

IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL

**MINERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL E PATRIMÔNIO HISTÓRICO-
CULTURAL E LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

JOSÉ CLAUDIO JUNQUEIRA RIBEIRO

ROMEU FARIA THOMÉ DA SILVA

M664

Mineração e desenvolvimento sustentável e patrimônio histórico-cultural e licenciamento ambiental [Recurso eletrônico on-line] organização Escola Superior Dom Helder;

Coordenadores: José Claudio Junqueira Ribeiro, Romeu Faria Thomé da Silva – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-280-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Sustentabilidade, Ambientalismo de Mercado e Geopolítica.

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Mineração. 3. Desenvolvimento sustentável. 4. Patrimônio histórico-cultural 5. Licenciamento ambiental. I. Congresso Internacional de Direito Ambiental (4:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Dom Helder

ESCOLA DE DIREITO

IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL MINERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Apresentação

A Coordenação dos Grupos de Trabalho “Mineração e Desenvolvimento Sustentável” e “Patrimônio histórico-cultural e Licenciamento Ambiental” sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates realizados no âmbito do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental.

O evento, realizado em Belo Horizonte/MG, desenvolveu suas atividades na Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, no período de 21 a 23 de setembro de 2016.

A Dom Helder vem se consolidando ao longo dos últimos anos como um polo de pesquisa, ensino e extensão em Direito Ambiental, apresentando como um de seus principais eventos o Congresso Internacional de Direito Ambiental, oportunidade em que se reúnem na Instituição renomados pesquisadores e juristas nacionais e estrangeiros para trocar experiências e informações relacionadas à gestão do meio ambiente e propor o aprimoramento das normas ambientais em vigor.

As normas jurídicas, já utilizadas como instrumentos vocacionados ao crescimento econômico, devem ser compreendidas, a partir da constitucionalização da proteção do meio ambiente, como instrumentos de viabilização do desenvolvimento econômico sustentável.

A construção do conhecimento, paulatinamente, estrutura-se pelo esforço de docentes, doutorandos e mestrandos, que desenvolvem a pesquisa jurídica de maneira independente e comprometida. Nessa perspectiva, os onze artigos apresentam análise interdisciplinar de temas contemporâneos e, desse modo, efetiva contribuem para a evolução e consolidação de diversos institutos jurídicos.

A contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes dos Grupos de Trabalho “Mineração e Desenvolvimento Sustentável” e “Patrimônio histórico-cultural e Licenciamento Ambiental” é, sem dúvida, essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática. Gostaríamos de, mais uma vez, tecer sinceros agradecimentos aos autores e, ainda, registrar

nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos agora publicados, na expectativa de que o elo direito, economia e desenvolvimento sustentável se fortifique. Convidamos, por fim, a todos, para uma profícua leitura.

Professor Doutor Romeu Faria Thomé da Silva – DOM HELDER

Professor Doutor José Cláudio Junqueira Ribeiro– DOM HELDER

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO ESTADO PELA OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO DAS MINERADORAS

CIVIL ENVIRONMENTAL LIABILITY OF THE STATE FOR FAILURE IN CONTROL OF MINING

Elcio Nacur Rezende ¹
Victor Vartuli Cordeiro e Silva ²

Resumo

A mineração é uma atividade reconhecidamente de risco pela Constituição Federal, razão pela qual se necessita uma postura assertiva da administração pública em sua fiscalização. Entretanto o Estado por diversas vezes não cumpri com sua obrigação de defender o meio ambiente. O presente trabalho analisa as formas de responsabilização civil do Ente Público em caso de omissão na fiscalização das mineradoras. Conclui-se pela adoção da responsabilidade objetiva, em detrimento da subjetiva, bem como pela necessidade de intervenção do Poder Judiciário na proteção ambiental quando os Poderes Executivo e/ou Legislativo não cumprirem com a obrigação Constitucional de defendê-lo.

Palavras-chave: Mineração, Responsabilidade civil, Omissão do estado

Abstract/Resumen/Résumé

Mining is a risk activity admittedly by the federal constitution, which requires an assertive public administration approach in its supervision. However the State several times not fulfill its obligation to defend the environment. In this way this study analyzes the ways of Public Entity's civil liability in case of failure in the supervision of mining. It follows the adoption of strict liability, rather than subjective, as well as the need for the judiciary intervention in environmental protection when the executive and/or the legislature does not comply with the constitutional obligation to defend it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mining, Civil responsibility, State's omission

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais (Brasil). E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br.

² Procurador Legislativo na Câmara Municipal de Ouro Branco. Mestrando em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente. victorvartuli@gmail.com.

1. Introdução

A Constituição Federal especificou em seu artigo 225 o direito de todos a um “[...] meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Caracterizando-o como um direito fundamental de 3ª geração.

Já no § 2º desse mesmo artigo reconhecendo as características degradadoras da exploração mineral responsabilizou o seu empreendedor pela reparação do dano causado por sua atividade.

Diante desse forte viés de degradador do meio ambiente a atividade mineraria necessita de uma maior atenção do Estado em sua fiscalização.

Contudo isso nem sempre ocorre, por vezes podemos conectar a ineficiência da administração pública a um dano ambiental ocasionado pelas mineradoras.

A partir dessa constatação se faz necessário procurar formas de obrigar o Poder Público a agir, encontrando no instituto da responsabilidade civil grande ajuda para forçar essa ação.

Entretanto a forma de responsabilização civil do Ente Estatal por omissão não é pacífica, se deparando com divergências sobre se o correto seria a aplicação da responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Essa celeuma serve de base para o presente trabalho, que ao final irá concluir pela aplicação de uma em detrimento da outra, mas antes irá revelar a importância da mineração no Brasil bem como a evolução da responsabilidade civil e as nuances da sua parte ambiental.

Irá ser utilizado o método dedutivo no que diz respeito à pesquisa bibliográfica e análise doutrinária, com conclusões objetivas acerca da responsabilidade civil ambiental do Estado pela omissão na fiscalização das mineradoras.

2. A Mineração e o Estado.

A evolução histórica do Brasil está por vezes entrelaçada com a exploração mineral, pois foi na esperança de encontrar pedras preciosas que os paulistas no século XVII se lançaram rumo às entranhas do território nacional.

Bem como na corrida do ouro que gerou o primeiro grande fluxo imigratório para o Brasil, com a chegada de cerca de 600 mil pessoas nos primeiros sessenta anos do século XVIII. (LINS; LOUREIRO; ALBUQUERQUE; 2000, p.26)

Diante dessa importância os recursos minerais sempre foram tratados com atenção por aqueles que governaram o país, e sua propriedade tornou-se assunto estratégico.

Tendo a propriedade dos direitos minerais passado por quatro diferentes sistemas, iniciando pelo regaliano em que a propriedade era da Coroa Portuguesa, passando para o sistema dominial no qual era o Estado que detinha a propriedade e não mais o Imperador, posteriormente veio o sistema fundiário em que toda matéria mineral pertencia ao proprietário do solo, chegando por fim ao sistema de concessão instaurado em 1934 e é aquele em que nos encontramos hoje. (BARBOSA, 1994, p.68)

No atual sistema se tem novamente a separação da propriedade do solo da dos recursos minerais, uma vez que esses agora são de propriedade da União conforme especifica o artigo 20 da Constituição Federal de 1988 que estabelece em seu inciso IX como bens da União “os recursos minerais, inclusive os do subsolo” regulamentando a exploração mineral em seu artigo 176 que assim dispõe:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. [...]

“Aqui a [...] Constituição inovou consagrando a propriedade da União sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, sendo, no entanto, garantida ao minerador a propriedade sobre os resultados da lavra.” (BARBOSA, 1994, p.71)

A Constituição determinou ainda a responsabilidade comum das três esferas de governo em fiscalizar a atividade mineraria e garantiu aos Estados, Distrito Federal e Municípios compensação financeira pela exploração mineral realizada em seus territórios.

Já o decreto lei 227 de 1967, Código de Mineração, determinou em seu artigo 88 a competência do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para fiscalizar “[...] todas as atividades concernentes à mineração, comércio e à industrialização de matérias-primas minerais [...]”.

Contudo apesar de sua relevância econômica “as atividades de extração mineral são degradadoras por excelência, motivo pelo qual devem ser exercidas dentro dos mais rigorosos critérios técnicos.”(MILARÉ, 2007, p.235)

E essa característica não passou despercebida pelo legislador constituinte que fez constar no §2º do artigo 225 da Constituição o dever de recuperar o meio ambiente, daquele que explorar os recursos minerais.

Ainda a lei nº7. 805 de 1989 que criou o regime de permissão de lavra garimpeira estabeleceu em seu artigo 15 que “cabe ao Poder Público favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativas, devendo promover o controle, a segurança, a higiene, a proteção ao meio ambiente na área explorada e a prática de melhores processos de extração e tratamento”.

Com a clareza da obrigação estatal em fiscalizar a atividade mineira, devemos analisar se incumbe também a Administração Pública o dever de reparar um dano ambiental decorrente da atividade mineraria, que tenha entre suas causas a falta ou ineficiência da fiscalização da qual é incumbida.

3. Responsabilidade Civil

Responsabilidade Civil em linhas gerais seria a obrigação do causador de um dano a repará-lo, preferencialmente retornando o bem avariado ao seu *statu quo ante* e em não sendo possível com compensação financeira auferida pela análise da extensão do dano.

Mas não se pode deixar de entender que responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamento dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundu mius*. (STOCO, 2007, p.112)

Em momento primitivo de nossa sociedade, tínhamos inicialmente a vingança como forma de reação contra condutas lesivas, evoluindo para a lei de talião marcada pela passagem bíblica “olho por olho dente por dente”, após a superação dessas formas de autotutela é que nos deparamos com a forma moderna pela qual entendemos a responsabilidade civil, no dever de se restituir ao ofendido uma soma em pecúnia como forma de punir o ofensor. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 54)

Farias, Rosenvald e Netto (2016) defendem que a responsabilidade civil estaria calcada em quatro princípios, o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, o da prevenção e o da reparação integral.

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana quando tratamos de responsabilidade civil nos leva a ponderar aspectos éticos como da responsabilidade médica na relação com pacientes, tal como no momento de sopesar os chamados “novos danos” e no bom emprego do preceito da proporcionalidade na aferição do quantum a reparar frente à ocorrência de danos injustos. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 pp.42-43)

O princípio da solidariedade penetra decisivamente no direito de danos para promover um giro copernicano na matéria. [...] Assim, o foco da responsabilidade civil é deslocado da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido. Ao invés de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando-se a moral de sua conduta –, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos, mesmo que este não tenha violado um dever de conduta (teoria objetiva), mas simplesmente pela potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar [...]. A solidariedade determinará ainda a edificação de um conceito de causalidade normativo, no qual, independentemente da capacidade do ofendido de provar o liame natural entre o fato do agente e a lesão, a responsabilidade surgirá pelo apelo à necessidade de se conceder uma reparação. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 45).

Já o princípio da prevenção, deve ser visto como um desdobramento da responsabilidade civil, pois o propenso causador de um dano na certeza da sanção de sua conduta a deixaria de praticar. “A ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção” (STOCO, 2007, p.114), as pessoas devem guardar em suas relações um dever objetivo de cuidado.

“O princípio da reparação integral possui por finalidade repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo [...]” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 49).

Esse princípio está contido em nosso ordenamento jurídico no artigo 944 do Código Civil que diz que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

A responsabilidade civil pode ser dividida entre contratual e extracontratual, a primeira pela obviedade do nome é o dever de indenizar os prejuízos advindos de uma estipulação contratual parcial ou totalmente não cumprida, ou de forma adversa do que foi pactuado, é o que estabelece o artigo 389 do *codex* civilista (ALBERGARIA, 2009, p. 122).

“A responsabilidade extracontratual deriva da infração do princípio geral do *neminem laedere* [...], pois quem desempenha uma atividade deve suportar-lhe os riscos e

perigos, as vantagens e as desvantagens (*ubi commoda, ibi incommoda*)[...]” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p.23)

3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

Para a caracterização da responsabilidade civil na sua modalidade subjetiva é necessária à existência de quatro fatores, o cometimento de um ato ilícito, a ocorrência de culpa em seu sentido amplo, o dano material ou moral e o nexos causal entre a conduta e a lesão.

Depende da prática de um ato ilícito e, portanto, antijurídico, cometido conscientemente, dirigido a um fim, ou orientado por comportamento irrefletido, mas informado pela desídia, pelo aodamento ou pela inabilidade técnica, desde que conduza a um resultado danoso no plano material ou imaterial ou moral. (STOCO, 2007, p.117)

Para a responsabilidade civil subjetiva a culpa é componente basilar para se gerar o dever de reparação, pois o fato ilícito somente toma forma se for cometido em contrariedade à lei sendo que essa conduta deve ser culposa, ou seja, mediante dolo ou culpa em sentido estrito.(STOCO, 2007, p.131)

A culpa é elemento nuclear da responsabilidade civil e justificativa filosófica da teoria subjetiva. Ela ocupa papel nevrálgico na etimologia do ilícito, pois quando a ele fazemos alusão, sempre estarão compreendidos os modelos da culpa e do dolo. Com base em tal imbricação, a responsabilidade civil sempre foi uma responsabilidade subjetiva. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 190)

É esta a teoria adotada nas relações do direito privado regulamentadas pelo Código Civil que determina em seu artigo 927 que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, conceitua ainda como ato ilícito “[...] a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência [...]” que “[...] violar direito e causar dano a outrem [...]” bem como aquele que exerce um direito fora dos limites aceitáveis pela sociedade.

3.2 Responsabilidade Civil Objetiva

Entretanto com o surgimento de uma sociedade mais dinâmica tanto na forma como os indivíduos se comportam em seu âmago, tal como na forma que se inter-relacionam uns com os outros e com o ambiente que os cerca, se tornou necessário o abandono, mesmo que parcial, da teoria subjetivista e a adoção do risco como preceito da responsabilização civil.

Uma vez que “a prova quanto à culpa do ofensor se mostrava um potente filtro de contenção de demandas reparatórias, impedindo o acesso à justiça” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 453)

Portanto é no risco que está fundamentada a responsabilidade civil objetiva, pois se tornou “[...] em si mesmo, perigoso, em nossos dias, viver e conviver. E se todos somos coletivamente culpados pela adesão emprestada a esse estilo de vida, que legitimamos com o nome do progresso, tornamo-nos também coletivamente responsáveis” (DE PASSOS, 2003; apud STOCO, 2007, p.159).

Assim sendo a responsabilidade civil objetiva prescinde de culpa, precisando somente comprovar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre a lesão e o fato que a gerou, que agora não necessita ser um ilícito.

A adoção da teoria objetiva da maior ênfase a outra das funções da responsabilidade civil que é a de evitar a ocorrência do dano, passa-se então a responsabilizar pela criação de danos em potencial.

Assumindo-se o risco, esse pode tornar-se um evento de consequências irreversíveis para a vida humana e para a natureza. Não pode ser considerado adequado que se espere a ocorrência do dano para que sejam geradas as provas necessárias sobre o risco, assumindo-se, a partir daí, a responsabilidade de evitar “novos” danos. (DE SOUZA; HARTMANN; DA SILVEIRA; 2015 p.352)

O nosso Código Civil adota a teoria objetiva como exceção, prevendo o parágrafo único de seu artigo 927 que somente nos casos previstos em lei ou quando a atividade exercida pelo causador do dano por sua própria natureza acarretar riscos para os demais é que se aplicará a responsabilidade civil objetiva.

3.3 Responsabilidade Civil Ambiental

A responsabilidade civil ambiental é um dos casos no qual a lei determina a adoção da teoria objetiva para a reparação do dano, temos essa previsão no artigo 14 § 1º da lei 6.938 de 1981 que estabelece a política nacional do meio ambiente.

Tal parágrafo prevê que “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. [...]”.

A responsabilidade por danos causados ao meio ambiente também é tratada no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal que dispõe 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.”

A escolha da modalidade objetiva para a responsabilização pelo dano ambiental se justifica pela importância do bem tutelado e diante de suas características morfológicas que tornam em regra impossível o retorno ao estado anterior ao dano, bem como a posição de fragilidade do meio ambiente frente ao desenvolvimento econômico capitalista, dessa forma se tornou necessária a adoção da teoria que lhe daria a proteção mais eficaz.

Pois como nos ensina Rui Stoco (2007, p.879):

A proteção ambiental visa à preservação da natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar

Na análise dos princípios norteadores do Direito Ambiental em se tratando de responsabilidade civil, merece destaque o princípio do poluidor-pagador.

Esse princípio tem como finalidade a internalização dos custos resultantes de um dano ambiental por aquele que o ocasionou, uma vez que aquele que se beneficia do exercício de certa atividade deve também se responsabilizar pela reparação do meio ambiente.

Entretanto é importante frisar que ao contrário do que possa parecer tal princípio não autoriza que se proceda com a poluição através de uma quantificação monetária prévia do bem ambiental, tem sim como pressuposto evitar-se o dano não permitindo que os custos de reparação sejam externalizados para toda a sociedade. (MILARÉ, 2007, pp. 770-771)

Outro princípio que merece ser ressaltado é o princípio da prevenção, tendo em vista a irreparabilidade do dano ambiental, devemos nos valer da velha máxima “é melhor prevenir do que remediar”.

“Na prática, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através da imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras” (MILARÉ, 2007, p. 767).

Ao analisarmos ambos os princípios percebemos que a proteção ambiental deve partir da premissa de que não se pode deixar que o dano ocorra, de que devemos diante da incerteza optar por defender o meio ambiente.

“Nesse sentido, é necessário acreditar que o risco pode ocorrer e não esperar que ele ocorra, pois isso pode significar irreversibilidade do dano causado. Quando o assunto envolve

riscos, não é possível testar se a previsão dos cientistas está correta.”(DE SOUZA; HARTMANN; DA SILVEIRA; 2015 p.352)

A responsabilidade civil objetiva é baseada no risco existindo em matéria ambiental a celeuma jurídica de qual teoria teria sido adotada pelo Direito, sendo que as duas que concentram os maiores esforços são a do risco criado e a do risco integral.

Para a teoria do risco criado basta que se demonstre a “[...] relação de causalidade entre o risco de uma atividade e o dano injusto, ou seja, independentemente da obtenção de qualquer proveito, basta perquirir se em seu exercício e desenvolvimento a atividade criou um risco para terceiros” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 479)

Caso se adote essa teoria ocorrendo um dano existirá a presunção da causalidade entre os riscos da atividade desempenhada com a lesão. Entretanto será admitido que o suposto lesante prove que o dano não está conectado com o exercício de sua atividade, admitindo, portanto as excludentes de responsabilidade (BEDRAN; MAYER; 2013, p.54).

Sendo exatamente as excludentes de responsabilidade o maior ponto de confronto entre as duas teorias, uma vez que com a aplicação do risco integral “[...] a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligados: trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 503)

Dessa forma a teoria do risco integral se caracteriza pelo dever de indenizar pela mera ocorrência do dano sem se importar que o mesmo tenha como fato gerador culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Sendo essa a teoria adotada pelo Superior Tribunal de Justiça como podemos depreender do seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; [...] (REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS

4. Responsabilidade Civil do Estado pela omissão na fiscalização das Mineradoras.

O artigo 225 da Constituição garantiu como direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado e imbuíu o Poder Público juntamente com a coletividade no dever de protegê-lo.

Infelizmente por vezes é o próprio Estado o causador dos danos, seja direta ou indiretamente, nessas situações deve também ser responsabilizado a reparar o meio ambiente. “Insiste-se também reiteradamente no alcance do princípio da legalidade. Se o cidadão deve submeter-se às leis gerais emanadas de órgãos legiferantes, a administração não pode eximir-se à sua observância [...]” (CANOTILHO, 1974, p.46).

Tal responsabilização pode ser comissiva que parte de uma ação, ou omissiva que implica em um não fazer.

Já “a causa do dano ora é ilícita, ou seja, proibida por norma jurídica que, de modo direto ou indireto, tutela um sujeito, ora é lícita” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 105).

4.1 Responsabilidade Comissiva do Estado

O artigo 37 §6º da Carta Magna determina que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]”.

Portanto quando da ação do Estado ou de seus prepostos ocorrer um dano, a responsabilidade será objetiva, sendo ela uma “[...] norma autolimitadora da soberania do Estado, reconhecendo a hipossuficiência do cidadão perante o poder do Estado” (STOCO, 2007, p.1006).

Na responsabilização civil do Poder Público é adotada a teoria do risco administrativo na qual a lesão suportada pelo indivíduo deve advir do exercício das atividades estatais, sem se levar em conta se lícita ou ilícita, importando apenas o nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente público (STOCO, 2007, p.1005).

Entretanto o Estado ficará livre da culpa se conseguir quebrar o nexo causal entre o dano e sua ação ou omissão, logo são aceitas as excludentes de responsabilidades como culpa exclusiva da vítima e no caso fortuito ou de força maior. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2016 p. 604).

Segundo José Cretella Júnior o princípio basilar da teoria do risco administrativo é o da igualdade dos ônus e encargos assim o definindo:

Por sua vez, o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais articula-se com o princípio da justiça distributiva, que ordena sejam repartidos por todos os prejuízos que iriam incidir sobre um só. Trata-se de filosofia jurídica orientadora de uma política econômica, mais do que a condenação do Poder Judiciário, que interviria como distribuidor da justiça (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p.305)

4.2 Responsabilidade Omissiva do Estado

Diferentemente da responsabilidade civil comissiva do Estado, que é aceita de forma pacífica tanto pela doutrina como jurisprudência, a responsabilidade oriunda da omissão da administração pública é alvo de divergências.

O que se discute é se o dever de reparar é subjetivo ou objetivo, ou seja, se além da ocorrência do dano seria necessária à existência de culpa em seu sentido amplo ou bastaria a demonstração do nexo causal entre a lesão e a *faute du service* do ente estatal.

Os defensores da responsabilidade subjetiva argumentam que o fato do Estado não agir não tem o condão de configurá-lo como causador do dano, uma vez que não é o autor da lesão, logo sendo responsabilizado subjetivamente por não cumprir um dever legal do qual se esperava sua ação (DOS SANTOS, 2015, p. 4).

Caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (MELLO, 2014, p. 1031; apud DOS SANTOS, 2015, p.4).

Outro argumento se baseia nos dizeres do artigo 37 §6º, que ao determinar que a responsabilidade seria objetiva somente quando o dano for causado pelos agentes do Estado, estaria se excluindo os casos de omissão. (GANDINI; SALOMÃO; 2003, p. 51)

Estende-se esse argumento para dizer que não se poderia em norma infraconstitucional estabelecer forma de responsabilização diversa daquela constante na Constituição Federal, logo obrigatoriamente somente poderia ser subjetiva a responsabilidade por omissão do Estado (ANTUNES,2011, p. 505; apud DOS SANTOS, 2015, p.5).

Já aqueles que se posicionam de forma adversa defendem que a omissão é causa e não condição para a ocorrência do dano, portanto objetiva a responsabilidade do Estado.(GANDINI; SALOMÃO; 2003, p. 53)

E de que a previsão do artigo 37 § 6º da Constituição em nada impede que em micro-sistemas especiais ou quando se exigir uma proteção estatal mais enérgica, exista a previsão da omissão ser enquadrada dentro da responsabilidade civil objetiva. (DOS SANTOS 2015 pp. 5-8)

Ou indo além defende-se que “a Constituição Federal, no artigo citado [art.37§ 6º], não diferenciou as duas condutas, quando poderia perfeitamente fazê-lo. Assim, o vocábulo ‘causarem’, do aludido dispositivo,deve ser lido como ‘causarem por ação ou omissão’”. (GANDINI; SALOMÃO; 2003, p. 53)

4.2.1 Responsabilidade omissiva do Estado na Constituição Portuguesa

Segundo ensina José Cretella Júnior (2002, p.157):

O direito comparado oferece vários traços positivos como, antes de tudo, o de contribuir para a melhoria do próprio direito nacional, pela observação do que ocorre em outros sistemas jurídicos; depois, serve para esclarecer pontos duvidosos dos institutos dos vários sistemas particulares.

A Constituição Portuguesa diferentemente da brasileira prevê expressamente a responsabilidade do Estado nos casos em que esse for omissivo conforme podemos depreender da leitura do seu artigo 22:

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Tal artigo trás como implicação que caso ocorra violação a direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem, provocados por ação ou omissão estatal ele será sempre responsável diante do particular, não podendo se escusar de garantir a indenização necessária a garantir a reparação (QUADROS, 1995, p.197).

“Em todos esses casos, mesmo que não exista culpa, a Administração é responsável, porque, sendo a sua atividade exercida em benefício da coletividade, é justo que suporte os prejuízos que daí advierem” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 166).

Portanto Portugal adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado tanto para atos comissivos quanto omissivos. A previsão Constitucional, distinta da brasileira, não deixou margens para interpretações divergentes quanto a forma de responsabilização.

4.3 Responsabilidade Civil pela omissão do Estado na fiscalização das mineradoras

A Constituição Federal de 1988 optou pela preservação ambiental como forma de garantir a sobrevivência das presentes e futuras gerações e conforme já exposto reconheceu como de risco a atividade mineraria.

Ainda a lei 6.938 de 1981 em seu artigo 3º conceituou poluidor como sendo “[...]a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Reconheceu-se assim a possibilidade de o Estado ser o causador de um dano tanto por ação como omissão e a forma de responsabilização determinada por esse microssistema ambiental é indubitavelmente objetiva.

“Os danos causados por inércia do Estado, geralmente não são causados por agentes públicos, mas por terceiros ou por fatos naturais. Ocorre que a responsabilização se justifica porque o ente público deveria ter sido vigilante e não o foi”. (COSTA; SOUZA; 2014, p.236)

Também a Constituição Federal em seu artigo 23 inciso XI estipulou o dever do Estado, em todos os seus níveis de governo, de fiscalizar a exploração dos recursos minerais, necessidade reforçada pelo artigo 225 que dispõe como obrigação do Poder Público zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma caso o Estado não esteja exercendo o seu dever de fiscalizar as atividades minerarias e tal omissão acarrete direta ou indiretamente em um dano ambiental, deve o Ente Estatal ser responsabilizado objetivamente pela reparação do dano.

Quanto à responsabilização do Estado por omissão na fiscalização das mineradoras pode-se dizer que, em matéria ambiental pelas teorias do risco integral e do risco criado, ou esteja se tratando do risco administrativo é possível caracterizar como objetiva a responsabilidade civil da administração pública.

Uma vez que, a exploração mineral é constitucionalmente reconhecida como uma atividade de risco, bem como a obrigação estatal em sua fiscalização, sendo esses dois fatores

suficientes para corroborar tal afirmação, por preencherem todos os requisitos para a aplicação de qualquer uma das teorias de risco citadas.

Pois se busca com a responsabilização objetiva um maior comprometimento do Estado com a proteção ambiental, especificadamente nesses casos no seu dever constitucional de fiscalizar as mineradoras, uma vez que com a aplicação desse instituto, caso seja possível se demonstrar o nexo causal entre um dano ambiental e a omissão estatal será esse responsável solidário pela reparação do meio ambiente.

Contudo deve-se ter cautela na aplicação dessa forma de responsabilização, pois em ultima análise é a própria população quem está arcando com o prejuízo.

Nesse sentido devemos nos apoiar no entendimento exarado pelo Ministro Herman Benjamim no julgamento do recurso especial nº 1071741/SP, que estabeleceu como objetiva e solidária a responsabilidade do Estado, contudo a deu executoriedade subsidiaria, defendendo dessa forma, conforme elucidativo excerto retirado do acórdão, que:

[...] 16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados. [...]

4.4 Intervenção do Judiciário.

“Os direitos a prestações, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigem uma eficaz intervenção do Estado por meio de instrumentos que somente ele pode utilizar” (DE SOUZA; HARTMANN; DA SILVEIRA; 2015 p.355).

O dever estatal de proteger o meio ambiente se estende aos seus três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Logo, se o próprio Estado por meio do Poder Legislativo e do Poder Executivo, como também os seus órgãos, faltar com a proteção ambiental, estará incorrendo em inconstitucionalidade, cabendo ao Poder Judiciário intervir, visando o bem maior, que é o equilíbrio ambiental. (COSTA; SOUZA; 2014, p.239)

A atuação do Poder Judiciário não deve se limitar apenas em análise posterior a ocorrência do dano, ele necessita agir de forma preventiva e impor aos outros poderes a obrigação de agir em casos de risco em potencial para o meio ambiente.

Essa possibilidade de intervenção entre os poderes já é aceita em nossos tribunais conforme podemos averiguar no acórdão proferido no recurso especial nº 1041197/MS no qual o Ministro Humberto Martins defendeu que “a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.”

Cabe, portanto ao Poder Judiciário a defesa do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado forma pela qual se garante a fruição do direito a vida, devendo impor um agir à administração pública quando essa se encontrar inerte na proteção ao meio ambiente.

5. Considerações finais

A exploração mineral é por suas próprias características altamente degradadora do meio ambiente, entretanto diante da sua importância econômica, seja pela própria atividade ou pelos bens produzidos com seu beneficiamento, devemos suportá-la.

Mas frente a esse paradoxo deve o Estado ter atuação proativa na proteção ambiental, devendo através de seus três poderes e em todos os seus níveis de governo agir em todos os estágios da atividade minerária para proteger o meio ambiente.

Sendo que esse dever de agir encontra fundamento no artigo 23 incisos VI e XI da Constituição Federal que prevê o dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e ainda “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.”

Entretanto por vezes o Estado não cumpre com sua obrigação constitucional e se mantém inerte frente à devastação ambiental produzida pelas mineradoras, uma vez que ao não fiscalizar adequadamente o exercício dessa atividade, permite que ela seja executada sem as devidas medidas que assegurem a preservação do meio ambiente.

O instituto da responsabilidade civil ambiental tem entre seus princípios a prevenção, originada na certeza do dever de reparar daquele que causar um dano, desestimulando assim os propensos degradadores do meio ambiente.

A lei 6.938/81 define que tanto ao poluidor direto como ao indireto restará o dever de reparação do dano ambiental causado, enquadrando como propenso poluidor as pessoas físicas ou jurídicas sejam elas de direito público ou privado.

Portanto quando se puder constatar umnexo causal entre a omissão do Estado na fiscalização das mineradoras com um dano ao meio ambiente, deverá a administração pública

ser obrigada solidariamente ao poluidor principal a reparar a lesão ambiental, independentemente da existência de culpa.

Contudo os esforços voltados para a proteção ambiental devem estar majoritariamente voltados para não permitir a ocorrência do dano.

Diante desse fato quando se constatar que os responsáveis pela fiscalização ambiental estão se omitindo, deve o Poder Judiciário adotar as medidas cabíveis de forma a obrigar os outros Poderes a agirem conforme o mandamento constitucional de proteção ao meio ambiente.

Dessa forma conclui-se pela aplicação da responsabilidade civil ambiental objetiva nos casos em que a omissão Estatal concorrer para a ocorrência de um dano, igualmente pela necessidade de uma ação impositiva por parte do Poder Judiciário obrigando aos demais poderes a cumprirem com as políticas públicas de proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Direito ambiental e a responsabilidade civil das empresas**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama da legislação minerária. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 64-73, 1994. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46332/46904>> Acessado em: 18 de maio de 2016.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: teoria do risco criado versus teoria do risco integral. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte v.10, n.19, p.45-88, Jan./Jun. 2013.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 de maio 2016.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 de maio 2016.

BRASIL. **Decreto Lei 227** de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 de maio 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.938** de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e da outras providências. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 de maio 2016.

BRASIL. **Lei 7.805** de 18 de julho de 1989. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá

outras providências. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18 de maio 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº1071741/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado De São Paulo. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo e outros. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 24 de março de 2009. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4715617&tipo=5&nreg=200801460435&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20101216&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 25 de maio de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº1041197/MS. Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Ministério Público Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=6136604&tipo=5&nreg=200800598307&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090916&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 25 de maio de 2016

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº1374284/MG. Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Recorrido:Emilia Mary Melato Gomes. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de agosto de 2014. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201082657> Acesso em 22 de maio de 2016.

CANOTILHO, JJ Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. 1974.

COSTA, Beatriz Souza. SOUZA, Livia Maria Cruz Gonçalves.A atuação do Poder Judiciário frente à responsabilidade civil do Estado,pela ineficiência de fiscalização, como instrumento de efetividade para se alcançar a proteção ambiental. **Revista do Direito Público**. Londrina, v.9,n.3, p.223-246, set./dez.2014. Disponível em:<<http://www.uel.br/revistas/wrevojs246/index.php/direitopub/article/view/18379>> Acesso em: 18 de maio de 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002

DE PASSOS, J.J. Calmon. O imoral no dano moral. Informativo Incijur – Instituto de Ciências Jurídicas, Joinville, n.46, ano IV, p. 1-5, maio, 2003 in STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DE SOUZA, Leonardo da Rocha; HARTMANN, Débora; DA SILVEIRA, Thaís Alves. Dano ambiental e a necessidade de uma atuação proativa da administração pública. **Veredas do Direito**, v. 12, n. 24, p. 343-373, Belo Horizonte, 2015. Disponível em:<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/630/465>> Acesso em: 21 de maio de 2016.

DOS SANTOS, Camila Becker. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E DANO AMBIENTAL: a omissão estatal frente ao dever de fiscalização de atividades licenciadas. **UniRitter Law Journal**, n. 2, 2015. Disponível em:

<<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/uniritterlawjournal/article/view/1234>> Acesso em: 18 de maio de 2016.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3 ed. rev. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por uma conduta omissiva. Revista CEJ, v. 7, n. 23, p. 45-59, 2003. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/577>> Acesso em: 24 de maio de 2016.

LINS, F. A. F.; LOUREIRO, F. E. V. L.; ALBUQUERQUE, G. A. S. C. **Brasil 500 Anos: A construção do Brasil e da América Latina pela mineração**. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2000. Disponível em: <<http://files.geocultura.net/200001416-63765646f9/Minera%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil%20e%20America%20Latina%20-%20CETEM.pdf#page=27>> Acessado em: 18 de maio de 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. In: DOS SANTOS, Camila Becker. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DANO AMBIENTAL: a omissão estatal frente ao dever de fiscalização de atividades licenciadas. **UniRitter Law Journal**, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/uniritterlawjournal/article/view/1234>> Acesso em: 18 de maio de 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. ref., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PORTUGUESA **Constituição da Republica** – VII revisão constitucional. Assembléia Constituinte, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>> Acesso em: 29 de maio 2016.

QUADROS, Fausto de (Coord.). Responsabilidade civil extracontratual da administração pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.