

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DOS DANOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELAS CONCESSIONÁRIAS: UMA ANÁLISE À LUZ DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO

*CIVIL LIABILITY OF THE STATE IN RESPECT OF THE ENVIRONMENTAL DAMAGES
CAUSED BY THE CONCESSIONAIRE: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE
DUTY OF INSPECTION*

Hebert Alves Coelho*
Elcio Nacur Rezende**

RESUMO: O presente artigo analisa a importância da correta aferição da responsabilidade civil do Estado em face da prática de atos danosos ao meio ambiente causados por concessionárias por ele contratadas para a execução de um serviço ou de uma obra. Existem determinadas condutas que apenas indiretamente afetam o equilíbrio ambiental, sendo possível que não apenas o responsável direto, mas também o responsável indireto, possam vir a ser responsabilizados civilmente pelos danos ambientais. Nada obstante, ainda que seja patente a responsabilidade objetiva do Estado, constata-se a necessidade de se analisar a existência de vínculo entre a conduta e a ocorrência do dano ambiental. Necessário aferir, pois, se o Estado, contribuiu de alguma forma, como na inadequada fiscalização da execução contratual, pela ocorrência do dano causado diretamente pela concessionária. Buscou-se compreender o problema por meio de raciocínio dedutivo, com vertente metodológica jurídico teórica, alicerçando-se na análise de doutrinas e de artigos relacionados com o tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil ambiental; estado; concessionárias.

ABSTRACT: This article analyzes the importance of correctly assessing the civil liability of the State in the face of the practice of acts harmful to the environment caused by concessionaires contracted by it for the execution of a service or a work. There are certain behaviors that only indirectly affect the environmental balance, being possible that not only the direct responsible, but also the indirect responsible can be held civilly responsible for environmental damages. Nevertheless, even if the State's objective liability is evident, it is necessary to analyze the existence of a link between the conduct and the occurrence of environmental damage. It is necessary to assess, therefore, whether the State has contributed in any way, as in the inadequate supervision of contractual execution, by the occurrence of damage caused directly by the concessionaire. The aim was to understand the problem through deductive reasoning, with a juridical-theoretical approach, based on the analysis of doctrines and articles related to the theme.

Key-words: Environmental civil liability; state; concessionaries.

* Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara e Procurador do Estado de Minas Gerais.

** Mestre e Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da Fazenda Nacional.

1. INTRODUÇÃO

Nos termos do art.175 da Constituição Federal o Estado poderá executar a prestação de serviços públicos, diretamente ou indiretamente, através das concessionárias ou permissionárias. O Poder Público poderá, assim, delegar a um terceiro particular a execução de algum serviço ou de alguma obra.

Caso ocorram danos durante a prática dessas atividades delegadas pelo Estado, será necessário aferir quem será o responsável e se esta responsabilidade será objetiva ou subjetiva. Diante do que dispõe o art.37 §6º da Constituição Federal de 1988, fica patente existir a responsabilidade objetiva não apenas em face das Pessoas Jurídicas de Direito Público, mas igualmente das Pessoas Jurídicas de Direito Privado prestadoras de Serviços Públicos.

Sendo o meio ambiente um direito difuso, pertencente a toda a coletividade, e nos termos do que dispõe o art.14 §1º da lei 6.938/81, a responsabilidade pela ocorrência de desequilíbrios ambientais deverá ser atribuída ao agente poluidor, de forma objetiva, independentemente de ele ter agido ou não com culpa.

A despeito da responsabilização civil objetiva diante da ocorrência de danos ambientais, constata-se a importância de se identificar corretamente aqueles que poderão figurar no polo passivo de uma ação de responsabilização civil ambiental em razão de danos ocorridos durante a execução de um contrato de concessão.

Mesmo que o dano ambiental tenha sido causado diretamente apenas pela concessionária, deve-se analisar se, no caso concreto, a responsabilidade pela ocorrência deste dano poderá ser atribuída ao Estado, ainda que de forma indireta. Mesmo não tendo sido o causador direto do dano, poderá o Estado, eventualmente, contribuir para sua ocorrência.

O dever de fiscalização sujeitará as concessionárias contratadas ao controle da execução do objeto do contrato pelo Estado, poder concedente, que permanecerá com a titularidade do serviço ou da obra pública. Apesar da fiscalização estatal, a concessionária poderá ainda ocasionar danos ambientais na execução do contrato.

A despeito da responsabilidade ser objetiva, é imprescindível a demonstração da conduta, do dano e do nexo de causalidade a fim de se identificar adequadamente o poluidor.

O objetivo deste artigo é compreender jurídica e tecnicamente a atribuição a particulares, por meio de um contrato de concessão, da execução de alguma obra ou serviço de titularidade do Estado e, até que ponto, diante do poder de fiscalização do Estado,

permanece ele como responsável pelos danos ambientais causados pela concessionária contratada por ela.

O problema que ora se apresenta envolve a aferição da necessidade de se constatar a efetiva existência do nexo causal diante da prerrogativa do Estado em fiscalizar o contrato de concessão, mesmo diante da existência de responsabilidade civil objetiva, independentemente de discussão de culpa.

Justifica-se este estudo pela necessidade de se compreender até que ponto o Estado pode ser considerado poluidor diante da prática de condutas danosas ao meio ambiente por alguma empresa privada que atua por delegação deste Estado. Buscou-se compreender o problema através do método dedutivo, alicerçando-se na análise de doutrinas e artigos relacionados ao tema.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A concepção a respeito da responsabilidade Civil do Estado sofreu grande evolução ao longo do tempo. Na primeira fase, durante o período absolutista entre os séculos XVI e XVIII, partia-se do entendimento de que o rei não errava (*the king can do not wrong*). Nesta fase os indivíduos eram tolhidos em seus direitos e não se reconhecia a possibilidade de quaisquer ressarcimentos pecuniários diante de eventuais danos causados aos particulares em face de atos praticados pelo Estado.

Em uma segunda fase, a irresponsabilidade do Estado evoluiu para uma responsabilidade com culpa. Nesta fase, a responsabilidade do Estado dependia da demonstração de sua conduta culposa. Estabelecia o art.15 do Código Civil de 1916 que a responsabilidade do Estado somente existiria caso demonstrasse que o mesmo realizou ato contrário ao direito. Expõe o referido dispositivo:

Art.15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que, nesta qualidade, causarem danos a terceiros procedendo de modo contrário ao direito ou facultando a dever prescrito em lei, salvo direito de regresso contra os causadores dos danos (BRASIL, 1916)

Em seguida, o ordenamento jurídico evoluiu para reconhecer a responsabilidade civil objetiva, dispensando-se, finalmente, a demonstração ou não de dolo ou culpa para que o Estado possa ser responsabilizado. No âmbito constitucional a responsabilidade civil objetiva do Estado foi expressa pela primeira vez na Constituição Federal de 1946. Atualmente esta responsabilidade está expressa no art.37§6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Embora o ordenamento jurídico brasileiro utilize como regra, a responsabilidade civil subjetiva, dispõe o art.927 §único do atual Código Civil a possibilidade de reparação de danos “independentemente de culpa, nos casos especificados em lei” (BRASIL, 2002). Assim, em determinadas hipóteses, o ordenamento jurídico pode estabelecer a responsabilidade civil objetiva. Anote-se que a responsabilidade objetiva do Estado é expressamente prevista na própria Constituição Federal.

Deve-se ressaltar, no entanto, entendimentos no sentido de que tal responsabilidade decorre apenas de atos comissivos do poder público, tendo permanecido sua responsabilidade subjetiva diante de atos omissivos diante da chamada culpa anônima do serviço. Neste sentido, expõe Bandeira de Mello (2004, p.895): “Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva.”

Anote-se que o art. 37, § 6º, reporta-se, apenas, ao comportamento comissivo do Estado. Somente o facere, isto é, a atuação positiva pode gerar efeitos. Tanto é assim que a responsabilidade nele contida é a objetiva. Do contrário, a responsabilização seria subjetiva, dependendo de procedimento doloso ou culposo. (BULOS, 2007, p.397).

Por outro lado, há entendimentos de que independentemente do ato ser comissivo ou omissivo, a responsabilidade do Estado será sempre objetiva. “... a responsabilidade civil do Estado, por atos comissivos ou omissivos de seus agentes é de natureza objetiva, isto é, prescinde de comprovação de culpa” (MALHEIRO, 2017, p.375). Segundo este último posicionamento, mesmo nas condutas omissivas do Estado a responsabilidade será objetiva, apenas exigindo-se a demonstração do nexo causal entre a omissão e o dano. Ressalte-se, pois, a indispensabilidade da demonstração do nexo causal mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

Diante da inegável Responsabilização Civil Objetiva do Estado necessário compreender a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado que recebem delegação por parte deste Estado para a execução de um serviço ou de uma obra pública.

3. AS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

3.1 RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DE OBRAS OU SERVIÇOS PELAS CONCESSIONÁRIAS

A Administração Pública necessita de dispender recursos financeiros a fim de prestar suas atividades de interesse público. Seja para a construção de uma ponte ou de uma estrada, seja para a prestação de um serviço de esgoto ou fornecimento de gás, por exemplo, há a necessidade de que os gastos na execução destas obras ou serviços sejam custeadas pelos cofres públicos. Nada obstante, a necessidade que a Administração Pública possui de realizar as mais diversas despesas para cumprir os objetivos constitucionais previstos no art.4º da Constituição Federal de 1988, como a promoção do bem-estar de todos, é dificultada ou mesmo inviabilizada diante da escassez desses recursos financeiros, em especial em tempos de crise econômica. Isto pode acabar por impedir a execução destas atividades em prejuízo da coletividade que seria a beneficiada.

Poderá a Administração preferir a execução das obras ou a prática dos serviços públicos através de particulares, que, contratados, o farão, por sua conta e risco e sem que a Administração Pública gaste qualquer recurso de seu orçamento. Em contrapartida, a contratada terá direito ao recebimento de remuneração, em geral paga através de tarifas pelos usuários da obra ou do serviço. “A titularidade do serviço público foi atribuída ao Poder Público (que delega apenas sua execução) e o destinatário é o povo, o usuário, o cidadão.” (MALHEIRO, 2017, p. 382). Assim, embora a prestação de um serviço ou a de uma obra permaneça sendo de responsabilidade do Estado, este poderá transferir sua execução a um particular contratado, que realizará a obra ou o serviço sob a fiscalização do Estado.

Nesse sentido o art.175 da Constituição Federal estabelece que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público. Já a lei 8.987/95 regulamenta a concessão ou permissão de serviços públicos. O licitante vencedor da licitação poderá firmar contrato administrativo com a Administração Pública, poder concedente, para dar cumprimento ao

objeto da licitação, permanecendo, no entanto, a titularidade do serviço ou da obra pública com o poder concedente. As concessões são, pois, contratos administrativos precedidos de licitação que transferem aos particulares a execução do contrato, sempre sob a fiscalização do poder concedente.

Diante da execução de um serviço público ou de uma obra pública deve-se aferir de quem será a responsabilidade pelos danos eventualmente acarretados pela concessionária.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS

As concessionárias teriam, em princípio, como entes privados, tão somente a responsabilidade subjetiva pelos danos causados. Nada obstante, deve-se aferir que, sendo elas as responsáveis pela execução dos serviços ou obras públicas, cuja titularidade permanece com os entes públicos concedentes, a elas deve ser também atraída a responsabilidade objetiva.

Embora inicialmente tenha havido discussões quanto à necessidade de demonstração de culpa pela responsabilidade do concessionário (SANTANA, 2008), o art. 37§6º da Constituição Federal é taxativo em estender a responsabilidade civil objetiva também às prestadoras de serviço Público. Dispõe o referido dispositivo constitucional “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Constata-se, portanto, que as concessionárias/permissionárias, mesmo sendo pessoas jurídicas de direito privado, diante da ocorrência de danos decorrentes da execução do contrato, responderão, tal como o Estado, poder concedente, de forma objetiva, independentemente da existência de culpa.

SANTANA (2008) expõe que:

Em razão de sua condição, o concessionário que presta o serviço público, assume a obrigação de responder pelos compromissos assumidos e pelos danos que vierem a causar a terceiro ou ao próprio Poder Público. É assim porque quem assume certas obrigações deve por elas responder de forma suficiente.

Seria no mínimo incongruente se o Poder Público, ao delegar a concessão de um serviço ao particular, neste ato, tão-somente, disponibilizasse direitos e vantagens, permanecendo direta e

solidariamente responsável pelos atos do concessionário, aspecto que certamente afrontaria os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Logo, ao concessionário, além dos direitos e prerrogativas, também cabem os deveres, e os eventuais riscos, devendo este arcar com o ônus decorrente de sua atividade.

É certo que assumindo as concessionárias os bônus pela execução do contrato e, a despeito da titularidade da prestação de algum serviço público ou realização de alguma obra pública permanecer com o Estado, poder concedente, deverão tais concessionárias também assumir os ônus e os riscos inerentes ao contrato, isentando-se, em princípio o poder público concedente de responsabilidades por danos causados a terceiros. A atividade cedida deve ser realizada sob a responsabilidade da concessionária.

Após participar de licitação e assinar com o Poder Concedente a execução do contrato, a concessionária assume para si, em troca de remuneração, os riscos inerentes da execução do objeto contratual na mesma forma e nas mesmas condições que o Estado concedente teria que responder. Ao dar cumprimento ao contrato, a concessionária realiza suas atividades por sua conta e risco, devendo certamente ser responsabilizada por eventuais danos que causar durante a execução contratual de forma objetiva, independentemente de necessidade de demonstração de dolo ou culpa por parte dela.. Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO (2004, p. 699) reconhece que o concessionário executa o contrato por sua conta e risco, respondendo perante terceiros pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DA PRÁTICA DE ATOS DANOSOS PRATICADOS PELA CONCESSIONÁRIA.

Deve-se perquirir se persiste a responsabilidade do Estado diante da prática de algum ato danoso pela empresa privada concedente. Pelo disposto no art.37§6º da Constituição Federal é certo que a concessionária responderá de forma objetiva diante de danos causados por ela durante a execução do contrato. Nada obstante, diante da certa responsabilização civil da empresa concedente contratada, necessário se faz a análise se há também ou não a responsabilidade civil do Poder Público concedente em razão da prática de conduta danosa praticada pela concessionária contratada.

Cumprir destacar que, entre as cláusulas ditas como exorbitantes dos contratos administrativos, inclusive os de concessão, amparados pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, está o poder de exercer fiscalização do contrato das concessionárias. Dispõe o art. 3º da lei 8.987/93: “As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.”

Assim, durante a execução do contrato pela concessionária, o poder concedente fiscalizará sua adequada execução. Deve-se aferir, no entanto, que a existência desta fiscalização pelo Poder Concedente não exime a concessionária contratada de responsabilidade pela ocorrência de danos.

Dispõe o art. 70 da lei 8.666/93: “O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (BRASIL, 1993). No mesmo sentido, ainda, dispõe o art. 25 da lei 8.987/95: “Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.” (BRASIL, 1995).

Fica evidenciado, até pelo tratamento legislativo, que caberá às concessionárias a responsabilidade direta pela ocorrência dos danos, não sendo motivo para a isenção desta responsabilidade a fiscalização exercida pelo poder concedente. A referida fiscalização do contrato de concessão, amparado pelo princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, se justifica justamente para se aferir, por exemplo, se o contrato está sendo executado de forma adequada, se danos estão sendo causados, se os prazos contratuais estão sendo cumpridos, se as técnicas de execução estão sendo executadas de forma correta, se o material utilizado é aquele estipulado em contrato. Nada obstante, se a despeito da fiscalização pelo poder concedente, caso ocorram danos, ainda assim, a concessionária deverá ser responsabilizada.

É certo, assim, que a responsabilidade da concessionária persiste, mesmo diante da fiscalização do poder concedente. Nada obstante, deve-se perquirir se, ainda assim, haverá responsabilidade do Estado, poder concedente, diante de danos causados pela concessionária.

Cumprir registrar, portanto que, embora a existência de fiscalização pelo Poder Concedente não afaste a responsabilidade direta da Concessionária, há entendimento

doutrinário que a omissão na adequada fiscalização poderá ensejar responsabilidade solidária do Poder Concedente (CAHALI, 1995, p.151).

Constata-se a possibilidade da responsabilidade objetiva do Estado, pela prática de atos danosos realizados por suas concessionárias.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS PELA OCORRÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS: O DEVER DE FISCALIZAÇÃO PELO PODER CONCEDENTE

Diante da relevância da tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o art. 14§1º da lei 6.983/81 expressamente estabelece a responsabilidade objetiva pela ocorrência de danos ambientais. No referido dispositivo é exposto: “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.” (BRASIL, 1981).

A responsabilização objetiva por danos ao meio ambiente se assenta na ideia da justiça distributiva. Aquele que se dispõe a exercer uma atividade que tem potencialidade de causar danos ao meio ambiente deve se sujeitar a arcar pelos danos decorrentes dessa atividade, ainda que tais danos tenham ocorrido sem sua culpa. Não seria justo que o explorador de uma determinada atividade econômica, apesar de auferir os lucros e bônus decorrentes de sua atividade, atribuísse a responsabilidade à coletividade pelos danos ambientais que seu empreendimento pudesse causar, apenas porque não agiu com imprudência, negligência ou imperícia (COELHO, 2017, p.71).

A responsabilidade da concessionária, pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, que já é considerado objetiva em razão do disposto no art.37, §6º da Constituição Federal, ao causar danos ao meio ambiente será objetiva com fulcro também no que dispõe o art.14, §1º da lei 6983/81.

Em que pese não haver dúvidas quanto a responsabilidade objetiva da concessionária de serviços públicos que cause danos ambientais, deve-se aferir se persistirá a responsabilidade civil solidária ou subsidiária do Poder Concedente diante da ocorrência de tais danos, em especial diante de sua deficiência na fiscalização do contrato de concessão.

Se durante a execução de um contrato administrativo de concessão de serviços públicos a concessionária contratada causar danos ambientais, certamente a mesma deverá responder objetivamente. Nada obstante, o ente concedente, embora seja o titular do serviço público prestado, não causou, ele próprio, o dano. O dano ambiental durante a execução do contrato é causado por ação praticada apenas pela concessionária, o que pode gerar questionamentos a respeito da existência de responsabilidade do Estado ante a prática de ato danoso ao meio ambiente por outrem.

A fim de resolver esta questão deve-se melhor compreender o princípio do poluidor pagador, princípio este norteador da responsabilidade civil ambiental. “Ocorrendo o dano ambiental, o fundamento básico da responsabilidade civil passa a ser o princípio do poluidor pagador, o qual estabelece que sobre o autor do dano ambiental recaia o ônus decorrente dos custos externos de sua atividade.” (CASTRO, 2016, p.111)

Dispõe o art. 3º ‘IV’ da lei 6.938/81 que o poluidor é “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Pela literalidade da lei já se percebe que não apenas aquele que causar o dano diretamente, mas igualmente aquele que o causar de forma indireta serão tidos como poluidores pagadores e, como tal, deverão ser responsabilizados.

SANTANA (2008) defende que o Estado, poder concedente, poderá vir a ser responsabilizado, ainda que de forma subsidiária, pelo simples fato de ter realizado o contrato com a concessionária causadora do dano.

Estado responderá subsidiariamente, pois, foi ele quem “colocou nas mãos” do particular concessionário o desempenho de atividade primordialmente pública. [...] Dito entendimento vigora sob o espeque de que o dano experimentado pelo terceiro administrado só foi oportunizado em razão da própria Administração Pública ter concedido o serviço público à pessoa de direito privado. (SANTANA, 2008).

Nada obstante, a despeito da inegável possibilidade do possuidor indireto vir a ser eventualmente responsabilizado, é imperativo que se demonstre a relação de causalidade entre sua conduta e o dano.

CASTRO (2016, p.115) expõe que aqueles que concorrem de forma indireta, facilitando ou viabilizando a ocorrência do dano ambiental também deverão ser responsabilizados. Assim, pode-se afirmar que, pelo princípio do poluidor pagador, todo

aquele que de alguma forma contribuiu para a ocorrência do dano poderá vir a ser responsabilizado, sendo certo que tal responsabilidade será objetiva, nos termos do que dispõe o art.14 §1º da lei 6.938/81. Assim são tidos como poluidores todos que, de alguma forma, contribuíram para a ocorrência do dano ambiental.

. É certo, no entanto, que, a despeito da desnecessidade de demonstração de dolo ou culpa para aferir a responsabilidade civil ambiental, é imprescindível que se demonstre a conduta, o dano e o nexo causal. Nexo causal pode ser entendido como “a relação de causa e efeito entre o dano e a ação do agente” (PINTO, 2002). É o fio condutor que liga de um lado, a ação ou omissão, e de outro, o dano (NETO, SILVA, ARAÚJO, 2016, p.153).

Segundo ensina Édis Milaré:

Em matéria de dano ambiental, ao adotar o regime da responsabilidade civil objetiva, a Lei 6.938/1981 afasta a investigação e a discussão da culpa, mas não prescinde do nexo causal, isto é, da relação de causa e efeito entre a atividade (= fonte poluidora) e o dano dela advindo. Analisa-se a atividade, indagando-se se o dano foi causado em razão dela, para se concluir que o risco que lhe é inerente é suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Em outro modo de dizer, basta que se demonstre a existência do dano para cujo desenlace o risco da atividade influenciou decisivamente (MILARÉ, 2011, p. 1254/1255)

Para que alguém seja considerado responsável é necessário demonstrar que ele praticou conduta apta a provocar o resultado danoso. “O nexo de causalidade, elemento indispensável para a imputação da responsabilidade civil, pode ser compreendido como o elo estabelecido entre uma conduta antecedente e um resultado danoso” (BAHIA, 2012, p.208).

É certo que a realização de um contrato administrativo de concessão não constitui, por si, ato ensejador da ocorrência de danos ambientais. Sua finalidade é a concretização de alguma atividade de interesse da coletividade. É indiscutível que tanto a responsabilidade civil ambiental do Estado, poder concedente, quanto da concessionária é objetiva. Nada obstante, isto não significa dizer que não deve haver uma relação de causa e efeito entre a ocorrência do dano e conduta praticada pelo Estado, poder concedente, ao contratar a concessionária.

Mesmo tendo a concessionária contratada acarretado dano ambiental, o poder concedente, contratante não deve ser automaticamente responsabilizado. O contrato administrativo de concessão não possui o condão, por si, de acarretar danos ambientais. Deve

ser verificado se a conduta do poder concedente contribuiu ou não para a ocorrência de dano ao meio ambiente. É elemento indispensável à responsabilização civil ambiental a existência de um liame causal entre a conduta (ainda que não culposa) e o dano (COELHO, 2016, p.79).

Para que o Estado, poder público concedente, possa vir a ser responsabilizado civilmente pelos danos ambientais que a concessionária causou, deve ser aferido se ele praticou alguma conduta concreta que, ainda que indiretamente, tenha sido apto a gerar o dano ambiental. Não tendo sido o Estado o causador dos danos ambientais, nem mesmo de forma indireta, não deverá ser responsabilizado pelo só fato de ter sua contratada, concessionária, acarretado tal dano. Apesar da evidente responsabilidade civil objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, o nexo causal deve estar devidamente demonstrado.

Assim como não se deve atribuir responsabilidade civil ambiental ao fabricante de um trator utilizado para desmatar uma floresta apenas por ele ter construído a máquina que acabou por ser utilizada para a degradação do meio ambiente, ou não se pode atribuir responsabilidade ao vendedor de motosserras que foi utilizada para cortar ilegalmente diversas árvores. (COELHO, 2017, p.82).

Para a responsabilização [...] seria necessário um liame entre seu comportamento e o resultado verificado, o que não se verifica, in casu. A tese defendida pelo órgão ministerial, se levada a efeito, implicaria, com a devida vênia, situações aberrantes do ponto de vista jurídico, permitindo-se uma regressão incomensurável, atingindo-se quem quer que tenha se inserido na linha causal, promovendo, por exemplo, a responsabilização daquele que vendeu as motosserras utilizadas para o corte das árvores. (TJMG, Apelação Cível n.º 1.0086.11.002440- 2/001, 5ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª ÁUREA BRASIL, j. 09/02/2012, DJe 24/02/2012).

Constata-se, pois, que deve ocorrer o nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre a conduta de contratar a concessionária e a ocorrência do dano ambiental durante a execução contratual por parte da concessionária. Deve-se aferir se a conduta do Estado, como poder concedente, foi determinante ou não para a ocorrência do dano, não podendo-se simplesmente presumir sua responsabilidade pelo simples fato de ter realizado o contrato com a concessionária que foi quem praticou o ato danoso.

Pode-se concluir, assim, que o Estado poder concedente, não deve responder, em princípio, pelos danos causados ao meio ambiente pelas concessionárias de serviço público apenas e tão somente por terem realizado prévio processo licitatório que culminou com a

assinatura do contrato com a concessionária. É certo que, ocorrendo o dano, todos os poluidores (direitos ou indiretos) são responsáveis por sua reparação ambiental, mas isto não afasta o fato de ser necessário, mesmo em face dos poluidores indiretos, que seja demonstrado existir um nexo de causalidade entre sua ação (ou omissão) e o dano.

Caso, no entanto, tenha o Estado, poder concedente, contribuído de alguma forma (que não apenas pela simples assinatura do contrato) para a ocorrência do dano, deverá, então, ser responsabilizado de forma solidária com o poder concedente. Em sendo estabelecido o nexo de causalidade entre as atuações dos agentes poluidores ou usuários dos recursos ambientais e a poluição ou os danos ambientais, a solidariedade entre eles é imperativa, decorrente da própria lei. (CASTRO, 2016, p.116).

Para a responsabilização ambiental, deve haver um liame ou nexo de causalidade entre o ato praticado ou a atividade desenvolvida e a produção do dano. Não será responsabilizado apenas aquele que em nada contribuiu para a ocorrência do evento danoso; para isso, o agente não pode assumir o risco de que o dano ambiental poderia surgir em decorrência de seu comportamento ou atividade. A verificação do nexo causal somente é possível mediante a análise das situações, comportamentos e circunstâncias que contornam o caso concreto. Não há uma fórmula para a referida constatação. (CASTRO, 2016, p.130).

O já referido art.3^a da lei 8.987/93 estabelece que as concessionárias e permissionárias ficarão sujeitas a fiscalização a ser exercida pelo poder concedente. Estará, portanto, a concessionária, durante a execução contratual, sendo fiscalizada pelo Estado a fim de que este ente, que permanece com a titularidade do serviço público, assegure que a atividade será prestada da forma adequada pela concessionária contratada. É certo que, nos termos do que dispõe os arts.70 da lei 8.666/93 e 25 da lei 8.987/95, a despeito da referida fiscalização, permanecerá a concessionária como sendo a responsável direta por eventuais danos, inclusive os danos ambientais que eventualmente vier a acarretar.

Entre as chamadas cláusulas exorbitantes previstas nos contratos administrativos, incluindo os contratos de concessão, está o poder do Estado concedente, fiscalizar adequadamente a execução do serviço ou da obra pelo contratado concessionário. O Estado, assim, deverá acompanhar o desenvolvimento da obra ou do serviço através de fiscalização que será feito por órgão técnico ou por entidade por ele conveniada (BRASIL, 1995), devendo

a concessionária permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis (BRASIL, 1995).

Mesmo havendo a fiscalização, caso o dano venha a ocorrer, a responsabilidade civil por sua reparação será, em princípio, apenas da concessionária. Dispõe ainda o art. 25 da lei 8987/95:”. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.”

Apesar de o Estado não ter que responder civilmente pelo dano ambiental pelo simples fato de ter concedido a execução do serviço público a uma empresa privada contratada que acabou por causar o dano, caso ele não tenha realizado adequadamente a fiscalização contratual, poderá o Poder Público concedente ser responsabilizado solidariamente. Neste caso, a não fiscalização da execução do contrato ou sua fiscalização insatisfatória constitui concausa da ocorrência do dano. [...], a doutrina e jurisprudência majoritária de nossos Tribunais Superiores consolidam o entendimento de que o Estado deve ser responsabilizado solidariamente, tendo em vista a omissão do dever fiscalizatório, [...] (CASTRO, 2016, p.122).

[...] A Administração é solidária objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da lei 6838/81, por danos urbanísticos ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, pela degradação ambiental (BRASIL, 2010)

Embora o causador direto do dano ambiental tenha sido a concessionária de serviços públicos, o Estado será, nesta hipótese considerado um causador indireto, já que não fiscalizou, como deveria, a execução do contrato. E esta responsabilidade será igualmente objetiva, independentemente de ter havido culpa ou não na deficiência da fiscalização.

Dessa forma, diante da ocorrência de algum dano ambiental causado diretamente pela concessionária, haverá a possibilidade do Estado, poder concedente, ser igualmente responsabilizado de forma solidária. No entanto, será necessário demonstrar que ele contribuiu de alguma forma com a causação do resultado, como na hipótese de não ter

fiscalizado adequadamente a execução contratual de forma a caracterizar o nexo causal, ou seja, uma relação de causa e efeito entre sua conduta e o dano.

Caso tenha ocorrido alguma falha na fiscalização do contrato por parte do Estado, poder concedente, independentemente da discussão de sua culpa, poderá vir a ser ele responsabilizado de forma solidária com a concessionária.

6. CONCLUSÃO

Embora a responsabilização civil objetiva amplie a responsabilização aos agentes poluidores, independentemente de sua culpa, deve-se aferir, diante de casos concretos, a pertinência subjetiva da ação para quem são os reais poluidores que devem figurar no polo passivo da lide.

O Estado, ao firmar um contrato de concessão com um particular que, durante a execução do contrato, causar danos ambientais poderá certamente vir a ser responsabilizado, com fulcro no art. 37, §6º da Constituição Federal e art. 14, §1º da Lei 6938/81, independentemente de sua culpa.

Nada obstante, a responsabilidade objetiva do poluidor não afasta a necessidade de estar devidamente caracterizados a conduta, o dano e, em especial o nexo causal. Ainda que não tenha havido dolo ou culpa, somente aqueles que através de alguma conduta causou o dano, havendo uma relação de causa e efeito entre esta conduta e o dano, é que poderão vir a ser responsabilizados.

Assim, caso ocorra por exemplo o atropelamento de algum animal em uma rodovia cedida ou a morte de peixes em decorrência da construção de alguma hidrelétrica, a responsabilidade civil deverá recair, em princípio, apenas em face da concessionária. Apenas se, independentemente de discussão de culpa, no caso concreto, se aferir alguma omissão ou deficiência na fiscalização do ente concedente, este poderá também vir a ser responsabilizado solidariamente.

Assim como não há relação de causa e efeito entre o fabricante da motosserra pelo dano ambiental causado pelo agente que, tendo adquirido tal instrumento, o utilizou para cortar ilegalmente uma árvore, não há igualmente, relação de causa e efeito entre o Estado, poder concedente, que contratou regularmente a execução de uma obra ou de um serviço de interesse público, tendo o contratado executado o contrato em desacordo com as cláusulas contratuais causando danos ambientais. A fabricação da motosserra ou a assinatura do

contrato de concessão, por si só, nestes exemplos, não são aptos a causar danos ambientais. A análise do nexo causal, ou seja, do liame entre a conduta do agente e o dano, se revela assim, de grande importância para a identificação dos reais poluidores.

Ocorre, porém, que o Estado, poder concedente, deve fiscalizar a execução da obra ou do serviço. Caberá a um técnico designado pelo Estado justamente acompanhar a adequada realização das obras. Ainda que não haja discussão de culpa, caso tenha ocorrido falha ou omissão na fiscalização do Estado, este poderá vir a ser responsabilizado. Nesta hipótese a omissão ou deficiência da fiscalização contribuiu para a ocorrência do dano. Havendo, portanto, uma relação de causa e efeito entre esta fiscalização e o dano, caracterizada estará a responsabilidade do Estado, poder concedente. Nada obstante, caso a fiscalização tenha ocorrido de forma adequada e, ainda assim, no caso concreto, o dano tenha ocorrido, a responsabilidade deverá recair tão somente em face da concessionária.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm > Acesso em 11 set 2018.

BRASIL. Lei nº 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 dá outras providências. *Vade Mecum*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Vade Mecum*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Vade Mecum*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça., *Recurso Especial nº 650728*. Julgado em 23 de outubro de 2007. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8637993/recurso-especial-resp-650728-sc-2003-0221786-0> >. Acesso em 13 set 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0086.11.002440-. 2/001*. Julgado em 24 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=178F89062F855FE75B74A86EBA52C06B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0086.11.002440-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 10 set 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 11 set 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ARE 842088 RJ*. Julgado em 03 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28842088%2E%2E%2E+OU+842088%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zjtzefu>>. Acesso em 15 set 2018.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

COELHO, Hebert Alves; REZENDE, Élcio Nacur; DA SILVA CAMPOS, Pedro Henrique. O nexo causal e a legitimação passiva ‘ad causam’ nas ações judiciais visando a responsabilização civil ambiental. *Meritum*, Universidade FUMEC, v. 12, n. 1, 2017.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 7. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MALHEIRO. Responsabilidade Civil e Penal do Estado em decorrência da prática e ilícitos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, ano 22, outubro-dezembro de 2017.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform., São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, Afonso Feitosa Reis; SILVA, Leônio José da; ARAÚJO, Maria do Socorro Bezzerra. Relatório de Passivo Ambiental: Estudo de Caso à Luz da Legislação, da doutrina e da jurisprudência ambientais brasileiras. Belo Horizonte. *Revista Veredas do Direito*. v.13, nº 26. 2016.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *As três vias de responsabilidade por degradação ambiental*, 2002.

SANTANA, Alexandre Ávalo. Aspectos polêmicos sobre a Responsabilidade Civil na Prestação de Serviço Público. (implicações decorrentes da delegação). *Portal Jurídico Investidura*, v. 17, 2008.

Encaminhado em 29/10/18

Aprovado em 08/02/19