

A aplicação das excludentes de responsabilidade e o aproveitamento mineral

As excludentes de responsabilidade surgiram como um contrapeso ao rigor excessivo da Teoria do Risco Integral, da qual o imputado não tinha escapatória, criando em alguns casos a injusta punição a sujeitos que não deram causa ao dano, o que fez surgir, em casos especiais, a aplicação dos institutos do caso fortuito, força maior e fato de terceiro, e que permitiu responsabilizarem, apenas naqueles casos em que seria possível ou obrigatório garantir a inocorrência da lesão. Desta forma, passou-se a ter uma regra geral de responsabilização coletiva e sem culpa, embasada na periculosidade das ações geradas pelos entes coletivos e na extensão das lesões causadas, que atingiam grande número de vítimas, e na importância de se dignificar a pessoa humana (CF/88, art. 1º, inciso V), fazendo o legislador optar pela coletivização do danos em benefício das vítimas; e colocada como ressalva a esta regra geral, para termos equidade nas decisões, temos as excludentes de responsabilidade.

A viabilidade da aplicação das excludentes de responsabilidade está diretamente ligada ao entendimento de qual das teorias do risco o aplicador do direito se filia. A Teoria do Risco Integral não admite a aplicação de excludentes e, segundo NERY (1992), suas características seriam: a prescindibilidade da culpa e do dolo para que haja o dever de reparar o dano; a irrelevância da licitude da conduta do causador do dano para que haja o dever de indenizar; a inaplicação, em seu sistema das causas de exclusão de responsabilidade civil.

Dentro desta responsabilização objetiva, temos doutrinadores da maior envergadura, que acolhem a Teoria do Risco Integral para à responsabilização civil pelo dano ambiental, entre estes temos: *STEIGLER (2004)*, *LIMA (1999)*, *MANCUSO (1992)*, *MILARÉ (2004)*, *FERRAZ (1977)*, *NERY (1992)*. Outros, de envergadura equivalente, filiam-se a Teoria do Risco Criado com aplicação das excludentes de responsabilidade civil, como *BARACHO(2000)*, *DI PIETRO(1999)*,

MAZZILI (1996), SILVA (1974), MELLO (1994), MEIRELLES (2002), PERRELLIS E DOOHAM (1991) REVESZ (1997), ROSE-ACKERMAN (1995), DIAS (2003), MUKAI (2005) e MACHADO (2003). A divisão do entendimento dos autores não se esgota nesta questão, pois existe uma subdivisão entre os autores que aceitam a Teoria do Risco Criado, quanto a quais excludentes seriam aplicáveis, como iremos demonstrar mais adiante.

A Doutrina do Risco sofreu uma constante evolução, passando do risco integral para o risco proveito, e finalmente para o risco criado. A Doutrina do Risco proveito, afirma DIAS (1954), teria embasado a responsabilização de vários setores de empreendimento, como os acidentes de trabalho, os desastres aéreos, os acidentes na mineração etc. Muitos doutrinadores entendem que esta teria dado suporte ao artigo 37, inciso 6º, da Carta Maior, que determina a responsabilidade objetiva do Estado. O risco integral seria a doutrina que não admite a aplicação das excludentes, bastando onexo causal do dano com a atividade, por sua vez, a doutrina do risco proveito, a qual veio para abrandar esta última, previa a responsabilização pelos danos por quem obteve lucro a partir da atividade e admitia a aplicação de excludentes, assim como o debate de que se a atividade não havia dado lucro, mas, sim, prejuízo, não haveria responsabilização, transferindo o risco do negócio para vítima e deixando o dano sem reparação, o que era insatisfatório. A resposta a esta situação, veio com a Doutrina do Risco Criado, na qual responde o responsável pelos danos inerentes aos riscos da sua atividade, independente do lucro ou prejuízo da mesma, e onde se admite o uso das excludentes de responsabilidade.

A Doutrina do Risco Criado foi uma evolução da Doutrina do Risco Proveito, advindo da dificuldade de definir proveito e da possibilidade de quem não tivesse proveito, mas gerasse o dano, vir a ser elidido da responsabilidade de reparar os prejuízos. Esta evolução para o risco criado, como diz o próprio nome, responsabiliza quem assume o risco de seu empreendimento e de suas ações, uma vez que quem assume o risco do negócio, também assume seus êxitos e fracassos (RODRIGUES, 1999).

Diante deste quadro, começam a surgir discussões a respeito da responsabilização por fatos de terceiros e das demais excludentes. Segundo SILVA (1974, p.146), *o fato de terceiro somente responsabilizaria quando houvesse um vínculo jurídico entre quem responderá pelo dano e quem o causou*. Seria o autêntico caso da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

MEIRELLES (2002) entende, no que tange à responsabilização do Estado, que existem dois entendimentos de como este seria responsabilizado, um que seria pela Teoria do Risco Integral, em que não caberiam excludentes de responsabilidade, e outra, na qual o autor se filia, que seria a responsabilização do Estado pela Doutrina do Risco Administrativo, com a aplicação das excludentes de

responsabilidade, como a culpa da vítima, a culpa de terceiros, a força maior e o caso fortuito. Afirma que na prática, não se aplicam nos tribunais a Doutrina do Risco Integral, uma vez que se admite a prova do dolo ou culpa da vítima, para fins de atenuar ou isentar o Estado de responsabilidade, assim como da ocorrência de força maior.

DI PIETRO (1992), por outro lado, afirma que a maioria dos doutrinadores não faz esta separação entre risco administrativo e integral e que as expressões são sinônimas e que sempre caberiam as excludentes de responsabilidade. A autora entende que as causas excludentes de responsabilidade do Estado são a força maior, desde que não vinculada a alguma omissão de serviço por parte do poder público, e a culpa da vítima, que poderia excluir ou dividir com a Administração a obrigação de reparar o dano, de acordo com o grau de participação de cada um no evento.

Existem, no entanto, autores que divergem teoricamente deste entendimento, mas que nos efeitos práticos, acabam gerando o mesmo resultado. MELLO (1994) esplanava que o Estado não seria responsabilizado pela ausência denexo causal entre seu comportamento comissivo e o dano, sendo, portanto irrelevante evocar, nestes casos, a excludente de força maior (que seria o dano causado por evento imprevisível, incontornável e inevitável da natureza). Quanto à culpa da vítima, entende que quando a hipótese é de culpa exclusiva da dela, por esta mesma razão, não haveria o que se nomear como excludente, uma vez que o Estado em nada teria concorrido para causar o dano; e quando se aborda a questão da culpa concorrente, o que teríamos também não seria uma excludente de responsabilidade, mas tão somente sua atenuação.

MAZZILI (1996), quando aborda a Teoria do Risco, vigente no Brasil, entende que duas excludentes seriam aplicáveis em caso de dano ambiental, quais sejam, o caso fortuito e a força maior. Segundo este autor, a responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil está praticamente assentada, tanto por força da doutrina quanto da legislação na Teoria do Risco Integral, e que as únicas excludentes que poderiam ser suscitadas em caráter excepcional seriam a força maior e o caso fortuito, e que tal se delineou pela necessidade de solidarização do risco social das atividades impactantes.

BARACHO (2000) entende que, raciocinando desta forma, bastaria a ocorrência do dano e do nexo causal para a responsabilização; seria suficiente que tivéssemos apenas o fato para imputar a responsabilidade, solapando argumentos morais e éticos que deveriam ser levados em consideração quando da aplicação da lei. Faz ressalva de que não existe distinção clara entre as modalidades de risco e o Risco Integral, sendo que mesmo para este caberiam as excludentes de responsabilidade, seguindo o entendimento de DI PIETRO.

O autor propõe *utilizarmos a terminologia de Wilson Melo da Silva: simplesmente risco, admitindo a existência de situações excludentes de responsabilidade.*

Buscamos desta forma admitir que o Direito não consegue absorver todos os fatos da vida, em especial, nos dias de hoje, em que as mudanças ocorrem em velocidade vertiginosa, tendo-se o cuidado de não desenvolver uma teoria de responsabilização que pudesse eliminar outros direitos e garantias fundamentais e, portanto de igual importância.

Outro autor que adota orientação semelhante defendendo o critério finalista, ou seja, pela verificação da existência de nexos causal, é ALVES (2002, p.20); conclusão que se obtém pela interpretação da obra e trecho da sua dissertação de mestrado: *Desta forma, existindo o evento danoso, basta provar o nexo causal entre a conduta (comissiva ou omissiva) e o referido dano. A discussão sobre se quem degradou o fez de maneira imprudente ou negligente ou agiu com culpa é irrelevante.* E levanta a interessante questão de que se esta responsabilidade é aplicada independente de culpa, bastando o dano e o respectivo nexo causal com a atividade, entender que tal atribuição criaria uma certeza de culpa no agente poluidor não é o entendimento mais acertado, posto que o que sempre se discute é o liame entre a atividade e a lesão e nunca uma abordagem subjetiva com a utilização de critérios como dolo e culpa, e suas respectivas modalidades, assim como não existiria propriamente uma inversão do ônus da prova por força das presunções legais de culpa, uma vez que esta não estaria em discussão.

Nos EUA, a responsabilização pelo dano ambiental é objetiva, solidária e retroativa, desde 1980, e é prevista no *Comprehensive Environmental Response and Compensation and Liability Act*, sendo admissíveis três excludentes de responsabilidade, segundo PERRELIS E DOOHAM (p.8, 1991) que seriam: “Act of God, Act of War, Act of Third Part (ato de Deus, ato de guerra e ato de terceiro). Desta opinião, compartilham REVESZ (1997) e ROSE –ACKERMAN (1995).

A primeira excludente seria o equivalente ao nosso caso fortuito, como tempestade repentina e violenta; a segunda excludente seria a força maior restringida, e taxativa, teria a ocorrência em situações de danos provocados quando o país estivesse formalmente com o estado de guerra declarado, o que eximiria o autor mesmo em situações de dano potencial; a terceira excludente seria a invocação de ato de terceiro, o que encerraria a relação de causalidade, posto que o ato degradador teria origem e responsabilização que seriam imputados a outro causador, sendo necessário não haver qualquer relação contratual com o poluidor e demonstrar que foram tomados todos os cuidados para evitar o perigo de dano.

Uma particularidade da utilização da excludente de responsabilidade por culpa de terceiro, tratando-se dos EUA, é a situação conhecida por compra inocente (*innocent purchase*), quando demonstrado que na hora da aquisição do imóvel, quer por doação, herança ou compra e venda, não

havia como se saber do seu passivo ambiental (por exemplo: a contaminação ambiental do solo do terreno), conseguindo transferir a responsabilidade para o vendedor. Acreditamos que esta excludente não seria aceita no Brasil, conforme decidiu o STJ:

RECURSO ESPECIAL – FAIXA CILIAR – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – RESERVA LEGAL – TERRENO ADQUIRIDO PELO RECORRENTE JÁ DESMATADO – IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA – As questões relativas à aplicação dos artigos 1º e 6º da LICC, e, bem assim, à possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em ação civil pública, não foram enxergadas, sequer vislumbradas, pelo acórdão recorrido. Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Não há cogitar, pois, de ausência denexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Recurso Especial não conhecido. (STJ – RESP 343741 – PR – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 07.10.2002)

O passivo ambiental, tal qual um passivo trabalhista, obedece a uma lógica pós-moderna, a qual distribui os ônus e bônus de uma relação jurídica movida pela equidade e não pela mais-valia, com a faculdade de perseguir os ativos a que contribuíram ou que participaram para a formação, onde quer que estiverem locados, independente da troca de proprietário.

A Grécia também adota a responsabilização objetiva pelo dano ambiental, com a aplicação das excludentes de responsabilidade, que seriam o motivo de força maior, o caso fortuito e o fato doloso de terceiro (MACHADO, 2003).

Na extinta União Soviética, as excludentes de responsabilidade eram o exercício regular de direito e o cumprimento do dever legal na realização do dano, a culpa da vítima, o motivo de força maior e caso fortuito (MACHADO, 2003).

A Alemanha aplica a Teoria do Risco Criado na sua Lei de Responsabilidade Ambiental de 1990; este diploma criou presunções de nexocausal entre determinadas atividades industriais e danos típicos, mas prevê em seu artigo 4º que a responsabilidade fica ilidida no caso de ocorrência de força maior, definida como fator externo imprevisível e irresistível, como força da natureza, ou no caso do

agir dentro das normas ambientais, questão que pode ser superada pela vítima com a prova do dano e respectivonexo causal (STEIGLEDER, 2004).

A França emprega a responsabilidade subjetiva no seu Código Civil, porém neste mesmo diploma tem-se a responsabilização objetiva pelo fato da coisa e pelo direito de vizinhança. Existem diplomas legais esparsos, como sobre energia nuclear e acidentes aéreos, que adotam a Teoria do Risco Criado, de maneira que se tem soluções casuísticas, por força da doutrina, da jurisprudência e dos mencionados textos legais, que possibilitam uma responsabilidade objetiva pelos danos ambientais causados, ou pelos menos uma inversão do ônus da prova na apreciação dos casos concretos (Porfírio Júnior, 2002).

A Espanha admite, por força de sua legislação esparsa e por orientação jurisprudencial, a aplicação das excludentes do caso fortuito e de força maior e, para a atividade de risco, deve-se provar que o sujeito tenha tido a diligência máxima para evitar o dano que acabou por ocorrer, demonstrando que os danos foram inevitáveis (STEIGLEDER, 2004).

A Itália adota em sua legislação o sistema aquiliano, conforme se nota nos artigos 2.050 e 2.051, do Código Civil Italiano, porém por força de construção doutrinária e jurisprudencial, tem-se na prática uma inversão do ônus da prova, criando um sistema muito próximo da responsabilidade objetiva, sendo aplicável como excludente em caso de atividades perigosas, que o acusado tenha cumprido com todas as normas de segurança e agido com diligência para evitar e prevenir o acidente (LEMOS, 2003). Portanto, para ser responsabilizado terá de criar um dano e desrespeitar à lei. No que tange à questão de danos nucleares, a responsabilidade é expressamente objetiva, sendo aplicáveis as excludentes de força maior, como guerra com estrangeiro, guerra civil, insurreição, hostilidades e caso fortuito, caracterizado como cataclismas naturais de características excepcionais (MARCHELO, PERRINI e SERAFINI, 2004).

A Argentina tem um sistema de responsabilização objetiva baseado no risco proveito, englobando-se no risco da atividade empresarial a responsabilização pelos danos que vierem a ocorrer em decorrência da atividade; responsabilidade assim criada por força da doutrina e jurisprudência, situação em que se admite a aplicação das excludentes de responsabilidade, como fato de terceiro, força maior e culpa da vítima (ALTERINI e CABANA, 1999). Por sua vez, Porfírio Júnior (2002) expressa entendimento diferente: o empresário seria responsável por problemas que suas coisas podem causar, podendo se entender como coisa seu fundo de comércio, em que, por força dos artigos 1.109 e 1113, do Código Civil Argentino, teríamos uma inversão do ônus da prova, na medida em que o imputado deve provar que não teve culpa no evento danoso, por meio das excludentes de culpa da vítima e de fato de terceiro.

O Paraguai prevê no artigo 8^a de sua Constituição Federal que todo dano ambiental dará margem à obrigação de indenização e reparação, e, em momento

algun menciona a necessidade da culpa, o que dá margem à interpretação de responsabilização objetiva constitucional pelo dano ambiental. O seu Código Civil, em seu artigo 1846, prevê responsabilização objetiva para danos causados por atividades perigosas, o que, analogicamente, se aplica às questões ambientais, e também aceita a utilização de excludentes de responsabilidade como a força maior, fato de terceiro, e culpa exclusiva da vítima (PORFÍRIO JÚNIOR 2002).

No Brasil, a doutrina se divide entre a aplicação ou não da excludente de responsabilidade pelo dano ambiental, existindo basicamente três correntes: uma que admite a aplicação das principais excludentes de responsabilidade, as quais são conhecidas como a força maior, caso fortuito e ato de terceiro; a segunda não as admite; e a terceira é a mista, a qual admite a aplicação de apenas uma delas, a força maior. Porém, quando nos debruçamos sobre o Direito vivo, aquele dos tribunais que lidam com os casos reais, podemos notar que estes as aplicam na busca da equidade, para que não se puna em demasia, além do que seria justo, “dando a cada um o que seu”. Para tanto, as excludentes de responsabilidade se cotejam com onexo causal e a sua respectiva compreensão.

A questão do nexocausal interfere diretamente na distribuição da responsabilidade; basicamente são duas teorias que se contrapõem: uma seria a Teoria da Equivalência dos Antecedentes, em que todas as condições que concorreram de alguma forma para o evento danoso, geram igual responsabilização, restando a ação regressiva a ser ajuizada por aquele que entende ter causado menos dano, em face do maior poluidor. Esta tem como escopo preservar o meio ambiente com mais rigor, e como crítica carrega a observação de estender demais o liame de responsabilidade solidária e regressiva; é uma teoria generalizadora das causas (FILHO, 2005).

A segunda Teoria é a da Causalidade Adequada, a qual foi adotada pelo NCCB, art. 403 e pela doutrina; trata-se de responsabilizar quem deu causa ao evento, definido como agir ou omitir adequado e necessário a produzir os efeitos deletérios; é uma teoria individualizadora que reduz as hipóteses de corresponsabilidade. Os termos *direto e imediato* contidos na norma, não tem sentido temporal, mas, sim, de que foi a causa primária, preponderante e crucial. (CRUZ, 2005).

No direito ambiental, em face da complexidade dos danos no caso concreto, da dificuldade de se caracterizar uma única causa eficiente para dano, e pelo fato de se privilegiar a reparação do meio ambiente e do patrimônio das vítimas, predomina a posição de não se diferenciar a causa acessória da concausa, ou da causa adequada, respondendo qualquer participante pela totalidade de forma solidária com os demais, a diferenciação seria apenas para fins de ação regressiva (LEMOS, 2003). Ou seja, predomina a Teoria da Equivalência dos Antecedentes.

Voltando ao tema principal, alguns entendem que a questão da responsabilidade da equipe técnica que elabora os estudos ambientais não exige o contratante

como devedor principal, e é entendida como subjetiva para o grupo técnico; e que eventual medida responsabilizadora deveria ser intentada contra o empreendedor, e não contra seus contratados, cabendo a aquele o instrumento da ação regressiva contra estes, ficando também responsável a Administração por falhar na análise dos projetos, se os aprovou indevidamente, outorgando as licenças ambientais (MILARÉ, 2004).

Entendemos ser equivocado este entendimento, uma vez que, como já fartamente esplanado, a responsabilidade civil pelo dano ambiental é objetiva, por força de norma constitucional, e atinge solidariamente a todos que concorreram de alguma maneira para com a lesão, de modo que, tanto os assessores técnicos, quanto o empreendedor, e a administração pública, se encontram em igual patamar para fins de ocuparem o polo passivo em uma demanda, sendo todos solidariamente responsáveis. Aliás, como pôde entender o doutrinador acima citado, ser possível a ação regressiva do empreendedor em face de seus técnicos e estes não serem solidariamente responsáveis? Afinal, se existe a responsabilidade a embasar a ação regressiva, esta mesma responsabilidade embasará uma responsabilização solidária. Evidentemente, que sendo o empreendedor no caso concreto, o economicamente mais forte, temos uma facilidade de ordem operacional e uma garantia de efetivação concreta da prestação jurisdicional, mas tal característica provém de sua capacidade de suportar o ônus, e não se confunde com uma gradação normativa ou jurisprudencial da responsabilidade dos envolvidos.

O fato do terceiro, a força maior e o caso fortuito, são excludentes de responsabilidade aplicáveis à realidade da mineração, posto que este segmento empreendedor (agente) pode causar dano ambiental (bem jurídico tutelado), remetendo a ele o nexo causal. A maioria da doutrina (não a maioria dos tribunais) entende que as excludentes criadas para a concepção clássica de direito intersubjetivo são inaplicáveis a direitos coletivos e difusos, devendo ser aplicado o princípio contido no adágio *ubi emolumentum, ibi ônus*.¹

A excludente da responsabilidade conhecida por *força maior*, se caracteriza por ser força externa ao agente e maior que as forças do deste, sendo o evento imprevisível e irresistível. Devemos interpretar como imprevisível aquele evento que os órgãos públicos, o empreendedor e sua equipe técnica, por intermédio de seu saber específico decorrente de sua formação profissional, conhecimento histórico do ramo que atua e do local da instalação da mineradora, e no emprego das melhores e mais modernas tecnologias, não foi possível de se inferir sua possibilidade de ocorrência e danosidade. Quanto à irresistibilidade, esta caracteriza-se, naquele evento, que apesar do emprego dos melhores métodos e meios disponíveis para a condução adequada da atividade, este vem a ocorrer a despeito do obrar diligente

1 Onde há o emolumento, aí esta o ônus.

dos atores sociais responsáveis pelo empreendimento. Portanto, esta excludente somente é possível de ser invocada quando ocorrerem de forma concomitante a imprevisibilidade e a irresistibilidade. Porém, se o agente de alguma forma concorreu para o dano ambiental, a imprevisibilidade relativa (aquela em que o evento danoso podia ser parcialmente previsto, e quanto a este aspecto, omitiram-se os responsáveis) não servirá para excluir a responsabilidade, em especial se sua atividade tiver o potencial de dano devido a sua própria natureza, como é o caso da mineração. Para excluir a responsabilidade do agente seria necessário o risco não ter sido criado, o dano não existir ou não existir relação de causalidade entre dano e risco (STEIGLEDER, 2004).

A força maior contém um elemento antrópico (PEREIRA, 2001), como o fato do príncipe (ação do poder público), revolução, guerra e desapropriações, sendo um obstáculo invencível, uma impossibilidade absoluta para qualquer agente, às vezes é chamada de caso fortuito externo. Esta excludente também é aplicável ao poder público.

Como exemplo, podemos citar o caso de uma revolução, imprevisível e irresistível, na qual a multidão toma posse temporariamente da frente de lavra da cooperativa garimpeira. Os revolucionários executam a fiação em desacordo com o procedimento correto, o qual sempre foi respeitado e adotado pelos garimpeiros, causando impacto ambiental. O poder público, também fica de mãos atadas nesta situação de ocupação forçada da mina, em que os turbadores, à força, impedem a fiscalização e a sanção ambiental. Chegando mesmo a sequestrar os fiscais. Ao final do dano ambiental e da lavra ambiciosa, os infratores desaparecem sem ser identificados. Neste caso, nem a empresa de mineração e nem o poder público seriam responsabilizados. A excludente de responsabilidade é aplicável porque não é previsível a turbação da posse da mina, como ocorreu, e também pelo fato de que, pela localização errada e pela força dos turbadores, sequer o Estado e mesmo os garimpeiros tinham meios para resistir aos eventos. Não é possível confundir tal situação com fato de terceiro, pelo motivo que os malfeitores não são identificáveis. Como caso concreto, citamos o recente caso dos garimpeiros de Serra Pelada que ocuparam a força a área de lavra da empresa mineradora, ou dos mineradores clandestinos da área de reserva indígena da Tribo dos Cinta Larga; não sendo possível responsabilizar a mineradora no primeiro caso, posto que estava incapaz de resistir ou de prever os eventos que se sucederam; e assim também estavam os órgãos de fiscalização da atividade minerária e ambiental, pelos eventos se darem em lugar ermo e sem acesso, além da hostilidade dos atores envolvidos, no segundo exemplo.

O caso fortuito pode caracterizar-se, segundo alguns autores, como uma obra do acaso, uma força interna do agente, como a quebra de uma peça (fato das coisas, caso fortuito interno), um obstáculo imprevisível; é uma impossibilidade

relativa, posto que o é apenas para o agente, sendo também chamada de culpa remota ou indireta (PEREIRA, 2001). Por outro lado, entendemos que em virtude do artigo 14, do CDC, qualquer falha do produto ou serviço será imputada ao prestador, e jamais ao usuário final, portanto, se tal falha causar dano ambiental, o qual em última instância atinge o cidadão, será responsabilizado o causador do dano, mesmo que o seja de forma aparente, cabendo a ele usar de uma ação regressiva em face de quem forneceu tal peça.

O caso fortuito é, também, a incidência das forças de natureza imprevisíveis ou anormais (caso fortuito externo), como chuvas de proporções incomuns, terremotos e etc. O caso fortuito deve ser sempre imprevisível; a diferença, entre o caso fortuito e a força maior é que esta resulta de um ato humano, e aquele, não. Em decorrência da evolução do conhecimento técnico científico sobre a natureza, também chamado de conhecimento gnomológico (ALTERINI; CABANA, 1999), tais fatos danosos, na maioria das vezes, tornaram-se previsíveis quanto a possibilidade e probabilidade de ocorrência, sendo necessário verificar a sua real excepcionalidade.

Podemos exemplificar com a questão da queda de raios, talvez, a cerca de 200 anos, este evento da natureza fosse imprevisível, ou à época dos antigos gregos, os quais achavam que tal fenômeno era fruto da ira de Zeus, mas, hoje em dia, temos medições dos centros meteorológicos, com estudos estatísticos, os quais determinam a média de incidência desta ocorrência elétrica, para a qual aliás, temos também estudos e normas técnicas de quais estruturas as atrai e como se proteger destas descargas, com para-raios e outras condutas. Então, se tivermos uma torre de perfuração mineral, composta de metal ou uma grande bacia de rejeito com lâmina d'água em local com alto índice de queda de raios e em grande altitude, e sem a utilização de para-raios ou com o seu uso inadequado, não poderemos dizer que o acidente com relâmpago nas instalações, que venham a causar danos ambientais por ruptura da bacia de rejeitos ou queda da torre, acidente que contamine os rios, teria sido causado por caso fortuito. Situação diferente seria caso na região nunca houvesse existido histórico de queda de relâmpagos. Em tal situação podemos traçar uma analogia com outros fenômenos, como chuva copiosa, ciclones etc. Tal condição se aplica tanto para o Poder Público quanto para o particular. O problema do caso fortuito interno, também se encontra em igual condição, uma vez que com os avanços da ciência e da tecnologia dificilmente teríamos situações de aplicabilidade dele, posto a possibilidade de prevenção dos acidentes. Vejamos:

Caso fortuito-Temporal comum, cujo único dano consiste em causar a queda de poste de rede telefônica em mau estado, não constitui caso fortuito. Previsibilidade desse tipo de intempérie, cujas eventuais conseqüências

são perfeitamente e ordinariamente evitáveis (TJRS – 2ª C. Cível Esp. – Ap. J. 17.07.1975 – RJTJRS – 58/215).

Podemos citar, como outro exemplo (fato da coisa), um equipamento de mineração que tem a manutenção em perfeito estado, porém este vem a apresentar defeito inesperado (improvável, imprevisível) e causa dano ambiental. Ficando comprovado que o agente tomou todos os cuidados possíveis e imagináveis, poderia ele ser isentado da sua responsabilidade?

Entendemos que não; em um primeiro momento ele será responsabilizado, para fins de que o bem jurídico tutelado seja protegido, mas nem por isto o mineador ficará impossibilitado de buscar seu ressarcimento, pois em eventual ação judicial ele poderá denunciar à lide o seu próprio fornecedor de equipamento, o qual será responsabilizado de forma solidária; ou então, caso arque com todas as despesas da reparação, intentar uma ação regressiva contra quem lhe vendeu o equipamento e respectiva manutenção. Quanto ao poder público, o fato das coisas também não o isenta da responsabilização. Entendemos que este exemplo continua aplicável, mesmo se o exame da peça que se quebrou revelar que não existe nenhum defeito, portanto não existe culpa de terceiro, mas tão somente o nexo causal entre a atividade e o dano, qual seja, a máquina da mineradora quebrou e causou dano ambiental, e a peça da máquina que quebrou esta contida nesta relação causal.

Outra situação, seria a de uma chuva de proporções jamais ocorridas na história que faria transbordar e romper as lagoas de decantação e bacias de rejeito da mineradora, que foram feitas com todos os cuidados da melhor engenharia, sendo também fiscalizada com toda a retidão pelo poder público. Tal hipótese serviria de excludente de responsabilização para ambos. Atentamos que tal excludente não ocorreria se a chuva fosse dentro da média pluviométrica efetivamente medida dos últimos anos, demonstrando que ambos os sujeitos mencionados no exemplo falharam em suas atribuições, concorrendo para o dano. Localizamos decisões que abordam esta excludente, muito embora o poluidor não tenha conseguido prová-la, inclusive pela perda do requisito da imprevisibilidade:

POLUIÇÃO AMBIENTAL – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS A EXECUÇÃO – CASO FORTUITO NÃO DEMONSTRADO – REINCIDÊNCIA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – Caso fortuito não demonstrado. Reincidência em dano ecológico por derramamento de efluentes poluidores. Embargos improcedentes. Sentença reformada, em parte. Desprovimento do 1. apelo e provimento do segundo. (TJRJ – AC 6728/96 – Reg. 300398 – Cód. 96.001.06728 – Campos – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Celso Guedes – J. 18.11.1997)

RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ACIDENTE EM BURACO (VOÇOROCA) CAUSADO POR EROSÃO PLUVIAL – MORTE DE MENOR – INDENIZAÇÃO – CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – INEXISTÊNCIA – SÚMULA 7/STJ – NÃO-INCIDÊNCIA – 1. Ação indenizatória proposta em face do Município de Costa Rica/MS, em que se pleiteia pensão vitalícia no montante de dois salários mínimos mensais e despesas de funeral, pela morte de filho menor, em decorrência de acidente em buraco (voçoroca) causado pelas águas da chuva. 2. A instância especial, por suas peculiaridades, inadmitte a discussão a respeito de fatos narrados no processo – Vale dizer, de controvérsias relativas à existência ou inexistência de fatos ou à sua devida caracterização –, pois se tornaria necessário o revolvimento do conjunto probatório dos autos. 3. Entretanto, a qualificação jurídica de fatos incontroversos, ou seja, seu devido enquadramento no sistema normativo, para deles extrair determinada consequência jurídica, é coisa diversa, podendo ser aferida neste âmbito recursal. Não-incidência da Súmula 7/STJ. 4. Segundo o acórdão recorrido, a existência da voçoroca e sua potencialidade lesiva era de “conhecimento comum”, o que afasta a possibilidade de eximir-se o Município sob a alegativa de caso fortuito e força maior, já que essas excludentes do dever de indenizar pressupõem o elemento “imprevisibilidade”. 5. Nas situações em que o dano somente foi possível em decorrência da omissão do Poder Público (o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente), deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. Se não foi o autor, cabe responsabilizá-lo apenas na hipótese de estar obrigado a impedir o evento lesivo, sob pena de convertê-lo em “segurador universal”. 6. Embora a municipalidade tenha adotado medida de sinalização da área afetada pela erosão pluvial, deixou de proceder ao seu completo isolamento, bem como de prover com urgência as obras necessárias à segurança do local, fato que caracteriza negligência, ensejadora da responsabilidade subjetiva. 7. Em atenção à jurisprudência da Corte e aos limites do Recurso Especial, deve a indenização ser fixada no montante de 2/3 do salário mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade (28 de agosto de 1994) até o seu 25º aniversário (28 de agosto de 2005), calculado mês a mês, com correção monetária plena. 8. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença. 9. Recurso Especial conhecido e provido em parte. (STJ – RESP 199700400140 – (135542 MS) – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – DJU 29.08.2005 – p. 00233).

As excludentes de força maior e caso fortuito são previstas no artigo 393, do Novo Código Civil, em que se ensina que o evento é necessário e seus efeitos inevitáveis. Ser necessário significa que somente o fato leva o agente ao dano e que com este o provável sujeito ativo não concorre de forma alguma.

Ser inevitável corresponde à impossibilidade absoluta de impedir seus efeitos, não a qualquer situação grave, mas a uma que seja impossível de impedir. Entendemos que um terceiro elemento poderia ser agregado: a imprevisibilidade; em razão de complementar a situação de impotência diante das circunstâncias, com a total falta de meios ou de probabilidade de concepção prévia do dano e de tomada de medidas de prevenção do mesmo (CAVALIERI FILHO, 2005).

Na prática, a força maior e o caso fortuito são tratados no Novo Código Civil e na jurisprudência como sinônimos, sendo que para muitos a diferença é apenas doutrinária, igualando-se o *vis maior*² e o *damnum fatale*.³ Nem tudo que é previsível é evitável e um acontecimento evitável e imprevisível não é caso fortuito ou força maior. É óbvio que não servem como excludentes de responsabilidades fatos que foram iniciados ou agravados pelo agente. A força maior e o caso fortuito poderiam eximir a responsabilidade, comprovando-se a ausência denexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido; por isto é sempre necessário verificar se a alegação de existência de excludentes de responsabilidade no caso concreto, não visam mascarar um impacto ambiental surgido da intensificação de um perigo potencial, e, portanto, previsível e evitável.

O fato de terceiro é aquele causado por quem não é o agente e muito menos seu preposto, e também não é a vítima, mas alguém determinável que influi na responsabilidade pelo dano. A conduta do terceiro é ativa e condicionante do dano, eximindo o agente de qualquer responsabilidade, seja direta ou indireta; situação diversa será se este tiver conhecimento dos eventos e se omitir. O terceiro gera o dano e modifica o nexo causal, mas não exclui a responsabilidade por omissão. Pois tal modificação pode ser parcial ou total; apenas neste último caso, se está plenamente aceita a responsabilização de terceiro, é sempre necessário verificar se a ação do terceiro é a determinante exclusiva do dano, e se sua ação é imprevisível e incontrolável. O terceiro deve ser identificável, senão o que teremos é força maior. Usando o exemplo das barragens, se os reservatórios de rejeitos construídos a montante é que tiverem dado causa ao problema do rompimento e extravasamento dos bons reservatórios a jusante, por falha construtiva daqueles, teríamos a responsabilização de seu proprietário juntamente com o poder público que não fiscalizou adequadamente sua edificação; tal situação isentaria o

2 Força maior.

3 Caso fortuito.

dono do reservatório a jusante, que tomou todos os cuidados, é o autêntico fato de terceiro.

O ato cometido por outrem pode tanto desencadear a responsabilização como excluí-la, de acordo com cada caso; se o terceiro tem vínculo jurídico com o agente passivo da imputação, a responsabilização advém da culpa *in vigilando*⁴ e *in eligendo*,⁵ porém, se o terceiro não detém qualquer ligação, pode-se excluir a responsabilização.

Na decisão que segue, podemos notar claramente o fator da responsabilidade solidária da Administração direta e indireta na omissão do seu dever de fiscalizar o empreendimento, no caso, uma mineração, para fins de evitar o dano ambiental, mas, principalmente, notamos que o BNDES, pôde provar a sua inocência com a excludente de fato de terceiro, ao demonstrar que não concorreu com o dano e que cessou o financiamento assim que soube do ocorrido:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRETENDIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS EM PROPRIEDADE PRIVADA NA AÇÃO PRINCIPAL – LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNPM, IBAMA, ESTADO DE MINAS GERAIS (COPAM), FEAM, IGAM E BNDES – O ESTADO RESPONDE CIVILMENTE POR ATO OMISSIVO DO QUAL RESULTE LESÃO AMBIENTAL EM PROPRIEDADE DE TERCEIRO – 1. As entidades de direito público responsáveis pela vigilância, controle e fiscalização da atividade mineradora, juntamente com a empresa extrativista, possuem legitimidade para responder como sujeitos passivos em ação de reparação por danos ambientais que se alega sofridos por particular em sua fazenda, os quais causaram crateras (dolinas) e a morte de animais, por contaminação da água. 2. Legitimidade do DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral que se reconhece em face de sua competência para autorizar e fiscalizar a atividade mineradora (DL 227/67). 3. O IBAMA, na qualidade de órgão executor no contexto do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e devido a sua competência fiscalizadora supletiva (Dec 99.274/90, at. 18) possui legitimidade para integrar a lide, na medida em que lhe cabe exercer ingerência direta para conter a degradação ambiental, bem como o Estado de Minas Gerais possui, por seu órgão específico, o COPAM, a inegável atribuição de expedir licenças e de fiscalizar as atividades ambientais. 4. A FEAM – Fundação Estadual do Meio Ambiente, por ser a fundação estadual responsável pela fiscalização e determinação

4 Na vigília.

5 Na escolha.

de medidas compensatórias do meio ambiente, também é parte legítima para integrar o pólo passivo da lide. 5. Igual sujeição passiva cabe reconhecer ao Instituto Mineiro de Gestão das Águas – IGAM, tendo em vista que existe, nos autos, laudo técnico atestando a poluição da água, em decorrência da atividade extrativista, de sorte que, até que o fato seja devidamente comprovado, na ação originária, estaria havendo falha na fiscalização por parte, também, do dito instituto. 6. Quanto ao BNDES, o simples fato de ser ele a instituição financeira incumbida de financiar a atividade mineradora da CMM, em princípio, por si só, não o legitima para figurar no pólo passivo da demanda. Todavia, se vier a ficar comprovado, no curso da ação ordinária, que a referida empresa pública, mesmo ciente da ocorrência dos danos ambientais que se mostram sérios e graves e que refletem significativa degradação do meio ambiente, ou ciente do início da ocorrência deles, houver liberado parcelas intermediárias ou finais dos recursos para o projeto de exploração minerária da dita empresa, aí, sim, caber-lhe-á responder solidariamente com as demais entidades-rés pelos danos ocasionados no imóvel de que se trata, por força da norma inscrita no art. 225, caput, § 1º, e respectivos incisos, notadamente os incisos IV, V e VII, da Lei Maior. 7. Agravo de instrumento provido. (TRF 1ª R. – AG 01000363291 – MG – 5ª T. – Rel. Des. Fed. Fagundes de Deus – DJU 19.12.2003 – p. 185) JCF.225 JCF.225.1 JCF.225.IV JCF.225.V JCF.225.VII (destaque nosso).

Como exemplo, citamos uma mineradora legalizada, com todas as licenças ambientais em ordem, com o exercício de sua lavra dentro da lei, com o poder público fiscalizando corretamente, situada em lugar ermo e de difícil acesso, que sofre um imprevisível despejo de rejeitos de uma outra mineradora plenamente identificável, em área de preservação permanente, onde desenvolve suas atividades, e em terreno de sua propriedade. A mineradora legalizada não causou o dano, e muito menos houve falha do poder público por prestação ineficiente do serviço, sendo plenamente aplicável a excludente de responsabilização de fato de terceiro. O único responsável é a mineradora vizinha. Situação semelhante teríamos em caso de incêndio criminoso das instalações, causando dano ambiental, em situação em que os prédios são fortemente vigiados, com toda a diligência do homem experiente do ramo de mineração que age de boa-fé e dentro da perícia do minerador médio, uma vez que ação fugiu da previsibilidade e todas as medidas protetivas foram tomadas.

Outra situação seria a de uma série de bacias de decantação, onde o minerador situado a montante não tenha tomado os devidos cuidados que o minerador a jusante tomou, e partir da ruptura da bacia situada acima, em virtude do seu

subdimensionamento, o conteúdo desta viria a se somar ao das bacias abaixo, causando a ruptura delas e danos ambientais. Entendemos que nesta condição teríamos a aplicabilidade da excludente do fato de terceiro, ou na pior das hipóteses, o direito a uma ação regressiva para se ressarcir dos prejuízos advindos da remediação ambiental e da sua própria propriedade prejudicada.

A aplicação das excludentes de responsabilidade para o ator social privado é menos polêmica em nomenclatura e aceitação do que é para o Estado; esta ainda gera uma certa dissonância entre os doutrinadores, que as caracterizam com o mesmo nome, porém com conteúdo diferente e aplicação mais restrita. Pois, alguns entendem que a responsabilidade do Estado é regida pela Doutrina do Risco Integral e corroborada pelo Princípio da Isonomia e da Legalidade, estando atada ao artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88, de forma que deve procurar reparar todos os danos em que estiver envolvido, para não prejudicar a nada e a ninguém, inclusive por um dever de solidariedade, que seria a sua razão última de existir, dever que também foi transformado em princípio, o Princípio da Solidariedade. Outros, aplicam a Teoria do Risco Administrativo, sob o argumento de fundo, de que, quando se faz o Estado pagar pelos seus erros, está-se onerando o próprio cidadão, busca-se justificar uma atenuação da sua responsabilidade, argumento a nosso ver equivocado, pois a sociedade como um todo é muito maior que o Estado, e este foi criado para gerar bem-estar, e quando se desvia da sua função deve ser responsabilizado juntamente com seu servidor, verificando-se o dolo ou a culpa do mesmo. Entendemos que ao Estado devem ser aplicadas as excludentes de responsabilidade, que a modera por razões de justiça e equidade, e não por um argumento patrimonialista.

Quanto aos entes privados, apesar da função social da propriedade, estariam desvinculados daqueles princípios, existindo para seus próprios fins de acumulação de riqueza e lucro, sendo-lhes vedado apenas aquilo que estiver expresso em lei. Então, para o setor privado valeria a máxima de onde está o lucro também está o ônus.

O caso da mineração detém a peculiaridade de que a atividade depende de uma outorga do Estado, sempre concedida em conformidade com a legislação ambiental. Seria impossível utilizar-se de uma excludente de responsabilidade civil em caso de um licenciamento irregular, ou mesmo de uma falha de fiscalização, em caso de dano ambiental. Nesta condição ficaria ilidida apenas a responsabilidade administrativa do minerador. Quanto a imputar este ônus ao servidor público e ao Estado, parece-nos correto que sejam responsabilizados solidariamente pelo dano ambiental, exceto em condição de mineração totalmente irregular, em lugar ermo e quase inacessível, em que o servidor seria isentado da sua responsabilidade em razão da ausência de dolo ou culpa, posto lhe ser impossível ser onipresente e onisciente, porém diferente é a situação do poder público, em virtude

de seu próprio poder-dever de polícia. Afinal, a responsabilidade do servidor é subjetiva, e este apenas será responsabilizado quando causar dano de forma comissiva ou omissiva, enquanto que a responsabilidade da entidade a que pertence será sempre objetiva, logo muito mais ampla.

A responsabilização do Estado alterou-se ao longo dos anos, passando da irresponsabilidade dos Estados absolutistas para o Estado Moderno, com a aceitação da responsabilidade pelos atos de gestão, mas jamais para os atos de império. Os atos de gestão são aqueles atos em que o órgão público se iguala ao particular, praticando atos por seus prepostos, e é regrado por uma lei comum, enquanto que os atos de império, pela natureza soberana do Estado, é regrado por lei exorbitante, com privilégios unilaterais, não alcançáveis pelo particular.

Desta concepção, houve uma evolução para atingir-se uma responsabilização objetiva da Administração, típica do Estado pós-moderno ou contemporâneo, a qual visa proteger o cidadão contra o abuso do Poder Estatal, proteção baseada no Princípio da Solidariedade, dividindo entre todos os danos gerados pelo Poder Público, responsabilizando-o, em vez de a vítima ter de arcar com os danos causados em nome da coletividade, de forma solitária e injusta.

Esta última forma de responsabilidade também passou por uma evolução em três estágios: o primeiro correspondente à Teoria da Culpa do Serviço ou Administrativa, que seria a culpa anônima do serviço, por ter funcionado mal, também conhecida como acidente administrativo (DI PIETRO, 1999); seguido pelo segundo, o da Teoria do Risco Administrativo, que corresponde a responsabilização objetiva com aceitação da aplicação das excludentes da responsabilidade, é a mais aceita na doutrina e nos tribunais; chegando, finalmente, na teoria do risco integral, a qual não admite a aplicação das excludentes.

A primeira teoria, na prática, imputava responsabilidade ao poder público somente em casos de culpa e falta ou falha do serviço. A segunda teoria responsabiliza a Administração a partir da ocorrência do dano e a terceira a partir da simples existência donexo causal; esta não admite o uso das excludentes, a segunda teoria, sim. Autores como Caio Tácito, Francisco Campos, Ruy Cirne Lima, San Tiago Dantas e outros, aceitam apenas a aplicação da excludente de responsabilidade conhecida como força maior, sendo irrelevante a prova da culpa de prepostos, mas, sim, dos fatos e da facilitação ou causa dos danos em virtude de posturas daqueles (FIGUEIREDO, 2000).

A Teoria do Risco Administrativo, a qual é dominante, advoga que a adoção da Teoria do Risco Integral acarretaria a responsabilização solidária e irrestrita do Estado com o empreendedor, o que em última instância, penalizaria o cidadão, que arcaria com despesas, pela via de impostos, a que não deu causa, e, por via reflexa, a própria vítima arcaria com o ônus do passivo ambiental sem qualquer participação ativa na ocorrência. Outro argumento seria o de que a Teoria do

Risco Integral não seria capaz de abarcar todos os fatos da vida; daí o seu excesso de rigor ser injusto, justificando a aplicação das excludentes de responsabilidade. E, finalmente, o argumento baseado no estudo de nossas Constituições mais antigas, em comparação com a atual, que demonstra que nunca foi a intenção do legislador criar a responsabilidade total e irrestrita. O argumento histórico consiste no fato de que as redações do artigo 194, da CF/46 e do artigo 107, da EC n.º 1/69 são equivalentes ao artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88, vez que na primeira Carta Magna já havia a revogação tácita de parte do artigo 15, do antigo CC. de 1916, limitando a responsabilidade da Administração às ações e omissões de seus servidores. Então, para que surja a obrigação de reparar ou indenizar o dano ambiental, é necessário que se constate a lesão e o respectivonexo causal entre esta e o proceder do servidor, ou com o serviço público prestado, assim como perscrutar pela inexistência de alguma excludente de responsabilidade que possa ser aplicada, assemelhando-se a responsabilidade do risco administrativo aos critérios da Teoria do Risco Criado (MUKAI, 2005).

Corroborando o acima esplanado, o eminente doutrinador Mukai (p. 62, 2005) esplanava: *Sabe-se que, com efeito, é pacífica, tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira, a tese de que, desde a Constituição de 1946, o Direito Pátrio sufragou a teoria do risco administrativo e não do risco integral.* Entende tal doutrinador que o Estado poderia se escusar da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima e por eventos imprevisíveis e incontroláveis da natureza, mas, quanto aos eventos de natureza humana, estes não seriam aceitos por fazerem parte do risco do serviço.

Quanto às entidades da Administração pública indireta, como empresas públicas e sociedades de economia mista, quando exercerem atividades de natureza privada, como mineração por exemplo, serão disciplinadas na sua responsabilidade extra-contratual pelas mesmas regras que se aplicam aos agentes privados. Por outro lado, se os agentes privados exercerem atividades delegadas, prestando serviços públicos, sobre estes incidirão as regras da responsabilização do artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88.

Neste sentido, MEIRELLES (2002) entende que Estado, quando for empreendedor, será responsabilizado na modalidade do risco integral, baseada em dano e nexocausal, pois equipara-se a ator social privado, porém, quando presta serviços públicos fica sujeito a situações de imputação pela responsabilidade decorrente do monopólio do poder de polícia administrativo, regulada pela Teoria do Risco Administrativo, a qual admite a aplicação das excludentes do *fato de terceiros* e de *força maior*, permitindo a atenuação e até a exclusão do ônus, de acordo com os fatores voluntários ou não, que tiverem prevalecido ou concorrido no dano injusto. Vejamos, que no caso abaixo, temos sociedade de economia mista, prestando serviço público, em que mesmo assim se entendeu possível a aplicação

das excludentes de responsabilidade, desde que provadas, ou seja, aplicou a Teoria do Risco Administrativo em vez da Teoria do Risco Integral, mesmo tendo citado a CF/88.

APELAÇÃO CÍVEL-AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS-PRESTADORA DE SERVIÇO DE PÚBLICO- RESPONSABILIDADE CIVIL – MORTE – ACIDENTE OCACIONADO POR UM BURACO ABERTO EM VIA PÚBLICA SEM A DEVIDA SINALIZAÇÃO-SEGURO OBRIGATÓRIO-DEDUTIBILIDADE DO MONTANTE DA INDENIZAÇÃO-I. A sociedade de economia mista, prestadora de serviço público responde objetivamente pelos prejuízos que seus prepostos ou empregados, no exercício de suas funções ou a pretexto delas, causaram a terceiros, tendo em vista o que dispõe o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal, bastando que fique provada a relação causal, ou seja, o fato ilícito, o dano sofrido e o nexo de causalidade entre este e aquele. II. Se a parte apelante não conseguiu comprovar a ocorrência de causas excludentes de sua responsabilidade, subsiste a obrigação de indenizar mormente se considerarmos que não houve qualquer diligência no sentido de sinalizar a existência de buraco aberto por ela em plena via pública para a realização de um serviço, inexistindo qualquer informação sobre as condições de perigo que o local oferecia, tendo, em decorrência da sua negligência ocasionado o acidente que culminou com o falecimento do genitor do apelado. III. O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido por ocasião do pagamento da indenização. Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJGO-AC 81912-3/188-4ª C.Cív. – 5ª T. – Rel. Des. Stenka Neto – DJGO 27.01.2005).

Quanto às hipóteses dos serviços públicos delegados a empresas privadas, as decisões abaixo são muito elucidativas, pois explicitam a responsabilidade objetiva delas, desde que comprovado o nexo causal entre a lesão e a falha do serviço, e admitem a aplicação das excludentes de responsabilidade, desde que sejam provadas. Tais decisões também demonstram a responsabilidade subjetiva do trabalhador equiparado a servidor.

ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” – Responsabilidade civil. Concessionária de exploração de estrada de rodagem. Ação indenizatória ajuizada por passageiro de veículo que trafegava por rodovia objeto de concessão e foi atingido por uma pedra supostamente proveniente de um trator prestador de serviço. Legitimidade passiva fundada na responsabilidade objetiva definida no artigo 37, § 60, da Constituição Federal reconhecida

a possibilidade de ação regressiva contra o causador do dano. Preliminar rejeitada.” intervenção de terceiros. Denúnciação da lide. Fundamento no artigo 70, III, do Código de Processo Civil. Descabimento. Responsabilidade imputável na lide secundária fundada na culpa, diversamente daquela apurada de forma objetiva na lide originária. Necessidade da análise de fundamento novo para o reconhecimento do direito de regresso. Pedido indeferido. Recurso desprovido. Prova. Perícia. Repetição de exame odontológico. Deferimento. Atendimento aos princípios do contraditório e da celeridade processual. Agravo de instrumento provido em parte para esse fim. (1º TACSP – AI 1249335-1 – Campinas – 2ª C. – Rel. Juiz José Reynaldo – J. 11.02.2004). APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – APELO IMPROVIDO – 2ª APELAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DA CULPA EXCLUSIVA DO APELADO/AUTOR – RECURSO IMPROVIDO – APELO IMPROVIDO – Sendo a empresa/ré concessionária de serviço público esta responde pelos danos causados pelos seus agentes, segundo disposto no art. 37, § 6º da CF, do qual se extrai a responsabilidade civil objetiva, eximindo-se apenas do dever de indenizar quando provar que o fato ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou por caso fortuito ou de força maior, o que não se deu in casu. 2ª apelação. Ausência de provas capazes de demonstrar a culpa exclusiva do apelado, mantendo-se, portanto, a responsabilidade da empresa/ré. Recurso improvido. (TJES – AC 011990277698 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Amim Abiguenem – J. 04.05.2004).

CONSTITUCIONAL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INCÊNDIO OCASIONADO POR DESCARGA ELÉTRICA – PRODUTOS DETERIORADOS – DANO MATERIAL COMPROVADO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU – CONFIRMAÇÃO – 1 – As pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, têm obrigação de indenizar os danos causados por sua conduta omissiva ou comissiva, não havendo necessidade de perquirição acerca da existência de dolo ou culpa, haja vista tratar-se de responsabilidade objetiva, nos moldes do art. 37 § 6º, da Constituição Federal. 2 – Precedentes. 3 – Constatada a presença de indícios suficientes de que o incêndio ocorrido no estabelecimento comercial da apelada fora causado por deficiente manutenção da rede de fornecimento de energia elétrica, a cargo da empresa concessionária de energia elétrica, torna-se evidente a relação de causalidade entre a sua atividade e o evento danoso. 3 – Aplicação

do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. 4 – Recurso improvido. Unanimidade. (TJMA – AC 015531-2002 – (49.027/2004) – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Raimundo Freire Cutrim – J. 30.03.2004).

RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – AJUIZAMENTO CONTRA A CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA – ART. 37, § 6º, DA CF – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E DIRETA DO ESTADO, FUNDADA NA TEORIA DO RISCO – Não evidenciado o nexo etiológico entre a conduta da ré e os danos suportados pelo autor – Alegação do autor de que o acidente ocorreu por causa de uma poça d'água, o que fez com que o seu veículo perdesse a aderência dos pneus sobre a pista de rolamento, capotando em uma ribanceira – Não provada a existência da referida poça d'água, nem qualquer comportamento omissivo da ré – Não caracterizada a inoperância do serviço prestado pela concessionária – Impossibilidade de se acolher a pretensão indenizatória formulada pelo autor – Improcedência da ação de ressarcimento – Apelo provido para este fim. (1º TACSP – AP-Sum 1179928-3 – São José do Rio Pardo – 4ª C. – Rel. Juiz José Marcos Marrone – J. 15.10.2003).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ASSALTO A ÔNIBUS – NEXO CAUSAL – DANO MORAL – DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE – O dever de indenizar, por parte de empresa concessionária de serviços encontra respaldo na responsabilidade objetiva, salvo, se a empresa concessionária não consegue demonstrar que o assalto em que se envolveu um ônibus de sua propriedade, constitui um caso de força maior, ou seja, não eram corriqueiros e de seu conhecimento, tais acontecimentos na região. Aplicação dos artigos 37, § 6º, da CF e 14 e 22 do cdc. (TAMG – AC 0392891-2 – (71383) – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Unias Silva – J. 29.05.2003).

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – ATROPELAMENTO – NEXO DE CAUSALIDADE – ÔNUS PROCESSUAL – DANO MORAL – ARBITRAMENTO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – A responsabilidade civil do transportador pode ser examinada por três aspectos: em relação aos seus empregados, em relação aos seus passageiros e em relação a terceiros. O par. 6º, do art. 37, da Carta Magna transformou em objetiva a responsabilidade civil do Estado, fundada no risco administrativo, estendendo-a às pessoas jurídicas de direito público prestadoras de serviços públicos.

O transporte coletivo é serviço público concedido, permitido ou autorizado. A responsabilidade civil do transportador em relação a terceiros é afastada pelas causas que excluem o nexo etiológico: fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiro. O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor atribuiu responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços. O art. 17 equiparou todas as vítimas do evento, ainda que estranhas à relação contratual, superando a clássica dicotomia entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Desta forma, com as modificações introduzidas pelas normas de defesa do consumidor, a responsabilidade civil nas relações de serviço e de consumo está submetida a uma única disciplina. O fundamento da responsabilidade civil, em qualquer hipótese, é o defeito do produto ou do serviço. Dano moral. Princípio da razoabilidade. Fixação compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano por ela causado. Desprovimento do recurso. (IRP) (TJRJ – AC 28130/2001 – (2001.001.28130) – 8ª C.Cív. – Relª Desª Letícia Sardas – J. 19.02.2002).

CIVIL E PROCESSO CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA – INCÊNDIO ORIGINÁRIO DE ERRÔNEO DIMENSIONAMENTO DO DISJUNTOR NO QUADRO DE MEDIÇÃO ELÉTRICA DO CONDOMÍNIO – ATO ILÍCITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – NÃO PROVIMENTO – I – As concessionárias de serviço público de fornecimento de energia elétrica respondem objetivamente, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pelos danos materiais e morais ocasionados em decorrência de incêndio originário do errôneo dimensionamento do disjuntor no quadro de medição elétrica do condomínio, ainda mais quando não houve a devida comprovação de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro; II – apelação não provida. (TJMA – AC 003285/2004 – (50.068/2004) – São Luís – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha – J. 03.06.2004)

Da análise das decisões acima, notamos que está pacificado o emprego das excludentes de responsabilidade, porém quais podem ou não serem utilizadas, ainda será material para intenso debate.

Dentro deste debate, a doutrinadora DI PIETRO (1999) admite a aplicação da excludente de responsabilidade de força maior e a trata como eventos excepcionais da natureza ou de origem antrópica, que causam o dano, sem a falha concorrente do serviço público (mau funcionamento, funcionamento tardio ou

não funcionamento, dano anônimo). Não admite o caso fortuito que explicita unicamente como fato das coisas, como quebra de equipamentos etc. Por sua vez, FERRAZ (1977) admite somente a força maior excepcional, o que nos parece redundante, pois se o fato for corriqueiro não será o caso de aplicação da excludente, mas, sim, da imputação por causa de serviço público ineficiente. Nos Estados Unidos da América, de acordo com autores estrangeiros utilizados neste trabalho, a força maior é considerada somente em caso de guerra formalmente declarada.

As atividades de risco ao meio ambiente, assim como os serviços públicos delegados, por força de lei, estão com sua execução condicionada à outorga e fiscalização do Estado; e falhas dos agentes em proteger o meio ambiente, emissão de normas e sentenças em desconformidade com a proteção ambiental serão consideradas como falhas de serviço que acarretarão a responsabilização, impedindo a aplicação das excludentes de responsabilização.

Nestas condições, o Estado será solidariamente obrigado a reparar os prejuízos de terceiros. Outra situação, que fará emergir sua responsabilização objetiva, será quando demonstrada a culpa ou dolo de seu servidor no exercício da função, restando sempre a ação regressiva para fins de ressarcir o erário e combater a impunidade, agindo como uma ferramenta moralizadora e educadora para os agentes públicos.

Os operadores do direito, em sua maioria, aceitam a aplicação da Teoria do Risco Criado (equiparada a Teoria do Risco Administrativo), com a aplicação das excludentes de responsabilidade, como o fato de terceiro, o caso fortuito (exceto o fato da coisa ou caso fortuito interno); da culpa exclusiva da vítima e da força maior. A aplicação das excludentes de responsabilidade esta vinculada a prova de sua ocorrência, e de que esta tenham causado isoladamente a lesão.

Observamos na doutrina e jurisprudência, a aceitação teórica e prática da Teoria do Risco Criado com as mais diversas nomenclaturas, tendo em comum a aplicação das excludentes de responsabilidade, não sendo apenas pacífico, quais seriam aplicáveis, se todas ou algumas. Concluímos que, tanto ao poder público quanto ao empreendedor privado, aplicam-se as excludentes de responsabilidade pelo dano ambiental causado pela atividade mineraria, uma vez que, pelos estudos efetuados, nada se comprovou em sentido contrário; ou tenha feito creditar a mineração importância econômica menor que outras atividades econômicas de risco, ou que tenha potencialidade de danos superiores a estas.

