ONGs, p. ex.), tudo "para evitar perder o acesso ao recurso que originariamente era seu".[63]

Em derradeiro, na lista rápida dos princípios que influenciam o regime jurídico da responsabilidade civil pelo dano ambiental, a Constituição Federal consagra o *princípio da reparabilidade integral do dano ambiental.*[64] Por esse princípio, são vedadas todas as formas e fórmulas, legais ou constitucionais, de exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental, que deve ser sempre *integral*, assegurnado proteção efetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

7. O modelo tradicional de responsabilidade civil e os ajustes necessários para sua aplicação ao dano ambiental

No modelo clássico, a responsabilidade civil estava desenhada para situações onde a equação conflitiva, tipicamente inter-subjetiva, operava no plano individual, *um-contra-um* ou Tício *versus* Caio.[65] Sem uma cirurgia radical, patente, então, que o dano ambiental, su-

ção Aplicável, São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 121, grifo no original).

(60) OECD, *Guiding Principles Conerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, in 11 I.L.M 1172 (1972).

(61) Mostafa K. Tolba *et alii*, *The World Environment 1972-1992, Two Decades of Challenge*, London, Chapman & Hall, 1992, p. 705.

(62) Mostafa K. Tolba *et alii*, *Ob. cit.*, p. 706.

(63) John A. Chiappinelli, *art. cit.*, p. 586 e 587.

(64) Barreira Custódio, com a propriedade de sempre, também identifica na Constituição o princípio da reparação (Helita Barreira Custódio, *Uma introdução ... cit.*, p. 78).

(65) Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Açao Civil Pública*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 197.

praindividual por excelência, não poderia ser bem tratado pelo Direito Privado.

O paradigma legal ancião e que agora, na perspectiva ambiental, é objeto de crítica e de reforma, domina o mundo jurídico desde o Código Civil de Napoleão, com raízes fincadas no próprio Direito Romano. Sua concepção e referência a direitos e obrigações associados à integridade humana e à propriedade é fundamentalmente *homocêntrica*, pressupondo numa "coisificação" e "instrumentalização" da natureza. O novo paradiga, ao revés, vê o mundo como um *todo integrado* e não mais como uma coleção de partes dissociadas, verdadeira visão *ecológica* que busca, entre outras correntes, inspiração na "Ecologia Profunda" (*Deep Ecology*), termo cunhado pelo filósofo norueguês Arne Naess em 1972. A Ecologia Profunda opõe-se à "Ecologia Superficial" (*Shallow Ecology*), corrente tradicional dos fenômenos ecológicos, de caráter antropocêntrico, pois trata os seres humanos como entes superiores ou exteriores à natureza, sendo as pessoas a única fonte de valor. À natureza oferece-se somente valor instrumental.[66] Na Ecologia Profunda, o mundo natural deve ser respeitado como valor em si mesma e também como parte da identidade humana. Nela, *relações* e não *entidades* são primariamente consideradas.[67]

Também é sabido que a responsabilidade civil convencional não tem, em muitos casos, o condão de influenciar degradadores potenciais que não se sintam ameaçados por uma possível ação civil, seja porque o sistema substantivo é falho (responsabilidade civil subjetiva e dificuldades de prova do nexo causal e do dano), seja porque não é facilmente implementável (problemas de acesso à justiça).

Logo, a simples transposição da responsabilidade civil tradicional para a área ambiental pouco ou nada acrescenta aos instrumentos públicos (= comando-e-controle) de proteção do meio ambiente já existentes. Conseqüentemente, transposição, sim, mas com aperfeiçoamento, pois, do contrário, só de maneira marginal alcançará os objetivos pretendidos, jamais desempenhando papel relevante no conjunto mais amplo dos instrumentos de política ambiental. Que a responsabilidade civil pelo dano ambiental é matéria difícl, isso ninguém põe em dúvida. Mas não devemos, nem podemos, em resposta ao problema, ficar reféns do "complexo de avestruz". As dificuldades, mesmo no plano jurídico, existem para serem enfrentadas e superadas.

Levando em conta exatamente os obstáculos inerentes ao modelo jusprivatista clássico, o Direito Ambiental procura, ao reformá-la, estabelecer pressupostos de eficácia da responsabilidade civil, utilizando, para tanto, de vários mecanismos: ampliação do rol dos sujeitos responsáveis, adotando-se a solidariedade entre eles e abrindo-se a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica;[68] flexibilização do universo de eventuais vítimas, reconhecen-

(66) Nas palavras do próprio Capra, A "ecologia profunda não separa os seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que são fundamentalmente interconectados e interdependentes. Reconhecendo o valor intrínseco de todos os seres vivos, a ecologia profunda enxerga o homem apenas como um fio particular na teia da vida" (Fritjof Capra, *Ob. cit.*, p. 7).

(67) Ruth A. Eblen and William R. Eblen (editors), *The Encyclopedia of the Environment*, Boston, The René Dubos Center for Human Environments/Houghton Mifflin Company, 1994, p. 167.

(68) *Piercing the corporate veil.*

do-se o interesse de sujeitos intermediários; permissivo para o afastamento integral da exigência de culpa;[69] facilitação da prova da causalidade (inclusive com inversão do *onus probandi*); redefinição do conceito de dano e instituição de formas inovadoras para a sua liquidação; enxugamento das hipóteses de exclusão; modelagem peculiar para os remédios reparatórios, enfatizando-se a reconstituição do bem lesado; um regime próprio para a prescrição e decadência; seguro obrigatório ou mecanismo similar em algumas atividades perigosas; facilitação do acesso à justiça para os prejudicados por danos ambientais; instituição de fundos compensatórios de futuras vítimas; e multa civil, para nomear apenas alguns.

São ajustes que, se não exclusivos ao campo ambiental, dele recebem um influxo carregado de urgência e com a marca da complexidade. Historicamente, o processo de "rigorização" (= adaptação às novas necessidades) da responsabilidade civil, reação aos desafios trazidos pela revolução industrial e tecnológica, teve início muito antes da crise ambiental. A objetivação da responsabilidade é um claro exemplo: avanço extraordinário (por isso ainda considerada uma "deformação" jurídica em certos países), mas que, confrontada com a especificidade da danosidade ambiental, mostra-se insuficiente para garantir, sozinha, proteção apropriada ao meio ambiente.

Nenhuma dessas medidas, contudo, supera o grande desafio que a natureza nos propõe: a *irreversibilidade* ou *irreparabilidade* de certos danos ambientais. Voltamos a esse ponto, porque aqui está o exato limite de qualquer sistema reparatório, reconhecimento esse que, forçosamente, leva a uma alteração das prioridades do sistema jurídico, pulando, primeiro, da reparação para a prevenção e, segundo, da indenização para a restauração. Esses os termos do pacto pré-nupcial entre a responsabilidade civil e o sistema de comando-e-controle ambiental: enquanto este continua a exercer sua função de estabelecer obrigações negativas e positivas (no licenciamento e no planejamento, p. ex.), impondo a avaliação dos impactos ambientais, determiando proibições genéricas (absolutas ou condicionais), estruturando padrões e instituindo planos de emergência,[70] aquela, por seu turno, mantém-se na retaguarda, como reserva legal pronta a atuar na hipótese de falha ou insuficiência da intervenção estritamente pública.

Antes de prosseguir, contudo, é pertinente insistir sobre outro ponto acima já discutido: mesmo após tais acertos de substância, o papel da responsabilidade civil será sempre *complementar* (o que não quer dizer inferior) ao esquema publicístico.[71] De um lado, assim é em decorrência da priorização que o Direito Ambiental confere à prevenção. De outro, porque, no sistema privatístico de controle ambiental, o agente retém o direito de conduzir a atividade potencialmente poluidora, sujeitando-se, entretanto, na hipótese de dano ocorrer, a reparar os danos causados, individual ou coletivamente. Acrescente-se a esse quadro as conhecidas dificuldades de acesso à justiça e temos aí razões suficientes para não esperarmos maiores benefícios sociais da responsabilidade civil ambiental do

(69) Ao contrário do que alguns ingenuamente imaginam, a transformação do regime ortodoxo subjetivo em objetivo não diminuiu, como adiante veremos, as dificuldades procedimentais e de prova relativas à causalidade e ao próprio dano (John G. Fleming, *art. cit.*, p. 510).

(70) Peider Könz, *art. cit.*.

(71) Susan Rose-Ackerman, *Ob. cit.*, p. 99-101.

que ela está habilitada a prover. De tudo retiramos a seguinte síntese: a) a responsabilidade civil, após acertos dogmáticos, é um instrumento válido de proteção do meio ambiente; b) sua atuação nunca será monopolizadora, mas condominal, incluída num bloco mais amplo de mecanismos de tutela ambiental; e, c) a concretização de um bom sistema de responsabilidade civil não ocorrerá só com incursões renovadoras no plano substantivo ou, neste, apenas com a exclusão da exigência de culpa. O processo civil, em última análise, guarda no bolso a chave da porta dos fundos do regime de reparação das vítimas de danos ambientais.

8. Evolução da responsabilidade civil pelo dano ambiental no Direito brasileiro: da irrelevância concreta à constitucionalização explícita

Quando nos debruçamos sobre a responsabilidade civil pelo dano ambiental no Brasil, chama a atenção a velocidade e profundidade das transformações sofridas pelo instituto em pouco mais de sete anos, no período que vai de 24.07.1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) a 05.10.1988 (Constituição da República Federativa do Brasil). Da absoluta ausência de previsão no Código Civil, partiu-se para um sistema de tratamento legal – direto, objetivo e com implementação judicial coletiva –, esquema esse que, logo em seguida, foi elevado ao plano constitucional.

8.1 O Código Civil

O Código Civil brasileiro de 1916 não cuida, específica e diretamente, do meio ambiente, não havendo, em consequência, regramento próprio e diferenciado para o dano ambiental. Todavia, tal qual se dá com o Código Penal, alguns dos seus dispositivos propiciam uma certa proteção *indireta* do meio ambiente.

O dano contra o meio ambiente é jogado na vala comum da responsabilidade civil extracontratual, cujo coração é o art. 159: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Além de fundar-se num sistema de culpa, várias outras dificuldades de implementação são inerentes ao dispositivo, quando da reparação do dano ambiental, como bem demonstra a magreza de precedentes judiciais anteriores à Lei n. 6.938/81. Como de maneira muito feliz acentua Édis Milaré, no sistema codificado, "a irresponsabilidade é a norma, a responsabilidade a exceção".[72]

Em termos de sua eventual utilização na proteção moderna do meio ambiente, nem tudo é tão desanimador no regime de responsabilidade do Código Civil. Em verdade, se por um lado a exigibilidade de comportamento culposo torna a responsabilização do degradador praticamente impossível, por outro, a adoção do princípio da solidariedade entre os agentes causadores do dano – regra esta que permanece eficaz, mesmo após a promulgação da Lei n. 6.938/81 – em muito facilita a intervenção judicial cível nesse campo.

Também, aqui e ali, outras técnicas de índole civilística, não obstante não trazerem qualquer referência frontal ao dano ambiental, funcionavam como linha auxiliar na tutela do meio ambiente, em particular os *direitos da personalidade* e os *direitos de vizinhança*. Os

(72) Édis Milaré, *Tutela jurídica do meio ambiente*, in Revista dos Tribunais, v. 605, mar./1986, p. 22.

litígios de vizinhança, não raro, transportavam – de forma parasitária à sua descrição tipicamente individualista, própria do instituto – verdadeiros interesses ambientais de natureza coletiva. Os tribunais, chamados a solucionar tais problemas entre vizinhos, davam de frente com a danosidade ambiental, sendo obrigados a sobre ela decidir.

8.2 A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: uma primeira abordagem

Reagindo contra a comprovada insuficiência da norma civil codificada, visivelmente incapaz de, com um mínimo de eficiência, responsabilizar o degradador ambiental, foi promulgada a Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) que, na trilha da sua congênere norte-americana de 1970 (NEPA – National Environmental Policy Act), mas ampliando o campo de aplicação desta, instituiu, por dispositivo expresso, um novo regime para a responsabilidade civil pelo dano ambiental, sob bases objetivas: *Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.*[73]

O art. 14, § 1.º, como se percebe, de uma tacada só, rompeu *duas* pilastras de sustentação do paradigma aquiliano-individualista: a) objetivou a responsabilidade civil;[74] b) legitimou para a cobrança de eventual reparação o Ministério Público, legitimação esta que, logo em seguida, em 1985, pela Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)[75] seria ampliada,[76] permitindo-se que a ação

(73) Art. 14, § 1.º. Para se bem compreender o avanço extraordinário desse dispositivo, cf. a legislação italiana, Legge 8 luglio 1986, n. 349: "Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in pate, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato" (art. 18, 1). E mais: "Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità individuale" (art. 18, 7).

(74) E essa objetivação da responsabilidade civil foi feita de maneira ampla e irrestrita, por assim dizer. Em outros ordenamentos, só é objetiva a responsabilidade quando o dano ambiental for significativo e/ou a ação que o causou esteja inserida numa atividade particularmente perigosa (o que não seria o caso de alguém que põe abaixo uma floresta, para citar uma das hipóteses cobertas pela Lei n. 6.938/81).

Nessa linha, a Lei de Bases do Ambiente de Portugal (Lei n. 11/87, de 7 de abril) dispõe que "Existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável" (art. 41, n. 1). Trata-se de regulação "não isenta de dificuldades, a começar pela definição dos conceitos legais de *danos significativos no ambiente* e de *acção especialmente perigosa*" (Mário José de Araújo Torres, *A protecção do ambiente no ordenamento jurídico português*, in *Textos: Ambiente e Consumo*, v. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa 1996, p. 26, grifo no original).

(75) Que não cuida apenas de dano ambiental, mas também de prejuízos sofridos pelo consumidor, patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre outros interesses supraindividuais.

(76) Milaré, apesar de membro do Ministério Público, com toda razão já demonstrava, antes mesmo da promulgação da Lei n. 7.347/85, seu inconformismo com o monopólio da ação civil pública pelo

principal e a cautelar fosse proposta também por outros organismos públicos e por associações ambientais.[77]

8.3 A Constituição Federal de 1988

A nova ordem instituída pela Constituição Federal de 1988 não se limitou a, pelo silêncio (= indiretamente), recepcionar o sistema de responsabilidade civil ambiental pré-constitucional,[78] mas lhe deu uma visibilidade e solidez que poucos sistemas jurídicos no mundo podem ostentar.

8.3.1 A amplitude da consagração constitucional da responsabilidade civil ambiental

O constituinte não apenas, de maneira direta, determinou a responsabilização civil – assim como a criminal e administrativa – do poluidor,[79] como ainda reforçou, de forma substancial, esse dever de reparar, ao a) prever um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, b) ao caracterizar o meio ambiente, no plano de sua apropriação, como "bem de uso comum do povo" e, c) na sua função social, como "essencial à sadia qualidade de vida". Mas não só, a defesa do meio ambiente deixa de ser faculdade e transforma-se em "dever" irrecusável, tanto do Poder Público, como da coletividade, tutela essa que se faz em nome da geração presente, mas igualmente das futuras. Realmente, uma revolução no terreno supremo da norma constitucional, com inevitável repercussão no cotidiano da caracterização legal e da implementação da obrigação reparatória. A responsabilidade civil ambiental deixa de ser um fantasma intrometido rondando a ordem constitucional estabelecida e, de repente, é convidada a tomar assento de honra na Constituição.

A Constituição democrática inseriu, não um, mas dois dispositivos referentes à responsabilidade civil ambiental.[80] O primeiro, *genérico*, estabelece que *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*[81] Mais especificamente, cuidando do dano causado na

Parquet: o único reparo que se pode fazer à Lei n. 6.938/81 "é o de concentrar a titularidade da ação exclusivamente nas mãos do Ministério Público, quando matéria de tamanha magnitude requer um alargamento de atribuições, com a convocação de todas as forças vivas da Nação para essa verdadeira cruzada em defesa do nosso patrimônio ambiental" (Édis Milaré, *Tutela jurídica ... cit.*, p. 23-24.

(77) "Art. 5.º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil; II – inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

(78) Nelson Nery Junior e Rosa Maria B. B. de Andrade Nery, *Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental*, in Antonio Herman V. Benjamin, *Dano Ambiental ... cit.*, p. 279.

(79) A linguagem utilizada é tipicamente imperativa: "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" (art. 225, § 3.º).

(80) Há um terceiro, que se refere ao dano nuclear (art. 21, inc. XXIII).

(81) Art. 225, § 3.º.

atividade minerária, a norma constitucional estatui que *Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.*[82]

Assim, constitucional e legalmente o Brasil está, na responsabilização civil efetiva do poluidor, na vanguarda mundial, à frente não só daqueles países que não têm normas específicas sobre o tema (Argentina), mas também daqueles que, embora as tendo, são elas consideradas insuficientes ou tecnicamente imprecisas (Itália e Chile,[83] p. ex.).

8.3.2 Competência para legislar em matéria de dano ambiental

Nos termos do art. 24, da CF, é de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal *legislar concorrentemente sobre: VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.*

Ora, a mesma Constituição, noutro ponto, estabelece que é de competência *privativa* da *União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.*

Como se sabe, a responsabilidade civil, com merecida razão, é vista como um dos mais importantes capítulos do Direito Civil e do Direito Comercial. Por conseguinte, competência para legislar nessas duas disciplinas jurídicas é, por igual, competência para legislar no tema da responsabilidade civil. Como fica esse conflito aparente de normas?

José Afonso da Silva, com a perspicácia de sempre, após alertar que nenhuma interpretação pode esvaziar o preceito, afirma que uma das conseqüências da norma inserida no art. 24, inc. VIII é exatamente "abrir uma exceção à competência exclusiva da União para legislar sobre responsabilidade civil e criminal, de sorte que, em se tratando de dano ao meio ambiente, os Estados e o Distrito Federal também foram facultados a fazê-lo".[84]

Vale dizer, então, que o constituinte de 1988, naquilo que diz respeito à responsabilização privada do degradador, instituiu *dois* regimes de competência legislativa: um, *geral*, aplicável a toda a responsabilidade civil, tanto no Direito Civil, como no Direito Comercial. Em outro plano, estabeleceu um sistema *específico*, para as hipóteses de responsabilidade civil em matéria ambiental, do consumidor e do patrimônio artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Em síntese, no modelo constitucional vigente, o tratamento legal da responsabilidade civil ambiental é de *competência legislativa concorrente*, cabendo também aos Estados e Distrito Federal regrar a matéria, seja de maneira plena,

(82) Art. 225, § 2.º.

(83) A situação chilena é de fato capciosa. Embora dispondo de legislação ambiental recente – Ley 19.300 –, trata-se, em verdade, de texto que, no plano da responsabilidade civil, é meramente cosmético, pois mantém o fator de atribuição subjetivo, nos termos do Código Civil, apenas com nova roupagem, ou seja, invertendo-se o ônus da prova da culpa. Por isso mesmo, a melhor doutrina qualifica tal dispositivo como "decisão de política legislativa censurável", já que deixa de levar em conta a tendência do direito comparado, "que se inclina, majoritariamente, pela imputação objetiva" (Ricardo Lorenzetti, *La protección jurídica ... cit.*, p. 4).

(84) José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 208.

no vácuo total ou parcial de lei federal,[85] ou suplementar, neste caso sempre para ampliar as garantias ambientais que, como piso, tenham sido estabelecidas pela norma federal de caráter geral,[86] v.g., com regras mais flexíveis de causalidade e de cálculo do dano ambiental.

Algumas Constituições Estaduais trazem normas explícitas de responsabilidade civil. No Estado de São Paulo, p. ex., a norma estabelece que "As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, com aplicação de multas diárias e progressiva no caso de continuidade da infração ou reincidência, incluídas a redução do nível de atividade e a interdição, *independentemente da obrigação dos infratores de reparação aos danos causados*".[87]

8.4 A responsabilidade civil e a nova Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente

Como resultado de sugestão inicial que fiz ao então Ministro da Justiça Nelson Jobim, uma Comissão de Juristas elaborou e o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 9.605/98, a chamada Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente.

Na perspectiva do novo diploma, cabe averiguar a) a relação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal e b) a previsão da multa civil.

8.4.1 O veto ao regramento autônomo da responsabilidade civil em lei de índole sancionatória

O texto legal, na forma em que saiu do Congresso, trazia o seguinte dispositivo: "Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o agente, independentemente da existência de culpa, é obrigado a indenizar ou reparar os danos por ele causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por seus atos" (art. 5.º).

Trata-se, sem dúvida alguma, de comando que, *autonônoma* e *diretamente*, propunha-se a regrar a responsabilidade civil pelo dano ambiental, repetindo, nesse ponto, o art. 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81, de longa e larga aplicação na jurisdição cível. Mantido o dispositivo, teríamos a estranha – para dizer o mínimo – situação de *confusão absoluta* entre a responsabilidade civil e responsabilidade penal. Vale dizer, a Lei n. 9.605/98 passaria a comandar não mais eventual reparação no *âmbito do processo penal* (como é agora, após o veto), mas responsabilização civil *per se*, no seu juízo próprio, que é o cível.

O Presidente da República vetou o art. 5.º, sob o correto argumento de que o art. 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), "já prevê a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente".

Realmente, totalmente descabida a inclusão da responsabilidade civil *per se* em texto normativo cuja ementa afirma dispor "sobre as *sanções penais e administrativas* derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente" (grifei), terminologia essa que desenha, *ab initio*, seu caráter preponderantemente sancionatório (penal e administrativo).

O Direito brasileiro, como melhor analisaremos em outro ponto deste trabalho, faz uso de várias técnicas de responsabilidade civil pelo dano ambiental. Algumas são *autônomas* e *imediatas*, como a do art. 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81. Nelas, o dever de reparar é posto em prática por instrumento processual próprio (= ação civil, pública

(85) Constituição Federal, art. 24, § 3.º.

(86) Constituição Federal, art. 24, § 2.º.

(87) Art. 195, grifo nosso.

ou individual), liberalizada a legitimação para agir na hipótese dos processos coletivos, onde sujeitos intermediários (= associações) estão habilitados a viabilizá-lo, e extirpada a culpa dos elementos da obrigação reparatória (= responsabilidade civil objetiva).

Em tudo e por tudo, esses instrumentos autônomos e imediatos têm por função *primária* a reconstituição tanto quanto possível do *status quo ante*, sem *intermediação* de outras disciplinas jurídicas (processo penal e administrativo, p. ex.). Não se trata, portanto, de operação que é realizada com parada obrigatória na inflição de pena, mas que vai *direto*, de um só fôlego, à função reparatória do ordenamento.

Outras técnicas de responsabilização civil, ao revés, são *dependentes* e *mediatas*, posto que não estabelecidas diretamente, sendo produto ora da implementação penal, ora da implementação administrativa. No Direito clássico, esta, em certa medida, a localização e razão da *actio civilis ex delicto*, assim como da *partie civile*, naqueles países que a admitem (França, p. ex.). Tudo em sintonia com o pensamento de que o crime produz "a *obrigação* de reparar o dano e a *sujeição* do réu à pena",[88] embora o reverso não seja verdadeiro: nem toda hipótese de responsabilização civil é merecedora do sanconamento criminal.

Na Lei n. 9.605/98, tais mecanismos *intermediadores* da responsabilidade civil ressurgem, de forma mais complexa e ampla, prevendo-se uma reparação do dano ambiental que é alcançada pelo trampolim do sancionamento criminal. Só que, aqui, o *leit motiv* primário do Estado não é, em si, a reconstituição ou indenização do bem lesado, mas o exercício do seu *jus puniendi*. No âmbito deste é que ganha corpo, *incidentalmente*, a responsabilização civil. Vale dizer, é reparação compelida pela *persecutio criminis* (= dependência) e só realizada após prévia visita (= mediação) ao domínio processual penal,[89] nas suas várias fases: na transação,[90] na suspensão condicional do processo,[91] na sentença condenatória[92] e na execução.[93]

(88) Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, v. 2, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, p. 379, grifo no original.

(89) Cf., nesse tema, Hamilton Alonso Júnior, *Reflexos cíveis da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98)*, in APMP – Revistas, órgão da Associação Paulista do Ministério Público, ano II, n. 14, jan. 1998, p. 25-27.

(90) "Art. 27. "Nos crimes de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099, de 26.09.1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a *prévia composição do dano ambiental*, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade" (Lei n. 9.605/98, grifo nosso).

(91) "Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei n. 9.099, de 26.09.1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5.º do art. referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inc. I do § 1.º do mesmo artigo;

II – na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III – no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incs. II, III e IV do § 1.º do artigo mencionado no *caput*;

IV – findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo

Em conclusão, fica o seguinte: após a promulgação da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, a responsabilização civil do degradador poderá ser buscada tanto com base no art. 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81 (responsabilidade autonôma e objetiva), como com suporte nos vários dispositivos da Lei n. 9.605/98 (responsabilidade dependente de *persecutio criminis* e subjetiva). Não há, pois, qualquer antinomia entre o art. 3.º, da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente e o art. 14, § 1.º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, pois diversos o campo, o regime jurídico e forma de aplicação de um e de outro.

Se a reparação sucede no âmbito do processo penal, a culpa *lato sensu* é da sua essência, conquanto a persecução penal pressupõe, pelo menos em tese, a existência de dolo ou culpa *stricto sensu*.

Diversamente, se o pleito reparatório vem apartado do processo penal (mesmo que simultaneamente, desde que em juízo cível), seu regime jurídico não é subjetivo, posto que a responsabilidade civil aí é apurada "independentemente de existência de culpa" (Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1.º).

Nem podia ser diferente. Consagrado constitucionalmente o dever reparatório do degradador em bases *objetivas*, como detalhadamente veremos em seguida, "o que implica a impossibilidade de alteração do regime jurídico da responsabilidade civil em matéria ambiental por qualquer lei infraconstitucional",[94] coube à Lei n. 9.605/98 a necessária missão de complementar o sistema de proteção jurídica do meio ambiente, fechando o círculo da implementação, tanto ao ampliar, como ao aperfeiçoar a intervenção estatal no terreno sancionatório civil, administrativo e penal.

8.4.2 A previsão da multa civil ambiental na Lei n. 9.605/98

Menos feliz foi o veto ao parágrafo único do art. 1.º, da nova lei,[95] que, em sintonia com o *caput* (e com o art. 3), previa, pela primeira vez no ordenamento jurídico-ambiental nacional, a *multa civil*, "verdadeira *sanção judicial*"[96] imposta em acréscimo aos prejuízos causados.

De há muito o sistema de tutela jurídica do meio ambiente ressentia-se da ausência de mecanismo similar aos *punitive damages*[97] do Direito anglo-

de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inc. II deste artigo, observado o disposto no inc. III;

V – esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano" (Lei n. 9.605/98).

(92) "Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente" (Lei n. 9.605/98).

(93) Lei n. 9.605/98, art. 17.

(94) Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual ... cit.*, p. 125.

(95) "As sanções administrativas, *civis* e penais poderão cumular-se, sendo independentes entre si" (art. 1.º, parágrafo único, grifo nosso).

(96) Zelmo Denari *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 162.

(97) "Danos punitivos são uma soma em dinheiro que, na jurisdição civil, os infratores devem pagar às vítimas como penalidade por envolverem-se em certas formas de conduta socialmente repreensí-

americano. Nessa linha, o Anteprojeto de Código Ambiental, preparado sob a presidência de Édis Milaré, no período em que ainda estava à frente da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, já tratava, na parte em que me coube redigir, da multa civil, permitindo sua aplicação na jurisdição cível em três hipóteses. Primeiro, quando a recuperação ou indenização fossem insuficientes para internalizar a totalidade dos custos sociais da degradação ou para desestimular futuras violações. Segundo, quando o dano ambiental, embora existente, oferecesse difícil quantificação. Finalmente, quando presente flagrante violação das normas ambientais ou dos limites e padrões fixados na licença. Sendo a ação civil pública proposta por associação, o *quantum* da multa civil haveria que para ela reverter, sem prejuízo dos valores que lhe coubessem no âmbito do ônus da sucumbência.[98]

Não obstante essa crítica teórica que se pode fazer ao veto do art. 1.º,

veis" (Alan Calnan, *Ending the punitive damage debate*, in Depaul Law Review, v. 45, 1995, p. 101).

A nomeclatura não é unânime no *common law*. Assim, no Direito australiano, prefere-se a expressão "exemplary damages" (Michael Tilbury & Harold Luntz, *Punitive damages* in *Australian Law*, in Loyola Los Angeles International and Comparative Law Journal, v. 17, 1995, p. 773).

(98) O texto integral do Título da Responsabilidade Civil era o seguinte:

"Art. – O poluidor, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, ou ente despersonalizado, responde, independentemente da existência de culpa e da licitude de sua atividade, pelos danos causados ao meio ambiente e a terceiros.

§ 1º A responsabilidade civil do poluidor se dá sem prejuízo da imposição de eventuais sanções penais, civis e administrativas.

§ 2º Além das despesas do Poder Público e de terceiros com investigação e controle do dano, a responsabilidade civil do poluidor compreende, cumulativa ou isoladamente:

I – recuperação do meio ambiente degradado, sempre que tecnicamente possível;

II – indenização dos danos, morais e patrimoniais, individuais ou difusos, causados.

Art. – O poluidor só não será responsabilizado quando provar que não causou o dano ambiental.

Art. – O juiz, além de condenar o réu nos termos do artigo, poderá, cumulativa ou isoladamente:

I – proibir o recebimento de incentivos tributários ou creditícios, assim como a contratação com o Poder Público, mesmo que por licitação, por prazo nunca superior a cinco anos;

II – interditar a atividade, enquanto não cessada a poluição ou não reparado o dano causado;

III – vedar a participação em cargo de chefia ou direção àquele que seja diretamente responsável pelo dano ambiental;

IV – proibir a comercialização interna e exportação de bens diretamente derivados da atividade causadora do dano ambiental;

V – impor multa civil no valor de ..., quando:

a) a recuperação ou a indenização aplicáveis não forem suficientes para internalizar a totalidade dos custos sociais da degradação ou para desestimular futuras violações;

b) o dano ambiental, embora existente, seja de difícil quantificação; ou,

c) houver flagrante violação das normas ambientais ou dos limites e padrões fixados na licença.

Parágrafo único – Na hipótese de ação civil pública proposta por associação, o juiz poderá condenar o réu em honorários advocatícios superiores a 20% do valor do dano, revertendo a multa civil a seu favor.

Art. – A responsabilidade civil ambiental é solidária, cabendo ação de re-

parágrafo único, da Lei n. 9.605/98, a verdade é que, no terreno prático, acabou ele por ser totalmente ineficaz, pois a possibilidade de *penalização civil* foi mantida no art. 3.º, que afirma serem as pessoas jurídicas e naturais "responsabilizadas administrativa, *civil* e penalmente".[99] A expressão "responsabilizadas", usada pelo dispositivo, deu sobrevida ao parágrafo único do art. 1.º, na medida em que, com outras palavras mas igual sentido, repete o texto vetado, caracterizando-se, por isso mesmo, como sua natural extensão.

"Responsabilizadas" aqui tem o sentido de "sancionadas" ou "punidas", pois expiatórios são o objetivo e o conteúdo principais do novo texto legal, conforme já apontamos. A um só tempo faz referência, portanto, à *reparação-expiação* do dano (= responsabilidade civil dependente e mediata, posto que incidental à *persecutio criminis*) e à própria multa civil. No universo punitivo da Lei n. 9.605/98 são mantidos os dois instrumentos de origem civilística, ambos disparados pelo processo penal e, por isso mesmo, submetidos a um regime de culpa.

Resumindo: sem prejuízo de outras técnicas reparatórias previstas no ordenamento, adiante referidas, o agora completo sistema de responsabilização do poluidor segue, então, as seguintes linhas básicas: a) responsabilidade civil pelo dano ambiental (pessoal – patrimonial ou moral – e/ou ecológico), com base na Lei n. 6.938/81 (regime objetivo),[100] acrescida da inovadora[101] possiblidade do juiz cível, em complementação ao *quantum debeatur* indenizatório, impor ao réu *multa civil*, esta com base na Lei n. 9.605/98, desde que presente infração a qualquer dos dispositivos do novo estatuto;[102] e, b) respon-

gresso, em processo autônomo ou nos mesmos autos, ao poluidor que for responsabilizado além de sua cota, vedada a denunciação da lide.

§ 1º As instituições financeiras, bancárias ou de crédito, públicas ou privadas, quando financiarem, direta ou indiretamente, projetos e empreendimentos em desacordo com as normas ambientais vigentes, são solidariamente responsáveis por eventuais danos causados ao meio ambiente.

§ 2º O agente público que, dolosa ou culposamente, emitir licença, praticar ou omitir ato em desacordo com as normas vigentes, é responsável solidário por eventuais danos ambientais causados.

Art. – O juiz desconsiderará a personalidade da pessoa jurídica, sempre que esta for óbice à implementação dos objetivos deste Código, em especial o da prevenção e o da reperação integral e célere.

(99) Art. 3.º, *caput* (pessoa jurídica) e parágrafo único (pessoa física), grifo meu.

(100) Sem esquecer que, também com base na Lei n. 8.429/92, a responsabilização civil ambiental pode, por igual, ser buscada, na hipótese de improbidade administrativa.

(101) A novidade em questão é a previsão do instituto na matéria ambiental. Cumpre notar que os historiadores identificam a multa civil no Código de Hamurabi e no Velho Testamento (Êxodo 22:4, ao determinar a reparação em dobro no caso de furto; Lucas 19:8, exigindo o pagamento quádruplo, na hipótese de fraude e furto). Cf. Susanah Mead, *Punitive damages and the spill felt round the world: a U.S. perspective*, in Loyola Los Angeles International and Comparative Law Journal, v. 17, 1995, p. 832.

(102) No ordenamento brasileiro, coube ao Código de Defesa do Consumidor, por sugestão minha, prever pioneira e expressamente os *punitive damages*. As hipóteses de multa civil (arts. 16, 45 e e 52, § 3.º) foram todas vetadas pelo Presidente Fernando Collor de Mello. Assim, p. ex., o art. 16 dispunha: "Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida *multa civil* de até um milhão de vezes

sabilidade penal e administrativa nos termos da Lei n. 9.605/98 (regime subjetivo para os ilícitos penais), além de outras sanções previstas no restante do ordenamento, sem prejuízo de, no próprio campo criminal, proceder-se à responsabilização civil, de modo incidental.

o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica o responsável" (grifo nosso).

Posteriormente, agora já no âmbito de Comissão presidida por Antonio Augusto de Camargo Ferraz e que objetivava apresentar sugestões à reforma da legislação brasileira de combate à improbidade administrativa, voltei a insistir no tema, propondo que o Projeto de Lei da Improbidade Administrativa, então em tramitação, adotasse a multa civil.

Desta vez, quebrando uma certa propalada tradição do Direito brasileiro, o instituto foi aprovado e sancionado, integrando hoje o corpo da Lei n. 8.429/92. Na época, o Presidente Collor já se encontrava bastante enfraquecido pelos escândalos que levariam a seu *impeachment*, não tendo, por isso mesmo, ao contrário do que se deu no Código de Defesa do Consumidor, condições políticas de vetar a inovadora medida, providência essa que bem poderia ser interpretada como sendo em causa própria. Reza a Lei n. 8.429/92:

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, *civis* e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I – na hipótese do art. 9.°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, *pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial* e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, *pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano* e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícis ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, *pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente* e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos" (grifo nosso).

9. A responsabilidade civil pelo dano ambiental e sua prática no Direito brasileiro atual

O Direito brasileiro permite o emprego de *cinco* técnicas *autônomas* e *imediatas* – algumas gerais e indiretas, outras especiais e diretas – de responsabilização civil pelo dano ambiental: a) direitos de vizinhança (arts. 554 e 555, do CC); b) responsabilidade civil extracontratual, tendo a culpa como fator de atribuição (art. 159, do CC; c) responsabilidade civil objetiva da Lei n. 6938/81 (art. 14, § 1.°); d) responsabilidade civil objetiva do Código de Defesa do Consumidor, havendo relação jurídica de consumo (arts. 12, 14, 18 e 20); e, e) responsabilidade civil especial (mi-

neração, Código Florestal, nuclear, agrotóxicos).[103]

Com a Lei n. 9.605/98, vimos, surge uma outra técnica, só que *dependente* e *mediata*, conquanto realizada pela via do processo penal.

Aqueles cinco primeiros regimes podem ser utilizados tanto individualmente por cada prejudicado, como, coletivamente, pelos legitimados a representar interesses ambientais em juízo, caso do Ministério Públicos e das associações ambientais. Cabe sempre à vítima a escolha do fundamento da responsabilidade civil do degradador.[104]

Já a responsabilização civil dependente-mediata, posto que materializada sob o manto ou influência da ação penal pública, é de índole estritamente publicística, renegando a intervenção privada, seja da vítima individual, seja dos corpos representantivos da sociedade civil – as ONGs ou associações ambientais.

10. Direitos de vizinhança: um exemplo de proteção indireta do meio ambiente no sistema do Código Civil

Na maioria dos sistemas jurídicos, vamos encontrar nos problemas de vizinhança a origem para a proteção, em sede de Direito Privado, contra a poluição, isto é, em favor do meio ambiente.[105] Aqui está um instituto jurídico cujas origens são mais ou menos comuns, tanto no *common law* (*nuisance*), como no *civil law* (*droit de voisinage*, dos franceses, *Nachbarrecht*, dos alemães, *derecho de vecinidad*, dos espanhóis), tudo remontando ao conceito romano de *inmissio*.

Quando o assunto é meio ambiente, a teoria dos direitos de vizinhança (ou servidões legais) heroicamente resiste à extinção, ressurgindo aqui e ali, tanto nos países de *common law*,[106] como nos de *civil law*. Antes mesmo do surgimento do Direito Ambiental, como disciplina autônoma, e da promulgação de leis de proteção do meio ambiente que o precederam, substituamos o nome de *vizinho* pelo de *poluidor* (mais os pequenos degradadores do que propriamente os grandes) e, em vários casos julgados sob o regime dos direitos de vizinhança, é a tutela ambiental que está em jogo.

No Brasil, vimos, a matéria é regrada pelo Código Civil em dois dispositivos. Segundo o art. 554, *O proprietário, ou inquilino, de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.* Em complementação, o art. 555 dispõe que *O proprietário tem o direito de exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.*

O acolhimento do dano ambiental sob a rubrica dos direitos de vizinhança sempre foi problemático, resultado das deficiências intrínsecas do instituto, a começar pela própria caracterização do que seja *vizinho* e terminando com o fato de só resguardar propriedade outra que não aquela do próprio degradador[107] e apenas sensibilizar-se com o caráter *anormal* da conduta e com o dano

(103) Cf., na mesma linha, Nelson Nery Junior e Rosa Maria B. B. de Andrade Nery, *Responsabilidade civil ... cit.*, p. 279.

(104) Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 733.

(105) Na França, cf. Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 731.

(106) Robert L. Rabin, *art. cit.*, p. 27.

(107) Paulo Affonso Leme Machado, *Ob. cit.*, p. 229.

excessivo, algo superior a uma dada margem de tolerância.[108]

Apesar de suas imperfeições – ambigüidade terminológica, polarização individualista e limitações geográficas –, que melhor serão apreciadas abaixo, os direitos de vizinhança, no Direito Privado clássico, foram, por muito tempo, a única arma reparatória disponível às vítimas de atividades poluidoras.[109] Batiam a responsabilidade civil extracontratual precisamente pela sua aversão à culpa.

10.1 Conceito de vizinhança

No ordenamento brasileiro, assim como em outros países,[110] *vizinhança*, indo além da primeira impressão que se tira da leitura do Código Civil, não é uma noção estritamente geográfica, simples *contigüidade*. Já afirmava Carvalho Santos, ao comentar o art. 554, que vizinha não é "a propriedade confinante, como se entende vulgarmente. Um vizinho, mesmo afastado, pode invocar o direito facultado neste artigo. E como esse direito visa assegurar o seu sossego, a sua segurança e a sua saúde, naturalmente que o conceito da vizinhança se deve estender até onde sejam alcançados os barulhos incômodos, os perigos de uma explosão, as emanações de gases prejudiciais à saúde, etc."[111]

Na proteção do meio ambiente, essa ampliação conceitual – "espacialidade alargada" na voz abalizada de Gomes Canotilho[112] – é imprescindível. A poluição, principalmente a do ar e das águas, tem grande mobilidade, atingindo regiões muitas vezes centenas de quilômetros distante da fonte poluidora. Daí entender-se que vizinhos, para tal fim, são todos aqueles atingidos pela emissão, estejam perto ou longe do estabelecimento do poluidor. Em outras palavras, vizinhos são os *fisicamente confinantes*, mas também os *ambientalmente confinantes* (= subjugados pelo prisma dos sistemas ecológicos), sem contato físico direto com o estabelecimento do degradador.

10.2 Normalidade do uso

Também problemático na teoria dos direitos de vizinhança, pelo menos na sua formulação mais conservadora, é que, se aceitos como "normais", certos casos de poluição acabam referendados pelo judiciário.[113]

Essa visão estreita vem sendo abandonada, entendendo-se que, até quando exatamente dentro dos limites regulamentares, eventual degradação sujeita o seu causador à responsabilização. No modelo de responsabilidade civil especial pelo dano ambiental, não cabe qualquer discussão sobre a *normalidade* do prejuízo ao meio ambiente: caracterizado o dano, seja o uso normal ou não, devida é a reparação.

Um molde estreito e formalista dos direitos de vizinhança põe em risco sua modernização, impedindo-os de ajustarem-se às necessidades da sociedade industrial. Com isso, perpetuam-se cer-

(108) Adalberto Pasqualotto, *art. cit.*, p. 445.

(109) Jean-François Neuray, *Introduction Générale*, in *L'Actualité ... cit.*, p. 18.

(110) No caso da Espanha, cf. Ramón Martin Mateo, *Ob. cit.* (v. I), p. 173.

(111) J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. VIII, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 11-12.

(112) J. J. Gomes Canotilho, *Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental)*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 128, n. 3.858 e 3.859, 1995-96, p. 268.

(113) Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 733.

USO EXCLUSIVO STJ

tas poluições e degradações, sob o pretexto de que são "normais", provocando, assim, quando não agravando, desigualdades sociais e ambientais.[114] A petrificação do instituto condenaria, p. ex., os vizinhos (mesmo que confinantes) dos distritos e zonas industriais ao sacrifício *ad eternum* de qualidade de vida (e da própria vida), destino inafastável das vítimas de poluição. A poluição, velha ou nova, antes permitida ou legalmente proibida, não pode jamais "ser encarada como um inconveniente normal mas anormal na relação de vizinhança".[115]

Certos conceitos – o de *normalidade* entre eles – mudam com o tempo. Aquilo que ontem era admissível, hoje já não é mais. Fumigar DDT em uma plantação era perfeitamente *normal* (e até recomendável) há alguns anos; agora, é crime. O Direito Ambiental, em verdade, não aceita que os usos e costumes *locais* definam o que é ou o que não é poluição. O conceito de degradação, em particular no Brasil, é *legal*,[116] não se sujeitando às variações de região para região do País.

Acentua acertadamente Pontes de Miranda que a caracterização legal ou administrativa de um sítio como distrito industrial ou mesmo o licenciamento de fábrica ou atividade a certa distância não exclui a possibilidade de que alguém – dizendo-se vítima – possa invocar o art. 554, do CC: a ninguém é lícito retirar dos "vizinhos a pretensão às medidas que suprimam o elemento de ruído, ou de nocividade à saúde, que se possa evitar (e.g., surdinas, chaminés mais altas, exaustores); nem a pretensão à indenização com fundamento no art. 554, se inevitável o elemento nocivo".[117] Em outras palavras, se fora dos padrões regulamentares, cabe fazer ajustar os poluidores a eles ou mesmo determinar sua interdição; se dentro dos padrões regulamentares, já não tendo os prejudicados direito a essas providências (há sempre, contudo, a possibilidade desses *standards* serem judicialmente atacados e nulificados), os têm à indenização.

Como em tudo, a evolução é sempre gradativa e envolve uma transformação da base dos valores e necessidades humanos. Na antiguidade e no período feudal, p. ex., as habitações se amontoavam na parte fortificada das cidades, de modo que, só bem mais tarde, quando a segurança dos indivíduos já não mais dependia do fato de residir-se ou não no interior da cidadela, é que *ar* e *sol* passaram, no plano jurídico, a ser valorizados como atributos a serem respeitados pelas propriedades adjacentes. Na perspectiva dos antigos, escrevia Herbert Spencer, ainda no final do século XIX, ao construir-se uma casa "ninguém supunha que houvesse mal em privar alguém da sua parte de ar e de sol";[118] por isso, "a asserção legal de igualdade dos direitos dos homens ao uso da luz e do ar é dos tempos modernos".[119]

10.3 Inexigibilidade de culpa

Um dos aspectos mais positivos e atrativos dos direitos de vizinhança é que deles flui um sistema de responsabilidade civil, mais do que objetivo, quase absoluto, desencadeado por um

(114) Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 733.

(115) Paulo Affonso Leme Machado, *Ob. cit.*, p. 231.

(116) Lei n. 6938/81, art. 3.º, incs. II e III.

(117) Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*, tomo XIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 301.

(118) Herbert Spencer, *Ob. cit.*, p. 95.

(119) Herbert Spencer, *Ob. cit.*, p. 108.

"estado de fato".[120] É assim nos vários ordenamentos de *civil* e *common law*.[121]

No caso brasileiro, a doutrina, desde há muito, assentou que o fundamento do mau uso ou uso nocivo da propriedade não reside "na idéia de *culpa*, nem a composição dos conflitos de vizinhança depende da apuração desta".[122] Segundo Pontes de Miranda, toda pretensão de "indenização que nasce de ofensa a direito de vizinhança é independente de culpa", operando "à semelhança da que há de receber o proprietário desapropriado".[123]

10.4 Pré-ocupação

Finalmente, nesse rápido apanhado de aspectos interessantes dos direitos de vizinhança, importa mencionar que a tese da *pré-ocupação*, atribuída a Demolombe, não pode "ser aceita com caráter absoluto, pois que a *anterioridade* da ocupação não paralisa toda propriedade nova, sujeitando o que chega depois a se conformar com o *statu quo ante*, caso em que se converteria em verdadeira servidão".[124]

Os menos avisados poderiam imaginar que os poluidores antigos estariam sempre cobertos pela cláusula constitucional do direito adquirido, daí concluindo que, "uma vez autorizada administrativamente determinada atividade que se revelasse prejudicial ao meio ambiente, nenhuma alteração ou limitação se lhe poderia impor posteriormente".[125]

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, agora previsto na Constituição, tem aplicação imediata para desconsituir situações de fato, pretéritas mas com efeitos presentes, que tragam riscos para o ser humano e para o meio ambiente. Mais uma vez, cabe lembrar que a dogmática moderna abomina a idéia de um direito adquirido à poluição.

11. Proteção direta do meio ambiente: a Lei n. 6.938/81

Acima afirmamos que o esquema da responsabilidade civil ambiental no Brasil não é produto de formulação doutrinária ou de repercussão indireta de institutos jurídicos tradicionais, como se dá em outros países, mas decorre da própria lei. É normativo e direto por excelência. A promulgação da Lei n. 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) foi um divisor de águas no Direito Brasileiro. Não só porque, pela primeira vez, o País ganhava um sistemático arcabouço legal de sustentação a uma política nacional do meio ambiente, mas também porque, numa penada só, o legislador resolveu dois desafiadores problemas jurídicos: a) a irresponsabilidade, de fato, do poluidor – já que a base da responsabilização, nos termos do Código Civil, era ora baseada em culpa (art. 159), ora vinha objetivada, mas limitada no seu univer-

(120) Hugues Périnet-Marquet, *Le droit français de la responsabilité civile en matière d'environnement*, in Ejan Mackaay e Hélène Trudeau, *Ob. cit.*, p. 62.

(121) Xavier Thunis, *La protection de l'environnement, une cure de jouvence pour la responsabilité civile? Réponses du droit belge et perspectives européennes*, in Ejan Mackaay e Hélène Trudeau, *Ob. cit.*, p. 94.

(122) Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 166.

(123) Pontes de Miranda, *Ob. cit.* (tomo XIII), p. 293 e 301.

(124) Caio Mario da Silva Pereira, *Ob. cit.*, p. 167.

(125) Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Hugo Nigro Mazzilli, *O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição*, in Revista dos Tribunais, v. 611, set./1986, p. 19.

so de aplicação (os direitos de vizinhança dos arts. 554 e 555) – e b) o acanhado modelo de implementação judicial (= legitimação para agir) nos casos de dano ambiental.

Vale a pena, neste ponto, perquirir se a Lei n. 6.938/81 instituiu um regime totalmente inovador de intervenção do Direito Privado no campo do dano ambiental ou se, do contrário, limitou-se a criar mais uma hipótese de responsabilidade civil especial, mantendo, no geral, as características do regime convencional.

Uma análise mais atenta do sistema brasileiro facilmente demonstra que a Lei n. 6.938/81 especializou, de um lado, a responsabilização do degradador, tirando-a da vala comum do Código Civil e, por outro, lançou os elementos básicos de uma responsabilidade civil que, em vários itens estruturais, rompe com o paradigma tradicional. Sua maior inovação, veremos, não foi a objetivação da responsabilidade civil, fenômeno já de resto bem conhecido dos juristas e dos diversos ordenamentos jurídicos. Sequer o foi a dispensa do elemento da antijuridicidade, ao relegar a segundo plano, na caracterização da obrigação de reparar, a violação da norma de proteção do meio ambiente.

No plano abstrato, a grande novidade da lei, verdadeira alteração radical de paradigma jurídico (e ético), veio mesmo com a elevação do meio ambiente à categoria de bem jurídico *autonomamente* tutelado, daí resultando a permissão de cobrança de danos contra ele praticados, até nas situações fáticas em que não estão em jogo valores humanos longamente reconhecidos, como a vida, a segurança, a liberdade e o patrimônio. A passagem de um paradigma estritamente *antropocêntrico* a um outro de caráter misto, *antropêntrico-ecocêntrico*, é o indicador juridicamente mais exuberante da Lei n. 6.938/81.

Em adição, podemos identificar uma alteração na própria forma de atuação protetória da norma jurídica. O Direito Privado brasileiro clássico (e é assim em todo o mundo) protegia o coletivo a partir do individual. O Direito Ambiental nacional, a partir da Lei n. 6.938/81, passa a proteger o individual a partir do coletivo. Daí, sua natureza essencialmente pública. Por tudo isso, é lícito reconhecer no Direito Ambiental não só uma disciplina jurídica *emergente*, mas também *divergente*, no sentido de que se distancia e repudia certos dogmas jurídicos arraigados e repetidos, mas nem por isso menos ineficientes ou injustos.

No nosso Direito, são requisitos da obrigação de indenizar o dano, a culpa e o nexo causal.[126] Com a Lei n. 6.938/81, a obrigação reparatória ambiental passa a exigir apenas dois desses pressupostos: o prejuízo e o nexo causal, já que realizada "independentemente da existência de culpa".[127] A divergência principal com esse esquema clássico está, portanto, no fato do novo paradigma prever a responsabilidade civil objetiva e independente da antijuridicidade da conduta. De outra parte, agora convergindo com o modelo convencional, é responsabilidade civil solidária. No mais, partindo do modelo do Código Civil, mas dele afastando-se aqui e ali, exige-se prova do dano e da causalidade.

12. O sujeito responsável na Lei n. 6.938/81

Um pouco atrás, mostramos que uma das razões para a existência de um regime especial de responsabilidade civil

(126) Agostinho Alvim, *Da Inexecução da Obrigações e suas Consequências*, São Paulo, Saraiva, 1949, p. 160.

(127) Agostinho Alvim, *Ob. cit.*, p. 270.

pelo dano ambiental é exatamente a aparição, nesse campo, de obstáculos teóricos e práticos na identificação do agente civilmente responsável e do sujeito tutelado. Em outras palavras, temos aí danosidade que, pelo ângulo tanto do causador como da vítima, é *anônima* ou *coletiva*. Dificilmente a relação jurídico-ambiental é do tipo *Tício versus Caio*, dissemos.

Quem é o sujeito passivo da *obrigação reparatória ambiental*? O degradador, afirma-se, resposta que nada resolve, pois interessa exatamente saber quem o é, questão das mais complexas nesse campo. A dificuldade não reside tanto no plano teórico-abstrato do esquema, mas manifesta-se no momento de sua utilização concreta.

Claro, ainda no nível abstrato, cabe ao ordenamento optar por um dos modelos jurídicos em tese disponíveis. Preambularmente, temos que reconhecer os próprios limites do instituto, acima já apontadados. A responsabilidade civil, é curial, só pode dar aquilo que tem. Dela não se pode esperar mais do que isso: uma técnica na eterna dependência da *identificação* do autor do dano e da *solvência* deste,[128] o que nem sempre é possível, principalmente no caso dos chamados *danos anônimos* (emissões de veículos, nas grandes cidades, p. ex.) e da *poluição marginal* (garimpagem irregular, p. ex.).[129] Para além desses limites, outros mecanismos jurídicos devem ser pensados, analisados e, eventualmente, adotados (fundos, p. ex.).

Excluídos esses aspectos que não podem bem ser tratados na esfera da responsabilidade, há outros itens de caráter genérico que precisam ser enfrentados, v. g., se o Estado-poluidor sujeita-se ou não à responsabilidade civil quando, direta ou indiretamente (falta de fiscalização), causa o dano ao meio ambiente, ou, ainda, o que fazer na hipótese de fontes múltiplas.

Estatui a Lei n. 6.938/81 que *poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.*[130] O vocábulo é amplo e inclui aqueles que *diretamente* causam o dano ambiental (o fazendeiro, o industrial, o madereiro, o minerador, o especulador), bem como os que *indiretamente* com ele contribuem, facilitando ou viabilizando a ocorrência do prejuízo (o banco, o órgão público licenciador, o engenheiro, o arquiteto, o incorporador, o corretor, o transportador, para citar alguns personagens).

Logo, a escolha do legislador não deixa dúvida: o particular *e* o Poder Público respondem pelo dano ambiental. O *dever* de proteção do meio ambiente é do particular, mas também do Poder Público, conforme expressamente firmado pela Constituição Federal.[131] Daí resulta "que o Estado é co-responsável pelos danos daí advindos, podendo ser chamado a compor prejuízos individuais ou coletivos", tanto mais quando olvida seu dever-poder fiscalizatório de fundo constitucional e legalmente imposto, cumprido por "atos administrativos vinculados e, portanto, obrigatórios".[132]

(128) Xavier Thunis, *Le droit .... cit.*, p. 281.

(129) Segundo Martin Mateo, os postulados estritamente individualistas da responsabilidade civil a transformam em instrumento inadequado "para solucionar conflitos que são intrinsecamente de natureza coletiva, sendo que no melhor dos casos resultará difícil – mas na maioria deles impossível – determinar *quem* e *em que medida* causou os danos" (Ramón Martin Mateo, *Ob. cit.* [v. I], p. 177, grifo nosso).

(130) Art. 3.º, inc. IV.

(131) Art. 225, *caput* e § 1.º.

(132) Rui Stocco, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Pau-

Outro obstáculo a ser superado, na definição da pauta subjetiva passiva, é o da *pluralidade* de agentes, situação normal na esfera ambiental[133] e com reflexos também na análise do nexo causal. Pensemos, como lembra Mosset Iturraspe, na poluição do ar ou da água por fontes múltiplas: "à vítima será muito difícil, quando não impossível, precisar qual desses possíveis agressores foi o definitivo, desencadeante ou decisivo".[134]

Nesse ponto, o Direito tradicional oferece solução, a responsabilidade civil *in solidum* dos co-responsáveis, também prevista no sistema brasileiro. Quanto a isso, a Lei n. 6.938/81 não se desviou um milímetro que seja do princípio geral da solidariedade passiva, decorrente do art. 1.518, *caput*, do Código Civil, segundo o qual *se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação*. A norma, aqui, corretamente vê a degradação ambiental como um fato danoso *único* e *indivisível*, pressupondo que, em consequência da impossibilidade de fragmentação do dano, o nexo causal é *comum*.[135]

O modelo jurídico-ambiental, portanto, não só aproveita a solidariedade do Direito Civil clássico, como a amplia, dando-lhe feições peculiares. Nada mais justo, sendo o Direito Ambiental uma *disciplina jurídica de crise* a exigir, por isso mesmo, notáveis e urgentes aperfeiçoamentos no organograma da responsabilidade civil. Nessa linha, "é de particular relevância o princípio da *solidariedade*, que historicamente correspondia ao da fraternidade, consagrado pela Revolução Francesa de 1789".[136] O que não se pode admitir é o réu alegar, como eximente, "o fato de não ser só ele o degradador, de serem vários, e não se poder identificar aquele que, com seu obrar, desencadeou – como gota d'água – o prejuízo".[137]

A solidariedade, no caso, é não só decorrência de atributos particulares dos sujeitos responsáveis e da modalidade de atividade, mas também da própria *indivisibilidade* do dano, consequência de ser o meio ambiente uma *unidade* infragmentável. A responsabilização *in solidum*, em matéria ambiental, encontra seu fundamento originário no Código Civil, na teoria geral dos atos ilícitos; com maior ímpeto e força reaparece na norma constitucional, que desenhou de forma *indivisível* o meio ambiente, "bem de uso comum de todos", cuja ofensa estão "os poluidores" (no plural mesmo) obrigados a reparar, propiciando, por isso mesmo, a aplicação do art. 892, primeira parte, do CC,[138] sendo credora a totalidade da coletividade afetada.[139]

Em síntese, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade daquele que degrada o ambiente é extremamente abrangente.[140] São sujeitos responsáveis:

lo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 230-231.

(133) Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 734.

(134) Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños ... cit.*, p. 145.

(135) Mesmo quando o nexo causal não é comum, o ordenamento jurídico-ambiental permite a utilização da responsabilidade civil *coletiva*.

(136) Isidoro H. Goldenberg, *Los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por productos y el daño ambiental*, in Alberto Jesus Bueres e Aída Kemelmajer de Carlucci (directores), *Ob. cit.*, p. 345, grifo no original.

(137) Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños ... cit.*, p. 145.

(138) "Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira".

(139) Adalberto Pasqualotto, *art. cit.*, p. 451.

(140) No mesmo sentido, Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996, p. 111.

a) pessoas físicas; b) pessoas jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado; e c) entes despersonalizados,[141] responsabilização essa que é apurada *in solidum*.

13. A vítima na Lei n. 6.938/81

Acima aludimos à dificuldade de caracterização das vítimas do dano ambiental, seja porque nesse campo é comum a *causalidade diferida ou retardada* (o dano só surge passados muitos anos), seja porque, por força da lei e mesmo da Constituição, o rol de sujeitos tutelados (= vítimas potenciais) inclui, além dos apenas concebidos, as gerações futuras (= equidade intergeracional), sujeitos sequer nascidos ou que, hipoteticamente, podem nunca nascer. Finalmente, vítima é não só o ser humano, mas também a *própria natureza*, autonomamente considerada, com isso abrindo-se a possibilidade do *dano ecológico puro* ou *stricto sensu*.

No sistema brasileiro, quem é, afinal, a vítima do dano ambiental? O homem ou o ambiente que o cerca? A Lei n. 6.938/81 resolveu a questão, afirmando serem os dois, conjunta ou isoladamente. A vítima de uma degradação "pode ser simplesmente o meio ambiente, sem referência direta a alguém. O dano assim mesmo é reparável".[142]

Mais abaixo melhor situaremos os contornos e modalidades do dano ambiental. Por enquanto, na verificação do pólo subjetivo das vítimas, basta mencionar que, em particular no caso de dano à natureza propriamente dita, temos prejuízos de índole difusa, nada impedindo que a saúde ou patrimônio de indivíduos, isoladamente, também sejam atingidos, numa espécie de responsabilidade civil indireta *par ricochet*.[143]

14. A objetivação da responsabilidade civil

A objetivação da responsabilidade civil no campo ambiental é uma tendência mundial que parece irreversível. Mesmo no plano supranacional, foi esse o caminho adotado, recentemente, pela Convenção de Lugano, do Conselho da Europa.[144]

14.1 A insuficiência da objetivação

Enganam-se, e muito, aqueles que pensam ter a Lei n. 6.938/81, pela instituição do regime objetivo de responsabilização, expurgado, de vez, a responsabilidade civil ambiental de todos seus males. Como assevera Agostinho Alvim, mesmo quando despido "da idéia de culpa, o problema da responsabilidade é sempre de dificultosa solução".[145]

(141) Cf. o art. 3.º, *caput*, do CDC.

(142) José Afonso da Silva, *Ob. cit.*, p. 218.

(143) Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 729.
O mesmo Prieur classifica a danosidade ambiental em *danos de poluição*, sofridos por patrimônios identificáveis e particulares (pessoas e bens), e *danos ecológicos propriamente ditos*, causados ao meio natural, afetando o equilíbrio ecológico como patrimônio coletivo (Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 729).

(144) Convenção sobre a Responsabilidade Civil por Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Ambiente, com assinatura aberta em Lugano em 21.06.1993, já tendo sido assinada por países como Chipre, Finlândia, Islândia, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo e Holanda (cf. Manuela Flores, *Responsabilidade civil ambiental em Portugal: legislação e jurisprudência*, in *Textos: Ambiente e Consumo*, v. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa 1996, p. 375).

(145) Agostinho Alvim, *Ob. cit.*, p. 270.

USO EXCLUSIVO DO AUTOR

Realmente, ao analisarmos o fenômeno da responsabilidade civil na sua dimensão global, facilmente verificamos que a imputação objetiva não é uma panacéia. Não resolve, em definitivo, a totalidade dos óbices dogmáticos e práticos que separam vítima e reparação. Permanece um substancial resíduo da patologia antes citada, como a prova do nexo causal e do dano. Isso sem falar que "um regime de responsabilidade civil sem culpa avalia-se à luz das causas de exclusão previstas",[146] vale dizer, o ordenamento pode trazer esplêndidos mecanismos para a aferição do dano e da causalidade mas, em contrapartida, devolver o prejudicado à estaca zero, pela via das excludentes de responsabilidade. A já conhecida (e criticada, pelo seu efeito desmoralizador do Direito) técnica de conceder com uma mão e retirar com a outra.

14.2 Fundamentos do afastamento da culpa

Temos dito, de há muito, que a questão em torno do dano ambiental não é uma de *intenção* ou de *culpa*, mas de *causalidade* de prejuízos por uns poucos em detrimento dos interesses majoritários da sociedade. A pergunta é e sempre será, tanto nessa área como em outras assemelhadas: pode uma minoria manter a maioria em permanente estado de sítio, em situação de dominação jurídica ou subordinação de fato, como refém, trazendo a comunidade completamente subjugada, obrigada a arcar com custos que não deu causa e que afetam profunda e irreversivelmente suas vidas?

A resposta do ordenamento a tal questão não pode ser uma de aferição de *culpabilidade* dessa minoria produtiva e lucrativa, mas de justiça mesmo para com a maioria, que no sistema antigo, acabava por pagar sozinha a conta dos riscos associados normalmente à revolução industrial e tecnológica. O dano ambiental "é produzido pela realização de atos que nada têm de dolosos ou culposos, mas que são totalmente legítimos, ajustados às disposições regulamentares da atividade e, apesar disso, produzem uma variação do *habitat*".[147]

O prejuízo, nesse contexto, é resultado tanto menos querido como inevitável de atividades e condutas que, como regra, almejam realizar objetivos não só legítimos, mas até muito úteis à sociedade. Se o dano é caracterizado pela *inevitabilidade* – sob a premissa de que o risco zero, em vários domínios, simplesmente não existe[148] –, então a *culpa* não pode ser mesmo o parâmetro de avaliação da responsabilidade civil do agente.

Acima observamos que a responsabilidade objetiva, no Direito Ambiental, é deduzida do princípio poluidor-pagador.[149] Igual se dá com todos os mecanismos de facilitação de prova do nexo causal e do dano, tudo com o intuito de possibilitar, por essa via jurídica, a incorporação das externalidades ambientais.[150] Nos termos do princípio, o que não pode, já nos insurgimos antes, é o degradador, beneficiado por formalismos do sistema de responsabilidade civil, sair ileso, deixando atrás de si um legião de vítimas-ambientais desamparadas. O benefício da dúvida, poderoso curinga do réu (tão mais no terreno criminal, só

(146) Xavier Thunis, *Le droit ... cit.*, p. 267.

(147) Carlos Maria Clerc, *art. cit.*, p. 80.

(148) Claude Lienhard, *Pour un droit des catastrophes*, in Recueil Dalloz Sirey (Chronique), 1995, n. 13, p. 93.

(149) Ramón Martin Mateo, *Ob. cit.*, p. 170.

(150) Gabriel A. Stiglitz, *El daño ... cit.*, p. 319.

que aqui plenamente justificado, pois está em jogo o *ius libertatis*), no Direito Ambiental muda de beneficiário, auxiliando a vítima e não mais o seu algoz. Assim é por força do princípio da precaução, motor que também, dissemos, está por trás da alteração de paradigma reparatório.

14.3 O risco integral

O Direito Ambiental brasileiro abriga a responsabilidade civil do degradador na sua forma objetiva, baseada na *teoria do risco integral,*[151] doutrina essa que encontra seu fundamento "na idéia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento. Basta, portanto, a prova da ação ou omissão do réu, do dano e da relação de causalidade".[152]

Espelhando-se no tratamento dado aos acidentes do trabalho e levando em conta o perfil constitucional do bem jurídico tutelado – o meio ambiente, direito de todos, inclusive das gerações futuras, de fruição comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e, por isso mesmo, de preservação assegurada[153] – é que o sistema jurídico ambiental adota a modalidade mais rigorosa de responsabilização civil, aquela que, dispensa a prova de culpa.

Também pelas mesmas razões, o Direito Ambiental nacional não aceita as excludentes do fato de terceiro, de culpa concorrente da vítima (que vítima, quando o meio ambiente tem como titular a coletividade?) e do caso fortuito ou força maior, como estudaremos mais abaixo. Se o evento ocorreu *no curso* ou *em razão* de atividade potencialmente degradadora, incumbe ao responsável por ela reparar eventuais danos causados, ressalvada sempre a hipótese de ação regressiva.

14.4 Responsabilidade objetiva e noções vizinhas

O conceito mesmo de responsabilidade civil objetiva é mal trabalhado, nem sempre claramente separado de noções afins, como a presunção de culpa ou a presunção de responsabilidade.[154] Pior, na responsabilização pelo dano ambiental, apesar da letra expressa da lei estabelecer a reparação *independentemente da existência de culpa*, observa-se, aqui e ali, tanto na doutrina especializada, como na jurisprudência brasileira, menção desnecessária (ou simplesmente equivocada) à culpa ou a aspectos que com ela têm estreita relação.

(151) No mesmo sentido, cf. Jorge Alex Nunes Athias, *Responsabilidade civil e meio-ambiente – breve panorama do direito brasileiro*, in Antonio Herman V. Benjamin, *Dano Ambiental ... cit.*, p. 245; Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil,* São Paulo, Malheiros, 1997, p. 142.

(152) Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 73. Segundo Athias, "da mesma forma que a apropriação do bônus decorrente da atividade potencialmente causadora de dano ambiental é feita por quem põe em jogo a atividade, também o ônus que dela venha a decorrer deve ser por ela arcado, sob modalidade do risco integral" (Jorge Alex Nunes Athias, *art. cit.*, p. 246).

(153) Essa a letra expressa do art. 225, *caput*, da CF. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito primário ou fundamental, traz consigo uma série de direitos "decorrentes", "auxiliares" ou "secundários", desdobramentos orientados à realização do interesse maior e que vêm normalmente associados à idéia de preservação e conservação da natureza.

(154) Xavier Thunis, *La protection ... cit.*, p. 94.

Uma tendência, importa dizer, que não é nem recente, nam aparece só na área da responsabilidade civil ambiental. Na primeira metade do século, Agostinho Alvim estranhava que, ainda àquela época, houvesse quem lançasse "mão desse artifício, consistente em descobrir a culpa a todo preço, para fundamentar a responsabilidade, quando isso já não é necessário, uma vez que, para isso, basta apelar para o risco".[155]

14.5 Responsabilidade objetiva no art. 225 da CF

O intérprete menos atento pode estranhar o fato do art. 225 (§ 2.º e 3.º), da CF não ter previsto, expressamente, como o fez ao tratar da atividade nuclear,[156] a imputação objetiva do poluidor. *Três* razões – histórica, técnica legislativa e dogmática – explicam o aparente lapso do legislador constitucional.

Primeiro, historicamente, o programa nuclear brasileiro sempre levantou suspeitas e inquietação na comunidade científica e nos meios políticos, seja pelo seu potencial uso bélico, seja pelo seu desenvolvimento secreto, sem participação pública e transparência, seja pelo fato de ser administrado, direta ou indiretamente, pelos militares. Logo, mantido o monopólio estatal da atividade nuclear na Constituição, necessário, então, para afastar os fantasmas do passado, deixar explícito o mandamento do caráter pacífico (somente será admitida para fins pacíficos), do controle político pelo Congresso Nacional (mediante aprovação do Congresso Nacional) e da responsabilidade civil "independente da existência de culpa" na hipótese de ocorrência dano nuclear. Já o art. 225, é dizer, a proteção ambiental *stricto sensu*, não trazia consigo essa coflituosidade político-militar-institucional, própria da exploração nuclear.

Em segundo lugar, agora sob o prisma da técnica legislativa, enquanto o art. 21, inc. XXIII, é norma isolada, o art. 225 é um verdadeiro microssistema de dispositivos constitucionais (é "Capítulo"), um conjunto de partes interdependentes, onde a leitura de uma exige referência e leva a outra, com integração, inclusive, àquelas que tratam da ordem econômica (art. 170, inc. VI) e da propriedade rural (art. 186, inc. II). Daí que a responsabilidade civil objetiva pelo dano ambiental decorre do próprio texto do art. 225, não precisando ser referida de maneira expressa.

De fato, reconhecendo-se mundialmente que o regime subjetivo não assegura proteção sequer mínima à natureza e estabelecido, na *norma-princípio* ou *matriz*,[157] que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", sendo este "essencial à sadia qualidade de vida", e "impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações", era, sem dúvida, desnecessária qualquer referência ao sistema de responsabilização do poluidor no contexto das *determinações particulares*.[158]

(155) Agostinho Alvim, *Ob. cit.*, p. 271.

(156) "Art. 21. Compete à União: XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa".

(157) A expressão é de José Afonso da Silva, *Ob. cit.*, p. 31.

(158) Novamente, o termo é de José Afonso da Silva, *Ob. cit.*, p. 31.

Inserido em tal estreito e rígido quadro principiológico, o fator de atribuição da responsabilidade civil *só pode ser* – se se quer efetivamente cumprir o mandamento do enunciado maior do *caput* do art. 225 – o objetivo. Aliás, parâmetro esse já previsto no ordenamento jurídico brasileiro à época da elaboração da Constituição (Lei n. 6.938/81). Em síntese, o caráter objetivo é decorrência lógica e necessária do sistema constitucional brasileiro, pela valorização que deu ao meio ambiente (e ao dano ambiental). Só a imputação objetiva viabiliza o comando da Constituição.

Em adição, ajunte-se que, estando o princípio poluidor-pagador albergado pelo art. 225, § 3.º, da CF e sendo estrutural tanto quanto natural a tal princípio a filiação a um regime objetivo de responsabilização civil, sob pena de inviabilzar-se a própria internalização efetiva das *externalidades ambientais* (seu maior objetivo), desnecessário seria ao legislador constitucional dizer mais do que efetivamente disse.

Como lembram, cobertos de razão, Fiorillo & Abelha, com o princípio poluidor-pagador, na forma prevista na Constituição Federal, advêm várias implicações lógicas e necessárias: "a) responsabilidade civil objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente".[159]

Finalmente, o argumento dogmático: o art. 21 usa a expressão "responsabilidade civil" enquanto que o art. 225 faz menção à *reparação*, dois termos que, embora confundidos até na melhor doutrina, não são de forma alguma fungíveis. *Responsabilidade* conduz, naturalmente, à idéia de culpa. Logo, quando se pretenda esse efeito evitar, é de mister agregar a expressão "independentemente da existência de culpa". Diversamente, a expressão *reparação* é a utilizada, comumente, ao se fazer referência àquilo que se chama (imperfeitamente) de responsabilidade civil objetiva.

Rigorosamente falando, quem usa "reparação" em vez de "responsabilidade" já aí expressou a dispensabilidade de culpa, pois, em boa técnica, a obrigação de reparar afirma-se sem comportamento culposo, não havendo razão para acrescentar, pleonasticamente, "independentemente da existência de culpa".[160] Na ausência de culpa, como muito bem alerta Aguiar Dias, "já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de *reparação do dano*".[161]

Veja-se que o art. 37, § 6.º, da CF permite a responsabilização da Administração Pública "pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros", não fazendo qualquer referência ao regime de responsabilidade civil. Nem por isso, a doutrina e a jurisprudência negam a existência, aí, de responsabilidade sem culpa.

(159) Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual ... cit.*, p. 121.

(160) Pelo seu pioneirismo e justificável receio de provocar dúvidas de interpretação, compreende-se que, nesse ponto, a Lei n. 6.938/81 não tenha seguido a melhor técnica, já que fala em "indenizar ou reparar", ajuntando a expressão "independentemente da existência de culpa" (art. 14, § 1.º). Duas imprecisões num só texto. A um, reparação é gênero que inclui a indenização como uma de suas espécies; a dois, porque, já dissemos, reparação é dever que se liga à imputação objetiva.

(161) José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, v. I, 9.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 12.

Em resumo, podemos concluir que certas áreas da conflituosidade humana (relações dos cidadãos com o Estado e seus agentes, atividades perigosas) são modernamente tidas como natural e intrinsecamente de responsabilidade civil objetiva. A regra, então, ao reverso do que se dá no Direito clássico, passa a ser a de que eventual exigência de culpa precisa constar expressamente do texto legal.

Vale dizer, "pelo simples fato de que a Constituição Federal, art. 225, § 3.º não ter estabelecido qualquer critério ou elemento vinculado à *culpa* como determinante para o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente, então a responsabilidade civil daí decorrente é do tipo objetiva".[162]

15. O Nexo causal

Os autores, *nemine discrepante*, reconhecem que, mesmo no Direito tradiconal, não é fácil a determinação do nexo causal.[163] No campo do dano ambiental, todos concordam que a prova do nexo causal é, com frequência, extraordinariamente complicada, quando não impossível, transformando-se em intransponível obstáculo ao direito de reparação das vítimas.[164]

15.1 As várias faces do nexo causal

O dano ambiental, como de resto em outros domínios, pode ser resultado de várias causas *concorrentes*, *simultâneas* ou *sucessivas*, dificilmente tendo uma única e linear fonte. É desafiador relacionar causa e efeito na maioria dos problemas ambientais (efeitos sinergéticos, transporte de poluição a longas distância, efeitos demorados,[165] levando à pulverização da própria idéia de nexo de causalidade). Há unanimidade na doutrina ao reconhecer-se que "os factos da poluição são frequentemente de natureza complexa com efeitos difusos, ocasionando danos distanciados da sua fonte e prolongados no tempo, em concurso porventura com outras fontes poluentes".[166]

É o império da *dispersão do nexo causal,*[167] com o dano podendo ser atribuído a uma multiplicidade de causas, fontes e comportamentos, procurando normalmente o degradador lucrar com o fato de terceiro ou mesmo da própria vítima, com isso exonerando-se. Há certas atividades que, tomadas solitariamente, são até bem inocentes, incapazes de causar, *per se*, prejuízo ambiental. Mas em contato com outros fatores ou substâncias, esses agentes transformam-se, de imediato, em vilões, por um processo de reação em cadeia.[168]

Trata-se de um fenômeno também denominado de "causalidade complexa". Complexidade que advém da interação entre mal funcionamento técnico ou tecnológico, erro humano e procedimentos de segurança inadequados, o que cria enormes dificuldades em termos de causalidade, pois raramente há um único responsável.[169] Mais espe-

(162) Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual ... cit.*, p. 125.

(163) Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 335.

(164) Michel Prieur, *Ob. cit.*, p. 734.

(165) O distanciamento espacial e temporal entre o dano e a conduta que o deu causa complica ainda mais a adequada caracterização do nexo causal (Hugues Périnet-Marquet, *art. cit.*, p. 65).

(166) Manuel Tomé Soares Gomes, *A responsabilidade civil ... cit.*, p. 408.

(167) Xavier Thunis, *Le droit .. cit.*, p. 274.

(168) Xavier Thunis, *La protection ... cit.*, p. 93-94.

(169) Claude Lienhard, *art. cit.*, p. 93-94.

cificamente, podemos asseverar que a danosidade ambiental – como de resto, todo o universo dos chamados danos de exposição massificada (*mass exposure torts*) – apresenta *dois problemas distintos* de causalidade.

Primeiro, é com frequência de difícil determinação ou, pior, indeterminável, qual, entre as tantas possíveis fontes de poluição da mesma substância, causou efetivamente o dano ambiental. Aqui cuida-se da comprovação da "relação causal entre *fonte* e *dano*" (= identificação, entre os vários possíveis agentes, daquele cuja ação ou omissão está em conexão com o dano). O fato de muitas dessas substâncias não serem sequer visíveis ou perceptíveis pelos sentidos comuns, o caráter sorrateiro e inconsciente da exposição e o longo período de latência, tudo contribui para que a identificação do autor seja um objetivo remoto, nem sempre podendo o autor afirmar, com certeza, onde e quando a exposição ocorreu.

Em segundo lugar e bem mais comum, está a questão da determinação da origem do dano ambiental ou dos males que a vítima apresenta. Raramente, só um agente tóxico é a única fonte de um dado dano ambiental ou doença.[170] Aqui, já não se cuida de identificar a substância ou atividade, dentre as várias possíveis, que poderia, em tese, provocar aquele dano. Neste segundo estágio, o que se quer saber é se aquela substância ou atividade particular, previamente identificada, foi mesmo causa efetiva do prejuízo: é a verificação do "nexo causal entre *substância perigosa ou tóxica* e *dano*" (= identificação da *modus operandi* da causação do dano pela conduta do agente).

Complexidade causal essa que não torna menor para o poluidor o dever de reparar os danos causados. A exclusividade, a linealinadade, a proximidade temporal ou física, o concerto prévio, a unicidade de condutas e de resultados, nada disso é pressuposto para o reconhecimento do nexo causal no sistema especial da danosidade contra o meio ambiente, sequer mesmo no regime clássico da responsabilidade civil.

O Direito brasileiro, especialmente após a Constituição Federal de 1988 (é dever de todos ...), não admite qualquer distinção – a não ser no plano do regresso – entre causa principal, causa acessória e concausa. Têm plena razão Nelson Nery Junior e Rosa Maria B. B. de Andrade Nery ao afirmarem que "seja qual for a participação de alguém na causação de um dano, há, para ele, o dever de indenizar", respondendo pela totalidade do dano, ainda que não o tenha causado por inteiro.[171]

Todos sabemos que "uma das maiores dificuldades que se pode ter em ações relativas ao meio ambiente é exatamente determinar de quem partiu efetivamente a emissão que provocou o dano ambiental, máxime quando isso ocorre em grandes complexos industriais onde o número de empresas em atividades é elevado. Não seria razoável que, por não se poder estabelecer com precisão a qual deles cabe a responsabilização isolada, se permitisse que o meio ambiente restasse indene".[172]

15.2 A superação dos obstáculos

A prova do nexo causal no campo ambiental pode ser facilitada de inúme-

(170) David Rosenberg, *The causal connection* in *mass exposure cases: a 'public law' vision of the tort system*, in Land Use & Environmental Law Review, 1985, p. 382.

(171) Nelson Nery Junior e Rosa Maria B. B. de Andrade Nery, *Responsabilidade civil ... cit.*, p. 281, 285 e 286.

(172) Jorge Alex Nunes Athias, *art. cit.*, p. 244.

ras maneiras. Primeiro, com as presunções de causalidade,[173] principalmente levando em conta que, como regra, estamos "na presença de uma atividade perigosa", onde, com maior razão, presume-se *iuris tantum* o nexo.[174] Segundo, com a inversão mais ampla do ônus da prova, uma vez verificada a multiplicidade de potenciais fontes degradadoras e a situação de fragilidade das vítimas. Terceiro, com a previsão de sistemas inovadores de causalidade, como o da a responsabilidade civil alternativa ou baseada em "parcela de mercado" (*market share liability*).

Com a clareza de sempre, José Afonso da Silva leciona que "Nem sempre é fácil determinar ou identificar o responsável. Sendo apenas um *foco emissor*, a identificação é simples. Se houver multiplicidade de focos, já é mais difícil, mas é precisamente por isso que se justifica a regra da *atenuação do relevo do nexo causal*, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade. Disso decorre outro princípio, qual seja o de que à responsabilidade por dano ambiental se aplicam as regras da *solidariedade entre os responsáveis*, podendo a reparação ser exigida de todos e de qualquer um dos responsáveis".[175]

Em complementação a esses esquemas apontados, o Direito Ambiental flexibiliza o rigor das teorias da *causalidade adequada* e da *causalidade imediata* (esta, segundo a doutrina nacional, adotada pelo Código Civil brasileiro), aproximando-se do critério da *equivalência das condições*. Mesmo aqui, considerando-se a complexidade do fenômeno degradador, "a dificuldade surgirá, desde logo, na caracterização do facto como condição *sine qua non* do dano ambiental verificado".[176]

No que se refere à *causalidade alternativa*, o Direito Ambiental também reformula inteiramente o sistema da responsabilidade civil, preconizando a necessidade inafastável de não deixar a vítima e o meio ambiente sem a devida reparação. No tema da causalidade alternativa, a doutrina clássica já aceitava que, havendo a participação de vários sujeitos "em um ato em cuja execução um dos participantes causa um dano", "todos respondem".[177] É a hipótese de Distritos Industriais, onde todas as empresas que lá operam, embora independentes entre si, participam, até pela proximidade física, de uma atividade industrial comum.

16. O dano ambiental

A reparação, salienta Villaça de Azevedo, só é devida quando existe "o dano e nem todo dano se indeniza".[178] Logo, é de mister caracterizar, na perspectiva da proteção do meio ambiente, o que venha a ser dano. Na teoria clássica da responsabilidade civil, o prejuízo, por ser considerado o mais simples dos pressupostos do dever de

(173) Presunções essas que existem, p. ex., na França em matéria de dano nuclear (Gilles Martin, *Responsabilité Civile et Protection ... cit.*, p. 400) e na Alemanha, especificamente para o dano ambiental; cf., também, Ricardo Lorenzetti, *La protección jurídica ... cit.*, p. 4.

(174) Héctor Alegria, *Economía, medio ambiente y mundo financeiro*, in Alberto Jesus Bueres e Aída Kemelmajer de Carlucci (directores), *Ob. cit.*, p. 325.

(175) José Afonso da Silva, *Ob. cit.*, p. 217, grifo no original.

(176) Manuel Tomé Soares Gomes, *A responsabilidade civil ... cit.*, p. 408.

(177) Orlando Gomes, *Ob. cit.*, p. 337.

(178) Álvaro Villaça de Azevedo, *Teoria Geral das Obrigações*, 5.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 256.

indenizar, pouca atenção merecia. Diante das dificuldades técnicas e teóricas trazidas pela danosidade ambiental, hoje a situação é exatamente a oposta: superada a questão da culpa, com a adoção do regime objetivo, é sobre o nexo de causalidade, de há muito considerado desafiador, e sobre as perdas e danos que mais tinta se tem derramado.

Em outro local afirmamos: "O dano ambiental é uma realidade – uma terrível realidade, poderíamos dizer – no mundo moderno, fruto proibido e inevitável da era tecnológica.[179] No entanto, apesar de ser tão palpável e próximo do cotidiano do ser humano, tal tipo de lesão é de difícil configuração teórica e prática".[180]

Mas, para o Direito o que é *dano ambiental*? Da percepção jurídica do que seja *meio ambiente* – termo que, como é curial, na sua origem não é jurídica – surge a noção (limites) de dano ambiental. Preliminar, pois, ao entendimento de um é a qualificação jurídica do outro.[181] É o que veremos a seguir.

16.1 Meio ambiente: questão conceitual preambular

As várias disciplinas do conhecimento organizam-se em torno de noção básicas. O Direito Ambiental, que "tem sua própria terminologia",[182] retira da expressão *meio ambiente* a estrutura que lhe serve de sustentação.

Qual é o sentido, então, de meio ambiente? Tal termo pertence a uma dessas categorias cuja caracterização é mais fácil de intuir do que de definir, tão grande a riqueza do seu conteúdo, ainda muito pouco explorado pelo Direito, e as dificuldades de classificação jurídica adequada.[183]

Felizmente, a Lei n. 6.938/81 traz definição legal, recusando-se a aceitar a máxima *omnis definitio in iura civile periculosa est*: meio ambiente é *o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*.[184]

Apropriado observar que, no Direito brasileiro, a noção *substancial*, tanto constitucional como legal, de meio ambiente coincide com sua congênere *processual*: bem de uso comum do povo (= de fruição geral), logo suscetível de defesa por qualquer do povo, de maneira isolada (ação popular ambiental) ou organizada coletivamente (ação civil pública). Vendo o lado material da moeda e certamente com os olhos postos na Constituição, *Édis Milaré*, em boa escrita, observa que o meio ambiente "é um bem público, de uso comum de todo povo. Não pertence ele a ninguém em particular, mas pertence a *todos*, toda a coletividade tem interesse em preservá-lo".[185]

A Constituição Federal evitou a concepção estatizante de meio ambiente, ao vinculá-lo a todos os cidadãos e não ao Estado apenas, inclusive para fins de implementação. Tanto no plano substantivo, como formal, o Estado não

(179) Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños ... cit.*, p. 139.

(180) Antônio Herman V. Benjamin, *Objetivos ... cit.*.

(181) No mesmo sentido, Paulo de Bessa Antunes, *Ob. cit.*, p. 119.

(182) Ricardo Lorenzetti, *La protección jurídica ... cit.*, p. 2.

(183) Adalberto Albamonte, *Danni all'ambiente e responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 1989, p. 8.

(184) Art. 3.º, inc. I.

(185) Édis Milaré, *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 27.

tem a exclusividade (= monopólio) de proteção do ambiente. Limita-se a Constituição a estatuir de maneira expressa, mas não taxativa, as atribuições mais essenciais (ou urgentes) do Poder Público (art. 225, § 1.º), deixando aos particulares, como contrapartida do direito que lhes outorga, um dever *genérico* de tutela e resguardo (art. 225, *caput*), além de devere-derivados, mais específicos para os degradadores (art. 225, §§ 2.º e 3.º).

Meio ambiente não se confunde com *recursos naturais*, também termo que é delimitado na própria Lei n. 6.938/81: são *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.*[186]

16.2 Conceito e classificação do dano ambiental

Como acentua Manuela Flores, "o dano ambiental ter-se-á dado inicialmente a conhecer através do homem vítima, na sua saúde, nos seus bens. Porém, evidenciam-se, cada vez mais, danos no próprio ambiente".[187]

A lei brasileira não conceitua *dano ambiental* como tal, mas diz o que é *degradação da qualidade ambiental* (a alteração adversa das características do meio ambiente)[188] e *poluição* – "a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".[189]

Do texto da lei, bem se vê que o conceito normativo de meio ambiente é teleologicamente *biocêntrico* (permite, abriga e rege a *vida* em *todas* as sua formas),[190] mas ontologicamente *ecocêntrico* (o *conjunto* de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica),[191] Um grande avanço, sem dúvida, indo ao oposto da visão estritamente economicista (antropocêntrica) que caracterizou toda a história do Direito nacional.

Já a noção de poluição (a patologia) é um misto do pensamento *antropocêntrico* ("prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população", "criem condições adversas às atividades sociais e econômicas", "afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente")[192] e *ecocêntrico* ("afetem desfavoravelmente a biota" e "lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos").[193]

A partir das premissas legais, podemos, genericamente, conceituar dano ambiental como *a alteração, deterioração ou destruição, parcial ou total, de quaisquer dos recursos naturais, afetando adversamente o homem e/ou a natureza.* Nem precisa dizer que "no conceito, somente se incluem as alterações negativas, pois não há dano se as condições foram alteradas para melhor".[194] Mas, por outro lado, a noção de "alteração adversa das características

(186) Art. 3.º, inc. V.

(187) Manuela Flores, *Responsabilidade civil ... cit.*, p. 377.

(188) Art. 3.º, inc. II.

(189) Art. 3.º, inc. III.

(190) Art. 3.º, inc. I, grifo nosso.

(191) Art. 3.º, inc. I, grifo nosso.

(192) Art. 3.º, inc. III, alíneas *a*, *b* e *d*.

(193) Art. 3.º, inc. III, alíneas *c* e *e*.

(194) Paulo de Bessa Antunes, *Ob. cit.*, p. 119.

do meio ambiente"[195] é complexa: nem sempre o que é *melhoramento* na perspectiva do leigo tem o mesmo valor na ótica dos ecossistemas[196] e dos especialistas. Tome-se o exemplo das restingas na zona costeira que, na construção de condomínios de luxo, são substituídas por projetos paisagísticos requintados – tudo muito elegante, canteiros arrumados, poucas espécies e várias delas exóticas, flores e lagos por toda parte. Alguns (os empreendedores, com certeza!) dirão que se trata de manutenção de espaços verdes, até mais formosos e harmônicos. No entanto, o meio ambiente (a restinga), na sua riqueza e diversidade biológica, está inteiramente descaracterizado. O mesmo raciocínio aplica-se ao aterramento de manguezais e assim por diante. O embelezamento, pelos padrões do ser humano, muitas vezes tem efeitos negativos dramáticos no meio ambiente. Por conseguinte, o dano ambiental pode existir mesmo onde, no entendimento do cidadão comum, apenas se seu deu melhorias na qualidade ambiental.

O prejuízo ambiental é uma realidade multifária, sendo boa parte de sua noção jurídica somente um desdobramento do conceito tradicional e genérico de dano. Um outro segmento, contudo, é de construção recente, consequência lógica do reconhecimento, até constitucional, do meio ambiente como novo bem jurídico *autônomo* a ser protegido.

Naquele primeiro caso, temos o dano ambiental na sua perspectiva humana, isto é, nada mais é do que um prejuízo pessoal ou patrimonial sofrido pela via do ataque ao meio ambiente. Aqui, o bem jurídico tutelado é um daqueles aos quais o ordenamento jurídico, desde seus primórdios, vem assegurando tutela: a integridade humana e o patrimônio. Essa concepção antropocêntrica de prejuízo é "redutora, pois esquece-se que, além dos danos nas pessoas e nos seus bens, existem danos ecológicos puros causados na natureza sem repercussão imediata e aparente nas actividades humanas".[197]

Na segunda hipótese, o dano opera e estabelece a preponderância dos seus efeitos (pelo menos os efeitos diretos), no próprio meio ambiente, como realidade autônoma dos valores ortodoxos associados à saúde e ao patrimônio. Lá, temos o *dano ambiental pessoal*; aqui, deparamo-nos com o *dano ecológico*, *dano à natureza* ou *dano ambiental stricto sensu*.

Claro que as duas versões da danosidade ambiental nem sempre estão apartadas de maneira tão cristalina. Dano ambiental que afeta o patrimônio e a integridade do ser humano também traz consigo um efeito negativo sobre a própria natureza. O inverso é que nem sempre é verdadeiro, pois hipóteses há em que o dano ambiental apresenta reflexos (diretos) apenas na natureza, sem incomodar direta e de maneira perceptível o bem-estar imediato das pessoas. Fica, pois, mais ou menos isolado da realidade patrimonial e sanitária individual típica da danosidade ortodoxa.

O certo é que, no Direito deste fim-de-século, a natureza e os ataques contra ela perpetrados já não são apêndices do universo da danosidade contra o homem – seu patrimônio ou integridade. Estamos no processo de consolidação de um mais

(195) Lei n. 6.938/81, art. 3.º, inc. II.

(196) Por isso mesmo, a Constituição Federal fala em "meio ambiente ecologicamente equilibrado" (art. 225, *caput*, grifo meu), querendo com isso significar que o conceito de "equilíbrio ambiental" é biológico e não cultural.

(197) Manuela Flores, *Responsabilidade civil ... cit.*, p. 377.

sofisticado paradigma de dano, conjurando "o perigo das visões redutoras, seja de índole economicista, que reconduzem o valor ambiental a uma mera expressão patrimonial, seja de cariz puramente ética que o circunscrevem a uma simples dimensão moral".[198]

O desaparecimento da Ararinha-Azul, nos grotões da Mata Atlântica do Estado da Bahia, a contaminação de um lençol freático por mercúrio em local de difícil acesso e desabitado da Amazônia ou a manutenção em cativeiro de um mico-leão-dourado caracterizam-se como dano ambiental, apesar de sua dimensão bem afastada da realidade dos valores jurídicos convencionais, a integridade, a liberdade e o patrimônio humanos.

Ainda cabe lembrar que o *dano ambiental pessoal* (não o ecológico), pode se mostrar como prejuízo individual, individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* e difuso, conforme já escrevi alhures. Assim, p. ex., uma atividade poluidora pode causar danos à massa difusa dos habitantes de toda uma região (chuva ácida afetando a biodiversidade local e a pintura das casas), ao meio ambiente do trabalho (atingindo os trabalhadores da empresa emissora, todos filiados ao mesmo sindicato local) e a indivíduos particularizados (diminuição da produção leiteira ou degradação do patrimônio imobiliário dos vizinhos da fonte poluidora). Para uma mesma ação (ou "fato ambiental"), várias modalidades de danos, cada uma delas a ensejar diverso dever de reparação.[199]

Além de dar as boas-vindas aos valores naturais, independentemente de considerações maiores com as pessoas, o conceito de dano, em si mesmo, precisa ser revisto. Assim, o que seria o *dano emergente* (*damnum emergens*, isto é, diminuição do patrimônio) e o lucro cessante (*lucrum cessans*, ou seja, a frustação de ganho futuro) numa perspectiva ecológica? Como se caracterizaria o *dano direto* (consequência imediata da ação ou omissão) e o *dano indireto* (consequência de circunstâncias supervenientes que agravam o dano direto)?

No regime comum, como regra (mas há exceções), do dano indireto não surge o dever de reparar. Contudo, diante da complexidade do dano ambiental, nem sempre é possível distinguir o dano direto do indireto, levando, pois, no caso de dúvida, à sua reparação. O dano ecológico envolve tanto elementos patrimoniais como extrapatrimoniais, podendo-se falar, sem dúvida, em *dano ecológico moral*, plenamente compensável, aliás hoje albergado no nosso Direito.[200]

De tudo o que dissemos, percebe-se que que os *danos ambientais* são gênero, nos quais vamos localizar *danos pessoais* (patrimoniais e morais) e *eco-*

(198) Manuel Tomé Soares Gomes, *A responsabilidade civil ... cit.*, p. 410.

(199) Antônio Herman V. Benjamin, *A insurreição da Aldeia Global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*, in Édis Milaré (coordenador), *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 97.

(200) A pedido do então Secretário Nacional de Direito Econômico, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, fiz revisão ao texto da Medida Provisória que deu origem à Lei n. 8.884/94 (Lei Antitrust). Na oportunidade, redigi emenda alterando a Lei n. 7.347/85, nela incluindo, explicitamente, no seu art. 1.º, *caput*, a possibilidade de cobrança de danos morais (na hipótese, supraidividuais, pois é desse tipo de interesse que a lei trata). Cf. o art. 88, da Lei n. 8.884/94.

lógicos (também conhecidos por ambientais *stricto sensu*, ecológicos puros ou contra a natureza), podendo ser assim classificados:

DANO AMBIENTAL
- a) pessoal
  - a.1 patrimonial (ou material)
  - a.2 moral (ou imaterial)
- b) ecológico[201]

Sendo tão vasto, dinâmico e flexível, o conceito de dano ambiental abrange, inclusive, o agravamento de situações anteriores de danosidade. A preexistência de degradação ambiental não exclui o dever de reparar o dano causado. Não é só o meio ambiente intocável que tem sobre si a mão protetora do Direito. Se assim fosse, somente Robson Crusué seria destinatário da norma ambiental. O meio ambiente já transformado pela intervenção humana (e qual não foi ainda, mesmo nos recantos mais remotos do mundo?), mesmo que grave a degradação, é passível de salvaguarda, pois o que a lei pretende com sua intervenção contra o degradador, qualquer que ele seja, é recumperar o meio ambiente lesado. Diante da flexibilidade conceitual demonstrada pelo legislador, o "espectro legal é virtualmente ilimitado, protegendo o meio-ambiente de lesões materiais e imateriais".[202] Conseqüentemente, alguém que emite poluentes em região fortemente industrial e poluída, ou explora madeira em floresta já desbastada, ou aterra mangue já descaracterizado, causa dano ambiental e por ele deve responder, só que agora de forma solidária com os que o antecederam.

17. Conclusões

A danosidade ambiental nos furta a paz de espírito como condôminos-planetários. Transporta-nos, de imediato, à dimensão das imagens catastróficas, de prejuízos de grande magnitude, às vezes por agregação e efeito cumulativo, que afetam a generalidade da coletividade. A todos impõe sacrifícios incalculáveis e de longa gestação. Tem origem incerta, vindo não se sabe de onde, sendo mesmo cria a qual se nega, impreterivelmente, paternidade ou maternidade.

Compreensível que evoque no ser humano uma apreensão sem limite, o medo que é normal quando estamos diante do desconhecido universo dos riscos que nos cercam. Como cidadãos comuns (= profanos), nada vemos, nada ouvimos, nada conhecemos, não podemos sequer apontar ou descrever a fisionomia básica daquilo que nos amedronta. Por mais que queiramos parecer bem informados ou atentos, somos normalmente apanhados desprevenidos, incapazes de receber sinais que nos alertem sobre sua proximidade, dando-nos quiça a oportunidade de impedir que plante nos nossos corpos e no meio ambiente as sementes de males futuros e irreversíveis, só tardiamente revelados.

Um fantasma que não sabemos como combater. São riscos anônimos, por vezes causados por indivíduos anônimos, tendo também vítimas anônimas. Essa a regra do dano ambiental, embora nem sempre seja assim, pois há uma multitude

(201) Também chamado de *dano ecológico puro*, *dano ecológico per se* ou *dano contra a natureza*.

(202) Adalberto Pasqualotto, *art. cit.*, p. 453.

USO EXCLUSIVO DO AUTOR

de ataques ao meio ambiente que não se encaixam na categoria da danosidade de massa.[203]

Já era hora mesmo da responsabilidade civil acordar para tão extraordinária faceta da vida em sociedade.

USO EXCLUSIVO STJ

(203) Robert L. Rabin, *art. cit.*, p. 28, 32 e 34.