

## A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE NO DANO AMBIENTAL. INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Raul Teixeira\*

**Súmarío:** I. Introdução; II. A Responsabilidade Civil Ambiental; III. A Responsabilidade Objetiva e a Teoria do Risco; IV. A Responsabilidade Administrativa e o Princípio da Culpabilidade; V. A questão da Responsabilidade Administrativo ante o Ordenamento Positivo Ambiental; VI. As Causas Excludentes da responsabilidade nas Infrações Ambientais; VII. Considerações Finais

### I - Introdução

Um dos temas mais fascinantes no universo das relações jurídicas é, sem dúvida alguma, o da responsabilidade, sendo mesmo, pela complexidade que encerra, de difícil conceituação nos meios doutrinários e variando, conforme a corrente de pensamento, desde o liberalismo individualista até a vertente sociológica.

O inigualável José de Aguiar Dias<sup>1</sup> enxerga como mais aproximada de uma definição de responsabilidade a idéia de obrigação ou de dever, afirmando ser aquela “o resultado de uma ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação.” Sob tal balizamento conclui que são inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

No plano de responsabilidade jurídica, que aqui nos interessa mais de perto, é de se ver, como bem apontam os irmãos Mazeaud<sup>2</sup>, “que os danos que turbam a ordem social são de natureza diversa: ora atingem a coletividade, ora o indivíduo, às vezes é a ambos que alcança. A paz jurídica tanto é perturbada pelo delito como pela ofensa ao patrimônio. Acontece, porém, que este se recompõe, quanto possível, pela indenização, ao passo que a paz social só se restaura com a pena. Pode suceder, contudo, que baste ora uma, ora outra das satisfações, geralmente prestadas em conjunto.”

Sob tal enquadramento doutrinário já podemos perceber, dentro do campo da responsabilidade jurídica, uma importante dicotomia entre a responsabilidade civil de cunho reparatório, porquanto configura lesão ao patrimônio, e as responsabilidades penal e administrativa, que representam uma transgressão à ordem social através de conduta afrontosa ao ordenamento preexistente.

Daí resulta a necessidade de outro aprofundamento, de igual relevância, porquanto a sanção afluiva que impõe a ordem jurídica para aqueles que vulneram as regras de conduta, tanto no plano penal como no administrativo, faz supor uma natureza eminentemente disciplinar desses campos do direito, decorrendo, pois, a direta associação desse nível de responsabilidade com a culpabilidade da pessoa transgressora.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Santa Úrsula, Professor do Curso de Pós-Graduação em Seguros e Previdência Privada – FGV/SP, Ex-Procurador-Geral da SUSEP, Professor convidado da Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria Geral Estado (ESAP).

<sup>1</sup> In “Da Responsabilidade Civil”; Ed. Renovar; 11ª edição; 2006; Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> HENRY et LEON MAZEAUD; in “*Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*”; 3ª edição, Paris, 1938.

Nessa linha de raciocínio é que se pretende, nos lindes desta curta abordagem, tecer algumas considerações sobre o tema da responsabilidade pelo dano ambiental, tanto no plano civil como no administrativo, especialmente quanto à incidência das teorias objetiva e subjetiva, para aferição da culpabilidade como elemento constitutivo da imputabilidade infracional, direcionando, a partir daí, o foco de nossas preocupações para uma aparente contradição supostamente ostentada nos estatutos disciplinares regentes à área ambiental<sup>3</sup>.

Em síntese, a razão da controvérsia, nos meios doutrinários, diz respeito ao conceito de infração administrativa ambiental, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.605, 12 de fevereiro de 1998 (art. 70)<sup>4</sup> e reproduzido no âmbito estadual pelo art. 1º da Lei nº 3467, 14 de setembro de 2000<sup>5</sup>, o qual traz indicação explícita dos elementos constitutivos da culpabilidade (dolo ou culpa), o que não se verifica no diploma federal.

O ponto crucial de toda a questão, para nós, reside na inversão do ônus da prova, que faz com que muitos doutrinadores, adeptos da teoria objetiva, açodadamente proclamem sua aplicação no campo da responsabilidade administrativa, olvidando o caráter pedagógico da sanção e criando uma espécie de punição sem culpa, sem perceber, contudo, que esta, embora presumida, mantém-se íntegra no processo administrativo sancionatório. Neste aspecto, divergimos do posicionamento adotado pelo mestre Aguiar Dias<sup>6</sup> que entende “que o expediente de presunção de culpa é, embora o não confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo.”

Ao contrário, o que nos parece é que é a exata calibragem na distribuição dos ônus probatórios é que garante o elemento da culpabilidade nas infrações administrativas, prestigiando, assim, o caráter pedagógico da sanção aplicada.

## II - A Responsabilidade Civil Ambiental

A questão de responsabilidade civil ambiental, inegavelmente, diante da grande reverberação do *thema* na quadra atual, vem apresentando uma evolução considerável em relação ao tratamento até então dispensado pela ordem jurídica, no campo obrigacional, às relações privadas em geral. Assim, se a regra sempre foi a perquirição da culpa como elemento decisivo nas ações reparatórias por danos causados, face à própria individualização daqueles vitimados pelo ato ilícito, em sede ambiental, no entanto, por ser a própria sociedade como um todo a destinatária da reparação,

<sup>3</sup> É de toda conveniência o registro dos estudos do civilista português Guilherme Moreira, datados do início do século do século XX, cuja atualidade chega a impressionar: “A princípio era a responsabilidade baseada na culpa, excluindo o risco ou outros modos de responsabilidade objetiva. Depois, apresentava-se o risco para base única, totalmente substitutiva de culpa. E se hoje se verifica a instituição de sistemas de repartição e socialização dos riscos – isto é, formas sociais de absorção dos riscos e danos produzidos pelos acidentes anônimos da nossa atual realidade social tão altamente complexa, sistemas e formas que abandonaram os comuns pressupostos e efeitos da responsabilidade para tenderem a projetar-se no âmbito da segurança social – logo se proclama (e uma ou outra reforma aceitar) o fim do regime de responsabilidade civil” (editado no Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, em seu número de janeiro de 1980 – 292).

<sup>4</sup> Lei nº 9605, 12 de fevereiro de 1998 - art. 70 – Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

<sup>5</sup> Lei nº 3467, 14 de setembro de 2000 - art. 1º - Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão dolosa ou culposa que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

<sup>6</sup> Ob. citada

conquanto legítima titular do direito difuso de desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as gerações presentes e futuras, elasteceu-se o conceito para alçá-lo à chamada responsabilidade objetiva, vale dizer a imputabilidade ao causador do dano, na obrigação de repará-lo, independe da apuração de culpa.

Jeanne da Silva Machado<sup>7</sup> aponta que “em muitos casos, o dano é provocado por atividades lícitas, isto é, aquelas relacionadas às atividades empresariais desejadas pelos Estados e pela maioria da população, uma vez que representam desenvolvimento, empregos e bens de consumo, entendidos por muito tempo como o *welfare state*. Esses fatores introduziram o sistema da responsabilidade objetiva, instituindo a obrigação reparatória, sem perquirir sobre a licitude ou ilicitude do ato ou omissão que dessem origem ao dano”.

Nesse sentido, se o objetivo clássico, como se viu, de todo o sistema de responsabilidade, sempre almejou compensar o dano causado à vítima, através de um mecanismo judicial de viés nitidamente individualista, no direito ambiental, cujo objeto é, acima de tudo, a busca da sustentabilidade no uso dos recursos naturais, objetivando, desse modo, a harmonização entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico e social, é inequívoca a conclusão de que a responsabilidade não cumpre apenas papel reparatório, conquanto contém uma função de busca do desenvolvimento sustentável com ajuste de atividades poluidoras, com adoção, inclusive, de medidas compensatórias.

## III - A Responsabilidade Objetiva e a Teoria do Risco

Danny Monteiro Silva<sup>8</sup> chama atenção para o fato de que “as atividades potencialmente perigosas que surgiram com o industrialismo demandaram a incidência de uma responsabilidade objetiva, onde a culpa, não sendo relevante, permite que a imputação da obrigação de reparar, encontre-se apenas na existência do dano ocasionado e em suas causas objetivas, as quais estão geralmente relacionadas com o próprio potencial danoso ou arriscado da atividade exercida. Essa imputação fundada no risco simplifica, sem dúvida, o estabelecimento da responsabilidade, porque exige a vítima de demonstrar a existência de culpa, impondo-se o dever de demonstrar tão-somente a relação ou nexo de causalidade entre a atividade do agente e o dano produzido.”

A adoção da teoria do risco, como supedâneo dos mecanismos jurídicos de reparação, atende a um estágio de desenvolvimento econômico em que o indivíduo, no domínio de novas tecnologias, incorpora no processo produtivo substâncias e matérias primas de elevado potencial tóxico as quais não se encontrou, ainda, solução final para os resíduos e subprodutos delas decorrentes, *verbi gratia* a exploração de energia nuclear e a indústria petroquímica. Nessa vertente abandona-se a tradicional teoria da responsabilidade baseada na culpa, de cunho eminentemente subjetivo, e passa-se ao critério objetivo do risco assumido pela atividade desempenhada. Como bem destaca o mestre de Baur<sup>9</sup> “nos casos de responsabilidade objetiva, o explorador de atividade arriscada coloca-se na posição de garantidor da mesma, portanto, os danos inerentes à atividade realizada estarão sempre vinculados a ele. Não se investiga a sua conduta, pois a obrigação de evitar a materialização de eventuais danos decorrentes dos riscos que assumiu, a ela substituiu.”

<sup>7</sup> in “A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental”; Ed. Lúmen Juris; 2006; Rio de Janeiro.

<sup>8</sup> In “Dano Ambiental e sua Reparação”; Ed. Juruá, 2007; Curitiba

<sup>9</sup> MONTEIRO DA SILVA, Danny; ob. citada

A idéia central que permeia toda a tese da responsabilidade objetiva repousa no fato de que a pessoa que cria uma situação de risco ou perigo decorrente de certa atividade, e mais, que obtém lucro por ela, deve responder pelos danos causados, independentemente de ter agido com imperícia, negligência ou imprudência.

O Código Civil de 2003, embora tenha adotado a responsabilidade subjetiva como regra geral para reparação do dano, admitiu a teoria objetiva pelo risco da atividade<sup>10</sup>, inovando, dessarte, em relação ao seu antecessor.

É bem verdade que a aplicação da teoria objetiva, em sede ambiental, encontra sérias limitações de ordem técnica com relação à imputabilidade pelo dano causado, porquanto (1) a imprecisão na determinação da fonte poluidora pela distância que muitas vezes se verifica entre a instalação industrial poluente e o local onde os danos se produzirão, ou, ainda, (2) a própria temporalidade dos efeitos lesivos, que só se manifestam, muitas vezes, após o decurso de longo período de incubação<sup>11</sup>, resultam em notórias dificuldades na identificação do nexa causal e a conseqüente determinação do responsável.

#### IV - A Responsabilidade Administrativa e o Princípio da Culpabilidade

Em sede administrativa, todavia, a questão da responsabilidade assume contorno totalmente diverso porquanto, aqui, mais do que o aspecto puramente ressarcitório, busca-se, através da sanção, balizar o comportamento do administrado, razão pela qual o componente da culpabilidade ganha forte relevância na caracterização da infração na medida em que traduz uma ação que, de alguma forma, poderia e deveria ser evitada.

Fábio Medina Osório<sup>12</sup>, com propriedade, observa que “se uma infração disciplinar é, “in concreto”, inevitável, qual é o fundamento para a suposta atividade corretiva do Estado? Corrigir o quê? Se a ação ilícita era, por qualquer motivo, inevitável, como punir o infrator, se a idéia é reeducar no âmbito das sanções disciplinares? Daí se vê a importância transcendental da culpabilidade. Evitabilidade do fato é, portanto, o fundamento mais próximo da exigência da culpabilidade. Para que alguém possa ser administrativamente sancionado ou punido, seja quando se trate de sanções aplicadas por autoridades judiciárias, seja quando se cogite de sanções impostas por autoridades administrativas, necessário que o agente se revele culpável.”

Deflui do enfoque eminentemente disciplinar da sanção administrativa, sem dúvida alguma, uma inquestionável aproximação dessa esfera de responsabilidade com aquela que decorre do direito penal.

<sup>10</sup> Código Civil - art. 927 – Aquele que, por ato lícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>11</sup> Vale o registro que as grandes seguradoras e resseguradoras alteraram o formato do seguro de responsabilidade civil, para cobertura do risco ambiental, exatamente por força dos riscos de longa incubação (*long tail risk*) caracterizados pelo largo período verificado entre o ato praticado pelo segurado, passível de indenização, e o momento em que as conseqüências desse mesmo ato se tornam conhecidas e portanto reclamadas, passando a adotar as chamadas apólices à base de reclamação (*claims made*) em substituição ao tradicional critério das apólices à base de ocorrência (*ocurrence basis*); sobre o assunto, ver nosso artigo “O Novo Código e o Seguro de Responsabilidade Civil. As Apólices de Reclamação (*Claims Made*)”, publicado na Revista do IRB, n° 293; Rio de Janeiro; Dezembro de 2003.

<sup>12</sup> In “Direito Administrativo Sancionador”; Ed. Revista dos Tribunais; 2000; São Paulo.

Para melhor compreensão da temática abordada, há que se ver que o direito, em última análise, pressupõe um conjunto de normas e princípios, escritos ou não, incidentes sobre um certo conjunto de pessoas, em determinada época, estabelecendo a estas um modelo de conduta, positiva ou negativa, desejado ou tolerado pela maioria. Daí podemos depreender que o conceito de responsabilidade revela-se tão antigo quanto o próprio direito, porquanto qualquer violação a estes princípios e normas implicará, para quem violou, um determinado grau de responsabilidade.

É certo que na antiguidade a questão cingia-se ao público e ao privado, sendo que o Direito Romano, como bem relata Carlos Roberto Gonçalves<sup>2</sup>, “foi o primeiro a estabelecer uma diferenciação entre a pena e a reparação, fazendo emergir a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem social) e os delitos privados. Nos primeiros, a pena era imposta ao ofensor pelo Estado, enquanto nos delitos privados, a pena em dinheiro caberia a última. No sistema romano, portanto, o estado assumiu isoladamente a função de punir, dando ensejo ao surgimento da ação de indenização, na qual vítima e ofensor discutiriam as causas e a reparação da lesão. Surgiu, então, a responsabilidade civil, ao lado da responsabilidade penal.”

Com o fim do feudalismo e a ascensão da burguesia ao poder, eliminados todos resquícios do regime anterior, consolidou-se a ficção jurídica do Estado, com personalidade própria de Direito Público e detentor legítimo dos meios de coação. Daí nasceu a idéia, fortemente enraizada na doutrina, de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, este plenamente embasado em regras de direito público. Na esteira desse pensamento decorre importante constatação doutrinária no sentido de que a suposta unidade do *ius puniendi* do Estado converge para utilização de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo.

Nessa linha o pensamento jurídico europeu sustenta<sup>14</sup>, em posição dominante, que não há diferenças fundamentais entre as normas penais e as normas administrativas sancionadoras. Embora com algumas reservas, é certo que tal tese também encontra eco no direito pátrio, sendo que a mais importante conseqüência da adoção da teoria da unidade do poder punitivo estatal encontra-se na absorção das garantias individuais, constitucionalmente positivadas, no plano do direito administrativo sancionador.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos<sup>15</sup>, citando Anderson Furlan, aponta, com acerto, “que inexistente diferença estrutural entre a sanção penal e a sanção administrativa. Ambas são normas de conduta. Como regra geral, as normas jurídicas destinadas a disciplinar os comportamentos sociais, ou seja, as normas de conduta, são estruturadas em forma de imperativos hipotético-disjuntivos. Toda norma de conduta deve prever a hipótese, a conduta esperada, e a sanção pelo seu descumprimento. Logo, acontecendo determinado ato ou fato, deve ocorrer determinada conseqüência prevista, sob pena de sanção. Depreende-se ser a sanção nada mais que a conseqüência destinada a um sujeito em função de uma atitude de descumprimento da conduta

<sup>13</sup> In “Responsabilidade Civil”; Ed. Saraiva; 6ª edição; São Paulo; 1995.

<sup>14</sup> Essa questão é robustamente tratada por Fábio Medina Osório em seu Direito Administrativo Sancionador (Ed. Revista dos Tribunais; São Paulo; 2000) que observa: “Essa é a tese majoritária na doutrina européia, notadamente na doutrina espanhola. Ver, por todos, José Suay Rincón, op. Cit., p. 74 e ss. Veja-se, também, Sérgio Perez-Espejo Martínez. El derecho penal administrativo em la Republica Democrática Alemana, examen histórico-crítico, 2. ed., Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 103 e ss, quando afirma que a distinção entre as diversas classes de ilícitos – delito *stricto sensu*, a falta (equivalente às contravenções do direito brasileiro), às infrações disciplinares e as infrações administrativas em sentido geral – é puramente formal, baseada na pena abstratamente cominada ao ilícito.

<sup>15</sup> In “As Infrações Administrativas e seus Princípios”; Revista de Direito da Procuradoria Geral n° 60; 2006; Rio de Janeiro

esperada perante o ordenamento jurídico. O objetivo das sanções, tanto criminais como administrativas, é intimidar potenciais infratores (prevenção geral) e punir àquele que descumpriu o mandamento normativo, para que não reincida (prevenção especial).”

Embora tentadora a idéia de fundir, em um único arcabouço, o direito administrativo e o penal, o certo é que cada um, *de per si*, consiste em campo específico, com terminologia, estatutos e princípios próprios, o que não afasta, como já se viu, uma notória afinidade entre ambos.

No tocante à questão da culpabilidade, que nos interessa mais de perto neste modesto trabalho, temos que, se por um lado o elemento subjetivo é atributo essencial em ambas esferas de responsabilidade, porquanto o ilícito, tanto penal quanto administrativo, caracteriza-se pela violação de uma obrigação ou dever preexistente<sup>16 17</sup>, produzindo assim um resultado previsível e, portanto, evitável, por outro lado reside um ponto de intensa controvérsia e que possui tratamento distinto nos estatutos penal e administrativo. Trata-se do tema da responsabilidade das pessoas jurídicas, que enquanto no direito penal não possuem capacidade delitiva, vez que a culpa, como elemento subjetivo é a própria dos humanos, no direito administrativo, ao contrário, a imputabilidade sancionatória recai, também, sobre as pessoas jurídicas.

Nesse sentido é irretocável a colocação de Fábio Medina Osório<sup>18</sup> de que “o Direito Administrativo, muito mais próximo à realidade social e à necessidade de tutela do interesse público, depara com o concreto problema gerado por pessoas jurídicas que atuam em detrimento de importantes valores tutelados e protegidos pela ordem jurídica. Essa atuação, essa objetiva capacidade de atuar, resulta da personalidade jurídica dessas entidades, que podem, portanto, manifestar uma específica vontade juridicamente relevante, embora fictícia, na vida de relações, sem que se identifiquem, muitas vezes, as pessoas físicas que realmente concordam e ditam essas decisões com pleno domínio dos fatos e seus desdobramentos. A pessoa jurídica, por essa realística perspectiva, atua ilícitamente, pratica fatos objetivamente proibidos pela ordem jurídica.”

A questão ganha relevância maior em sede de direito ambiental porquanto a conduta passível de punição implica na violação, quer pela pessoa natural quer pela pessoa jurídica, de um dever previamente estabelecido de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, Constituição Federal).

É de se notar que o texto constitucional foi de cristalina clareza ao segregar, no plano ambiental, as responsabilidades civil, administrativa e penal, guiando a primeira,

<sup>16</sup> Segundo Leib Soibelman (in “Enciclopédia do Advogado”; Ed. Biblioteca da Universidade Estácio de Sá; 5ª edição; 1996; Rio de Janeiro) a culpa civil em sentido amplo (*latu sensu*) compreende o dolo e a culpa em sentido restrito (*stricto sensu*). Culpa é o inadimplemento ou violação de uma obrigação ou dever preexistente. Quando intencional (ou voluntário como dizem alguns autores) é dolo. Quando devida a negligência, imprudência ou imperícia, é culpa *strictu sensu*. No plano penal a culpa é um ato voluntário do agente que produz um resultado não pretendido nem previsto por ele, mas que era previsível. Manifesta-se no direito penal através da imprudência, negligência ou imperícia. Se o dever contrariado pela culpa em sentido restrito se funda num contrato, a culpa diz-se contratual; se no princípio geral de direito que obriga ao respeito da pessoa e bens alheios, ou os direitos reais e pessoais alheios, diz-se extracontratual ou aquiliana (nome que vem da *Lex Aquilia*).

<sup>17</sup> Savatier (*Traité de la responsabilité civile*) define: “A culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito.”

<sup>18</sup> MEDINA OSÓRIO; Fábio. Ob. citada

pela dicção do § 2º, do art. 225<sup>19</sup>, à categoria objetiva, pela notória aplicação da teoria do risco, enquanto que as duas últimas (administrativa e penal), como não poderia deixar de ser, encontram-se vinculadas à subjetividade da conduta da pessoa que praticou a lesão ambiental, consoante o disposto no § 3º, do art. 225.

Daí a imperativa necessidade de se trabalhar com o conceito de culpabilidade, conquanto é inequívoco que o objetivo maior da sanção administrativa ambiental é balizar o comportamento dos agentes, fixando sanções para evitar que danos ocorram, muito embora, secundariamente, o produto arrecadado pela aplicação das penas pecuniárias seja revertido a fundos que objetivam financiar serviços e obras de preservação ambiental. Nesse diapasão exsurge a natureza eminentemente disciplinar do processo administrativo sancionatório, cujo sentido teleológico é corrigir ou aprimorar a conduta de todos aqueles que se encontram sob sua tutela.

## V - A Questão da Responsabilidade Administrativa ante o Ordenamento Positivo Ambiental

O constituinte de 1988, ao tratar do candente tema da repartição de competências, inovou em relação às constituições anteriores introduzindo a figura da competência legislativa concorrente, atribuindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente, competência para tratar de determinadas matérias, dentre as quais inclui-se a proteção ao meio ambiente (art. 24, VI e VIII)<sup>20</sup>, valendo o registro de que, no âmbito da legislação concorrente, cabe à União estabelecer as normas gerais, restando aos Estados e o Distrito Federal, dentro de suas áreas de atuação, minudenciar tais regras no atendimento de suas peculiaridades (art. 24, §1º, Constituição Federal).

Nesse sentido, o art. 70, da Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998, considerado norma geral e, portanto, de observância obrigatória a todos os entes federativos, define infração administrativa ambiental como toda ação ou omissão que viole regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e reparação do meio ambiente.

A nós não parece haver qualquer sombra de dúvida quanto à adoção, por parte do legislador, da culpabilidade como elemento fundamental e constitutivo para caracterização do tipo infracional administrativo, em sede ambiental, porquanto, pela própria definição legal, a ação (comissiva ou omissiva) passível de sanção, configura-se pela violação de um dever previamente estabelecido.

O que deve ser ressaltado, no entanto, é que a culpa nas infrações administrativas em geral, e, por óbvio, também em sede ambiental, é presumida, cabendo, pois, ao administrado demonstrar que sua ação (ou omissão) não se configurou dentre aquelas incluídas no conceito de culpa, restando, portanto, impossível e inevitável o resultado provocado.

<sup>19</sup> Constituição Federal de 1988 - art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

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

<sup>20</sup> “Constituição Federal de 1988 - art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça pesca; fauna; conservação da natureza; defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;...VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 3467, 14 de setembro de 2000, ao conceituar a infração administrativa ambiental, trouxe certa inquietação nos meios jurídicos ao explicitar, como já vimos, no art. 1º, os elementos de culpa ou dolo para sua caracterização.

A questão *sub oculis* foi bem enfrentada por Rodrigo Tostes De Alencar Mascarenhas<sup>21</sup> que observou da necessidade de se fazer a distinção entre, de um lado, a exigência da ocorrência de culpa ou dolo como elemento necessário a configurar a existência da infração e, de outro lado, a questão de saber a quem cabe o ônus da prova. Comparando com a presunção de certeza e liquidez que goza a dívida ativa regularmente inscrita, conclui o autor que mesmo na fase administrativa é aplicável a presunção de veracidade e de legitimidade de que gozam os atos administrativos em geral, e, por fim, que além da presunção que goza o auto, a culpa é presumível em diversas hipóteses, cabendo ao infrator demonstrar que esta não ocorreu.

Consentânea com as modernas teorias da responsabilidade civil, a inversão do ônus da prova, nas infrações administrativas ambientais resolve uma questão crucial para a configuração desse grau de responsabilidade que é a fragilidade do meio ambiente diante da ação predatória do indivíduo, fazendo com que o suposto infrator demonstre que agiu dentro das cautelas que ordem jurídica previamente impõe. Nesse sentido é a posição de Georges Rippert<sup>22</sup> que, tratando do tema de responsabilidade civil, percebe a inversão dos princípios normalmente imperativos no regime da culpa, como expressão da tendência do direito civil moderno para ir em socorro da vítima, imaginando toda uma complexa construção jurídica para que a vítima ou seus parentes não tenham de provar a culpa do responsável, a este incumbindo, ao contrário, a prova liberatória.

A necessidade de uma precisa indicação de critério para aferição da culpabilidade, se é que tal tarefa é possível, nos conduz, novamente, ao pensamento dos irmãos Mazeaud<sup>23</sup>, que apontam que a culpa consiste em um erro de conduta da pessoa, erro esse que se apresenta na comparação de sua conduta com a de determinado tipo-padrão, ou, como preferem alguns, ao comportamento do homem prudente e diligente ou o bom pai de família.

É certo que tal posicionamento doutrinário não passou incólume às críticas de grande parte do pensamento jurídico, como se depreende da afirmação de Aguiar Dias<sup>24</sup> no sentido de que “aquilo que um homem prudente faria, se colocado nas condições do imputado, pode, muitas vezes, ser o ato que o coloque em culpa, digamos, leve.”

De qualquer sorte nos parece acertada a posição dos Mazeaud<sup>25</sup> ao deduzir que “a boa solução é, pois, colocar o tipo de comparação na situação onde se encontrava o agente, e pesquisar como teria reagido em face das circunstâncias externas, sem nenhuma preocupação das circunstâncias internas. Agindo conforme à reação do tipo-padrão, em momento idêntico, o agente terá agido bem. Se se desviar da conduta-padrão, nas mesmas circunstâncias externas, incorre em culpa.”

Em termos análogos é a lição de Caio Mário Da Silva Pereira<sup>26</sup> ao observar que “o agente estava adstrito à obediência de uma norma. Se faltou com a sua observância, por imprudência ou negligência, cometeu um erro de comportamento, ou, como na expressão já reafirmada, um erro de conduta, e este é uma definição de culpa.”

<sup>21</sup> in “Infração Administrativas Ambientais no Estado do Rio de Janeiro”; Revista de Direito da Procuradoria Geral nº 58; 2004; Rio de Janeiro.

<sup>22</sup> In “O Regime Democrático e o direito civil moderno”; trad. De J. Cortesão, São Paulo; 1937.

<sup>23</sup> ob. citada

<sup>24</sup> ob. citada

<sup>25</sup> ob. citada

<sup>26</sup> in “Responsabilidade Civil”; Ed. Forense; 9ª edição; 2002; Rio de Janeiro.

A responsabilidade administrativa ambiental, baseada na culpa presumida, através de um conjunto de normas e regras de conduta estabelecidas na legislação, cujo fundamento da validade encontra-se no art. 225, da Carta Magna, tem por escopo balizar o comportamento da sociedade, através de um arcabouço protetivo, com vistas a preservação do meio ambiente e, assim, atender ao consagrado princípio da prevenção.

Como bem salienta o festejado Paulo Affonso Leme Machado<sup>27</sup> o princípio da prevenção tem assento no dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente e vem sendo salientado em convenções, declarações e sentenças de tribunais internacionais, como na maioria das legislações internacionais. Daí decorre que é a violação desse dever, por ação ou omissão, que configura a existência de culpa, impondo-se como elemento necessário à identificação do tipo infracional administrativo.

## VI - As Causas Excludentes da Responsabilidade nas Infrações Ambientais

Em sede de responsabilidade civil ambiental, cujo cunho é, como vimos, eminentemente reparatório, aplica-se, plenamente, a teoria objetiva pelo risco criado, o que significa que a imputação da obrigação de reparar é decorrente do potencial lesivo da atividade exercida, independentemente da apuração de culpa.

Todavia, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, à exceção da teoria do risco integral, o sistema contempla a possibilidade de exoneração da responsabilidade da pessoa imputada pela ocorrência de certas causas que interrompem o nexo de causalidade. Segundo Danny Monteiro Da Silva<sup>28</sup> “a doutrina identifica causas capazes de afastar ou ao menos diminuir a responsabilidade dos agentes envolvidos. Nesse sentido, os autores mencionam a força maior, o caso fortuito, a degradação preexistente, a existência de atividades concorrentes para o dano (tal como culpa da vítima, a culpa de um terceiro e a omissão ou negligência do poder público) e, em algumas legislações, o cumprimento das normas e licenças.”

Retomando o magistério de Caio Mario Da Silva Pereira<sup>29</sup> temos que o caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o temporal. Na força maior há um elemento humano, a ação das autoridades (*factum principis*), como ainda a revolução, o furto ou roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação. Desta noção, segundo o mestre, decorrem os requisitos da imprevisibilidade e a inevitabilidade, fixados no Código Civil de 1916 e mantidos no estatuto substantivo atual, como atributos inerentes às excludentes de caso fortuito e força maior.

No tocante à responsabilidade administrativa, onde a função precípua da sanção é pedagógica, sendo adotado o sistema da culpa presumida para imputação das infrações ambientais, incidem, igualmente, as prefaladas excludentes de responsabilidade, em especial o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro.

## VII - Considerações Finais

Como não poderia deixar de ser, a partir de tudo o que se abordou neste trabalho, nossas constatações apontam para a verificação de que o tema da culpabilidade não pode ser dissociado da responsabilidade administrativa porquanto o processo sancionatório, de cunho eminentemente pedagógico, tem por escopo balizar o

<sup>27</sup> in “Direito Ambiental Brasileiro”; Ed. Malheiros; 15ª edição; São Paulo; 2007.

<sup>28</sup> ob. citada

<sup>29</sup> ob. citada

comportamento dos agentes naquilo que o ordenamento jurídico preexistente considera como conduta tolerável.

A evolução das teorias sobre responsabilidade civil, especialmente aquelas emanadas da doutrina francesa, conduziram, na perfeita lição de Rippert<sup>30</sup>, a construção da responsabilidade objetiva, que tem por foco a vítima, em contraponto à subjetiva, cujo alvo é o autor do fato. Nesse viés, por óbvio, não se pode encontrar extensão à responsabilidade administrativa pelo simples fato de que, por ser de cunho pedagógico, visará sempre o autor da transgressão.

Tomando como objeto de nossas preocupações as infrações ambientais verificamos que a legislação pertinente encerra aparente conflito, conquanto se no plano federal a Lei nº 9605, 12 de fevereiro de 1998 estabelece, em seu art. 72, uma conceituação infracional que para alguns consagraria a teoria objetiva, o diploma estadual fluminense, ao contrário, introduziu expressamente no art. 1º, da Lei nº 3467, 14 de setembro de 2000, os elementos que configuram a teoria subjetiva, o que, em princípio, resultaria na necessidade, por parte das entidades ambientais responsáveis pela fiscalização, de demonstração de culpa ou dolo das pessoas que supostamente tivessem transgredido as regras jurídicas de proteção ambiental.

Buscando as afinidades que a ação punitiva estatal ostenta, nos planos administrativo e penal, observamos que a natureza disciplinar da sanção não sobrevive sem o princípio da culpabilidade, ao contrário do conteúdo reparatório da responsabilidade civil, onde a culpa, sob o impulso de exigências econômicas sociais e tecnológicas, cedeu lugar aos aspectos objetivos do risco do negócio ou atividade.

É dessa natureza comum, do chamado *ius puniendi* estatal, que depreendemos o sentido disciplinar das sanções penais e administrativas na medida que representam o repúdio da sociedade ao comportamento intoleroado, vale dizer dos atos e atitudes que configuram um desvalor à coletividade.

Nesse diapasão pensamos encontrar, através do princípio da inversão do ônus da prova, a solução do problema conflitual da responsabilidade administrativa, porquanto a presunção de culpa permite manter a ilicitude da conduta do agente como elemento necessário para configuração da infração administrativa ambiental, muito embora impondo ao suposto infrator a tarefa de demonstrar a inevitabilidade do resultado verificado ante a ação/omissão praticada.

A noção de culpa presumida, como bem observa Rogério Marrone De Castro Sampaio<sup>31</sup> mantém a idéia da responsabilidade subjetiva, porque essencial o elemento culpa, este passou a ser presumido pela lei em determinadas situações, invertendo-se, assim, o ônus da prova. Frise-se que a idéia surgiu, justamente, para facilitar, em sede reparatória, a posição da vítima. Uma vez presumida a culpa do ofensor, fica a vítima isenta de prová-la em juízo, cabendo àquele, por sua vez, o ônus da prova que não agiu com culpa (trata-se de presunção relativa).

A solução aqui apontada também foi adotada por Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas<sup>32</sup> que minudenciando o diploma legal fluminense, no tocante à lavratura do auto de infração ambiental salientou “ser aplicável a presunção de veracidade e de legitimidade de que gozam os atos administrativos em geral. Tal presunção se dirige, em especial, aos fatos narrados no respectivo auto. É verdade que, neste caso, a presunção é “bastante” relativa e, na verdade, deve ser aceita como uma espécie de prova “pré-constituída” pela administração, cabendo ao infrator o ônus de produzir (alguma) prova em contrário.”

<sup>30</sup> RIPPERT, Georges; ob. citada.

<sup>31</sup> In “Direito Civil. Responsabilidade Civil”. Ed. Atlas; 2ª edição; 2002; São Paulo.

<sup>32</sup> Ob. citada

De qualquer sorte o *thema* aqui focado é complexo e atual, conquanto a linha mestra adotada pela Carta Magna, em sede ambiental, prestigia o princípio da responsabilidade, através do qual qualquer conduta ou atividade considerada lesiva ao meio ambiente sujeitará o infrator, pessoa física ou jurídica, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em outra vertente temos o princípio do poluidor-pagador, adotado pela Declaração do Rio de Janeiro de 1992, que em seu Princípio 16 estabelece: “As autoridades nacionais devem assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de que quem contamina deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.”

A inserção do indigitado princípio, na Declaração do Rio de Janeiro, levou alguns, como bem advertem Wanderley Rebello Filho e Cristiane Bernardo<sup>33</sup>, ao equivocado entendimento de que o poluidor, pagando uma “taxa” relativa às custas de proteção ao meio ambiente, teria o direito de poluir. Ao contrário, a pessoa, física ou jurídica, que poluir, por ato ilícito, será penalizada, inclusive com agravamento por reincidência, independentemente da obrigação de reparar ou indenizar os danos ambientais causados.

É elucidativa, para demonstrar a singela diferença entre infração administrativa ambiental, sempre decorrente de ato ilícito cometido pelo agente poluidor, e a simples utilização econômica dos recursos ambientais, a posituação dos princípios do poluidor-pagador e usuário-pagador, insculpidos no art. 4º, inc. VII, da Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece “a imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

Como bem aponta Paulo Affonso Leme Machado<sup>34</sup> “o princípio usuário-pagador não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador ele pode ser implementado. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações. O órgão que pretende receber o pagamento deve provar o efetivo uso do recurso ambiental ou a sua poluição. A existência de autorização administrativa para poluir, segundo as normas de emissão regularmente fixadas, não isenta o poluidor de pagar pela poluição por ele efetuada.”

De toda sorte o tema aqui agitado, como já se afirmou, é complexo e alberga variadas posições, emanadas das mais respeitáveis correntes doutrinárias, não tendo este ensaio a veleidade de esgotá-lo, mas, ao contrário, adicionar uma pitada de tempero objetivando suscitar o sempre salutar e necessário debate.

<sup>33</sup> “Guia Prático de Direito Ambiental”; Ed. Lumen Juris; 3ª edição; 2002; Rio de Janeiro.

<sup>34</sup> Ob. citada