

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

ANDRÉ VANONI DE GODOY

**SANEAMENTO BÁSICO, DANO AMBIENTAL
E RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO**

CAXIAS DO SUL

2015

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ VANONI DE GODOY

SANEAMENTO BÁSICO, DANO AMBIENTAL
E RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico.

Orientador Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin

CAXIAS DO SUL

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

G589s Godoy, André Vanoni de
Saneamento básico, dano ambiental e responsabilidade estatal por
omissão / André Vanoni de Godoy. – 2015.
141 f. : il. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de
Pós-Graduação em Direito, 2015.
Orientador: Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin.

1. Política pública. 2. Saneamento. 3. Degradação ambiental. 4.
Proteção ambiental. 5. Política ambiental. 6. Direito ambiental. I. Título.

CDU 2.ed.: 304.4

Índice para o catálogo sistemático:

1. Política pública	304.4
2. Saneamento	628
3. Degradação ambiental	504
4. Proteção ambiental	502
5. Política ambiental	502.14
6. Direito ambiental	349.6

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Ana Guimarães Pereira – CRB 10/1460



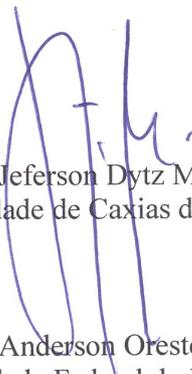
UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

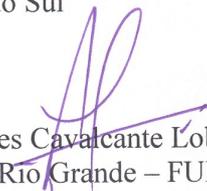
"Saneamento Básico, Dano Ambiental e Responsabilidade Estatal por Omissão".

André Vanoni de Godoy.

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos.

Caxias do Sul, 13 de março de 2015.


Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul


Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato
Universidade Federal do Rio Grande – FURG


Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli
Universidade de Caxias do Sul


Prof. Dr. Sérgio Augustin
Universidade de Caxias do Sul

CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGCTE 029/0089530

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pela oportunidade de estar e ser;
ao Professor Sérgio Augustin, pelo persistente incentivo que me trouxe até aqui;
ao Professor Jeferson Dytz Marin, pela orientação segura;
a Professora Maria de Fátima S. Wolkmer, pelas primeiras orientações.

“O poder de fazer o bem quase sempre anda junto com a possibilidade de fazer o oposto.”

Amartya Sen

RESUMO

A ausência ou precariedade de saneamento básico como causa adequada de dano ambiental é determinante na fixação da responsabilidade estatal. Neste contexto, assume relevância a elaboração de políticas públicas adequadas, portanto aptas a permitir uma eficiente gestão do Estado. Por sua importância como garantidor de condições de saúde da população o saneamento básico tem sua fundamentalidade reafirmada, exigindo uma posição ativa do Estado desde a concepção até a garantia de eficácia das políticas sob sua responsabilidade. A falha do Estado brasileiro em cumprir adequadamente este papel se revela na fragilidade da situação do esgotamento e do tratamento sanitário no país, conforme demonstra diagnóstico apresentado. A fundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio impõe deveres ao Estado e aos seus agentes, os quais se evidenciam a partir do novo ambiente constitucional. A relevância dos assim chamados direitos fundamentais impôs limites aos atos da Administração, que se viu limitada em seu poder discricionário. A compreensão da natureza difusa do bem ambiental exige uma nova leitura da dogmática processual a fim de adaptá-la ao novo ambiente constitucional, e assim permitir a efetivação da responsabilização pelo dano ambiental, especialmente para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado. A insuficiência de proteção quanto ao mínimo existencial socioambiental por parte do Estado, portanto em desconformidade com os preceitos constitucionais, é causa direta da objetivação de sua responsabilidade. Quando o Estado se omite e esta omissão enseja a ocorrência de dano ambiental sua responsabilidade é objetiva, não sendo correto se falar em apuração de culpa. É adequada e possível a adoção de critérios objetivos para aferição da responsabilidade objetiva do Estado em decorrência de sua omissão como causa do dano ambiental.

Palavras-chaves: Políticas Públicas. Saneamento básico. Omissão Estatal. Dano Ambiental. Responsabilidade Estatal.

ABSTRACT

The lack or precariousness of basic sanitation as an adequate cause of environmental damage is a determinant to establish State liability. In this context, the formulation of effective public policies becomes relevant, in this way leading to an efficient State management. For its importance as population's health guarantor, basic sanitation has its fundamentality reaffirmed, demanding an active State stance from the conception to the assurance of the effectiveness of the policies it is responsible for. The failure of Brazilian State to fulfill adequately this role is disclosed by the fragility of the sanitary sewer system and sewage treatment in the country, as the assessment provided demonstrates. The fundamental right to a healthy environment imposes duties to the State and its agents, which are evident in the new constitutional atmosphere. The so-called fundamental rights relevance set limits to the acts of Administration, therefore limited in its discretionary power. The environmental diffuse nature comprehension demands a new reading of procedures rules in order to adapt it to the new constitutional atmosphere, thus allowing proper legal responsabilization, especially to define the State strict liability. The socio-environmental minimum insufficient protection on account of State omission, consequently in non-compliance with the constitutional precepts, is a direct cause of its strict liability. When the State neglects its appointed duty, and this leads to environmental damage, its liability is strict, so State negligence [culpability] does not have to be proved. It is appropriate and feasible to adopt objective criteria to assess the incidence of State strict liability due to its omission as cause of environmental damage.

Keywords: Public policies. Basic sanitation. State omission. Environmental damage. State liability.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- FIGURA 1: Níveis de atendimento com água e esgotos dos prestadores de serviços participantes do SNIS em 2012, segundo região geográfica e Brasil..... 31
- FIGURA 2: Proporção de municípios com rede de coleta e tratamento de esgoto em todos os distritos, segundo as Grandes Regiões – 2008..... 32
- FIGURA 3: Internações hospitalares por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado por 100.000 habitantes, total e por categorias de doenças – Brasil – 1993-2010.
..... 35
- FIGURA 4: Número total de internações hospitalares por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado por 100.000 habitantes, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação – 2010..... 36

LISTA DE QUADROS E TABELAS

QUADRO 1 – A Política, o Direito e a Gestão Ambiental..... 21

TABELA 1 – Domicílios particulares permanentes urbanos, total e proporção com serviços de saneamento, por classes de rendimento médio mensal domiciliar per capita, segundo as Grandes Regiões – 2009..... 33

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 POLÍTICAS PÚBLICAS	15
1.1 A importância da construção de políticas públicas específicas	15
1.2 A importância do saneamento básico para a garantia de adequadas condições de saúde à população	21
1.3 A política de saneamento básico brasileira: a situação do esgotamento e tratamento sanitário no Brasil	26
1.4 Os deveres do Estado como formulador, indutor e agente garantidor de políticas públicas	37
2 RESPONSABILIDADE ESTATAL	46
2.1 Os deveres do Estado em face da fundamentalidade do direito ao meio ambiente	46
2.2 A natureza da responsabilidade do Estado	54
2.3 A influência do processo na objetivação da responsabilidade estatal	64
2.4 A responsabilidade estatal objetiva pelo dano ambiental	70
3 RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO	79
3.1 A proibição de insuficiência de proteção como legitimadora da responsabilidade estatal objetiva	79
3.2 A responsabilidade objetiva por omissão	83
3.3 Omissões genérica e específica	89
3.4 Omissão desproporcional	94
4 A CONCRETIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL POR DANO AO AMBIENTE: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR OMISSÃO	95
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	107
ANEXO	115

INTRODUÇÃO

Ao se propor uma pesquisa que pretendesse investigar as condições do saneamento no Brasil à luz do ordenamento jurídico, especificamente a situação do saneamento básico como política pública estatal, partiu-se da premissa genérica de que sua efetividade não atendia o mais importante princípio da Administração Pública a partir da Constituição de 1988: a eficiência.

Nesta nova quadra constitucional, mostrava-se igualmente contemporânea a análise de como a questão da responsabilidade do Estado estava sendo tratada pela doutrina e pelos Tribunais do país, notadamente com relação à omissão da Administração como causa dos danos gerados a partir daquela ineficiência da política de saneamento.

Tudo isto numa atmosfera doutrinária e juridicamente carregada pela nova percepção acerca da fundamentalidade constitucional do direito ao ambiente equilibrado, condição que influenciou a edição das normas posteriores à Carta Política de 1988, notadamente as que tratam de temas vinculados à seara ambiental – no caso da pesquisa, especialmente a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que instituiu a Política Federal de Saneamento Básico. Isto sem mencionar a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 [dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente], a qual foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Da mesma forma, estimulavam muito à direção da pesquisa as evidências relativas aos efeitos devastadores que a inexistência, ou a precariedade, do saneamento produzem sobre a qualidade de vida das populações mais carentes e das crianças, concretizados na renitência de doenças típicas de países subdesenvolvidos [v.g. a dengue, as diarreias, a febre amarela, o tracoma, as hepatites, a leptospirose, a esquistossomose e outras verminoses] e na elevada mortalidade infantil, as quais, em conjunto com a baixa educação dessas populações, comprovadamente comprometem o desenvolvimento de um país.

Neste contexto, formulou-se como o problema da pesquisa a investigação sobre a influência que o tratamento jurídico dado à responsabilização do Estado diante de sua omissão na efetivação da política pública de saneamento tem sobre a manutenção da atual precariedade do tratamento de esgoto no Brasil, com seus reflexos nas condições de saúde da população mais vulnerável e no desenvolvimento uniforme do país.

As hipóteses a partir das quais foi desenvolvida a pesquisa foram: 1) a política pública de saneamento brasileira não está estruturada para o adequado enfrentamento da questão do esgotamento sanitário no país; 2) a atual estrutura de tratamento de esgoto no Brasil não é suficiente para o atendimento das necessidades da população; 3) o arcabouço

legal existente no ordenamento jurídico brasileiro está apto à persecução punitiva [Estado-Juiz] em face da omissão do Estado-Administrador [proibição de insuficiência de proteção] e do Estado-Legislator [proibição de déficit] na formulação, regulação e efetivação das políticas públicas de saneamento; 4) no contexto das hipóteses formuladas há um déficit *puniendi* na responsabilização do Estado-Administrador e do Estado-Legislator.

As variáveis trabalhadas foram: a) tratamento de esgoto sanitário: alcance e suficiência da estrutura disponível; b) acesso da população aos sistemas de tratamento de esgoto doméstico; c) efeitos sobre a saúde da população; d) condicionantes legais à responsabilidade do Estado: legislação aplicável; e) construções teóricas sobre a natureza da responsabilidade estatal em relação ao meio ambiente; e f) jurisprudência relativa à responsabilidade do Estado por omissão.

Quanto ao objetivo geral da pesquisa, buscou-se expor a precariedade da estrutura de tratamento de esgoto no país e a ausência de suficiente responsabilização do Estado e seus agentes pela sua conduta omissiva na efetivação deste direito fundamental socioambiental, como tentativa de induzir uma mudança de comportamento social que leve a efetivação da responsabilidade estatal pela concretização de sua obrigação constitucional de garantir o nível adequado de saúde à população (mínimo existencial socioambiental).

Mais detalhadamente, os objetivos específicos foram: 1) determinar a importância do saneamento básico, especificamente do esgotamento sanitário, na garantia de adequadas condições de saúde à população [mínimo existencial socioambiental]; 2) diagnosticar a situação do esgotamento sanitário no Brasil; 3) identificar, com base na legislação pertinente, os deveres do Estado como formulador, indutor e garantidor de políticas públicas adequadas de saneamento básico; e 4) no contexto apresentado, caracterizar a omissão do Estado, apontando as hipóteses de sua responsabilização objetiva.

Quanto à metodologia, adotou-se a pesquisa teórica, consistente na análise da legislação pátria, da doutrina e da jurisprudência. Já para a análise e confirmação das hipóteses da pesquisa foi empregado o método dedutivo, e na construção do embasamento teórico utilizou-se o método hermenêutico.

A pesquisa foi do tipo quantitativa, com análise de bancos de dados sobre a situação da estrutura de saneamento básico existente no país, selecionando os resultados mais convenientes à linha de pesquisa adotada. Para o mesmo fim, verificou-se a situação [existência] das políticas públicas voltadas ao saneamento básico do país, bem como se dedicou especial atenção à doutrina especializada e à jurisprudência nacional sobre o tema da pesquisa.

As fontes de pesquisa e análise foram fundamentalmente a documental, a bibliográfica e a argumentativa. Quanto à primeira, concentrou-se em bancos de dados produzidos e disponibilizados por instituições de pesquisa, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pelo Atlas de Saneamento, e órgãos governamentais, como o Ministério das Cidades, por meio do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) – Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto, e o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB). Da mesma forma consultaram-se estatísticas fornecidas por organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), especialmente os dados fornecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Além destes, procedeu-se à análise da legislação específica, especialmente a Lei n° 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA) e a Lei n° 11.445/2007 (Política Federal de Saneamento Básico – PFSB), bem como da Constituição da República brasileira de 1988. Nesta fonte ainda considera-se a pesquisa jurisprudencial relativa às decisões dos Tribunais pátrios sobre a matéria.

Quanto às linhas bibliográfica e argumentativa, buscou-se o apoio em autores e obras que tratam especificamente do meio ambiente, notadamente do direito ambiental vinculado ao saneamento básico e à responsabilidade do Estado por dano ambiental.

Com tal proposta epistemológica, a estrutura formal da pesquisa foi dividida em quatro capítulos. O primeiro faz uma análise conceitual sobre políticas públicas e sua influência na gestão eficiente do Estado, trabalhando, num primeiro momento, a relação de dependência entre política pública e planejamento, destacando a importância de que as políticas públicas sejam concebidas e desenvolvidas em consonância com as realidades que pretendem influenciar. Em seguida, demonstra-se a importância do saneamento básico como condição necessária à saúde das populações. Tendo como foco o saneamento, argumenta-se sobre a relação entre subdesenvolvimento, dano ambiental e omissão do Estado, e se expõe os graves prejuízos decorrentes de sua inexistência ou precariedade. Destaca-se a importância da ação governamental como viabilizadora de políticas públicas voltadas ao saneamento, especialmente considerado o impacto que sua insuficiência tem sobre as populações mais carentes e sobre o desenvolvimento dos países como um todo. Ainda no capítulo 1, aborda-se a evolução da política brasileira de saneamento e a situação do esgotamento e do tratamento sanitário no país, demonstrando-se, por meio de dados estatísticos, a precariedade da situação brasileira, projetando seus efeitos no desenvolvimento do país. Por fim, o capítulo analisa o papel do Estado como formulador, indutor e agente garantidor da efetividade das políticas públicas, dando ênfase aos aspectos legais e institucionais, ligados ao Direito Constitucional e

ao Administrativo, os quais fornecem as normas balizadoras e reguladoras da ação estatal, especialmente quanto ao múnus que obriga o agir do Estado a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, destacando a antijuridicidade de sua eventual omissão na observância daqueles deveres legalmente instituídos, aos quais está constitucional e administrativamente vinculado.

O capítulo 2 enfrenta a questão da responsabilidade estatal, tecendo considerações sobre sua natureza. Versa sobre os deveres do Estado em face da fundamentalidade do direito ao meio ambiente, da qual resultou uma mudança significativa na posição da Administração em relação ao seu dever de garantir e promover o bem-estar existencial individual e coletivo, agora encorpado pelo direito ao meio ambiente equilibrado. Demonstra que esta mudança patrocinada pela Constituição introduziu novos limites na conformação da ação estatal, cuja discricionariedade restou mitigada pelos deveres de proteção ambiental, atingindo com igual carga as três funções do Estado [administrativa, legislativa e judiciária], obrigando-o a uma posição mais ativa no exercício da tutela do meio ambiente. No mesmo capítulo, são feitas considerações sobre a natureza do bem ambiental e a dificuldade que a dogmática processual tem tido para com ela lidar, com consequências evidentes sobre a proteção ambiental. O capítulo adentra na discussão sobre a responsabilidade objetiva do Estado em matéria ambiental, colocando *vis-à-vis* as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que divergem sobre sua adequação. O capítulo avança na discussão sobre a natureza da responsabilidade estatal, pondo frente a frente os que a consideram subjetiva e aqueles que a aceitam na modalidade objetiva.

A proibição de insuficiência de proteção como legitimadora da responsabilidade estatal objetiva, considerada sua vinculação ao princípio da proporcionalidade, é tratada no capítulo 3, onde também se discute a omissão em matéria de danos diretos ou indiretos causados ao meio ambiente em face da relação do Estado com a sociedade. A análise de diferentes tipos de omissão encerra o capítulo 3.

O capítulo 4 traz uma contribuição que se pretende funcional na análise de casos em que seja preciso decidir sobre a natureza da responsabilidade do estado, notadamente em matéria de dano ambiental. O capítulo sugere critérios para aferição da responsabilidade objetiva por omissão, os quais resultaram da coalescência de disposições legais, da doutrina e da forma como os Tribunais têm tratado a matéria.

A legitimação do Estado como garantidor da concretização dos direitos fundamentais dotados de constitucionalidade está a exigir cada vez mais uma posição ativa do Estado, notadamente com relação à proteção ambiental, não apenas como um fim em si mesmo [para

a proteção da natureza], mas especialmente como condição de realização dos legítimos anseios da sociedade para o alcance de uma vida mais digna, o que demanda um ambiente sadio e equilibrado, para o qual o saneamento tem destacada função como instrumento de justiça e, portanto coesão social, e onde não tem espaço a omissão estatal como causa impeditiva da construção desta sociedade mais uniforme, sendo este o cenário em que se desenvolveu a presente dissertação.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

O presente capítulo trabalha a importância das políticas públicas para a eficiente gestão do Estado, cuja administração mostra-se em um crescente de complexidade e necessita, portanto, de instrumentos que permitam ao administrador um maior controle dos seus atos, especialmente para poder medir seus resultados, e com isso fazer as correções de rumo necessárias para o êxito da administração, sendo esta a síntese do subcapítulo 1.1.

A importância do saneamento básico para a melhoria das condições gerais de uma Nação, considerada a sua influência na afetação da qualidade ambiental, bem como sua contribuição para o combate da pobreza e consequente elevação do nível de concretização de diversos direitos fundamentais, entre os quais o direito à saúde, à habitação decente, à água, e o próprio direito à vida, é tratada no subcapítulo 1.2, que ainda oferece dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) a corroborar a proclamada fundamentalidade do saneamento.

O subcapítulo 1.3 traz a Política Federal de Saneamento e a situação do saneamento básico no Brasil, expondo dados estatísticos e análises comparativas e quantitativas de como o país se encontra no enfrentamento da questão.

Encerrando este capítulo 1, o subcapítulo 1.4 explicita o papel do Estado na assistência ao meio ambiente e às populações mais vulneráveis, via políticas públicas, e a necessidade da legitimação do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, que devem se apresentar aptos a direcionar a ação estatal, vinculando-a, para garantir a concretização de um mínimo socioambiental adequado.

1.1 A IMPORTÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS

Não deve soar como novidade a importância que políticas públicas específicas têm para a gestão das coisas do Estado, o qual tem sob sua responsabilidade áreas de interesse vitais para a sociedade, notadamente nos campos da educação, segurança, saúde e, mais recentemente, o cuidado com o meio ambiente como integrante do catálogo dos direitos sociais fundamentais.

O que se apresenta como objeto de atenção relativamente recente é a constatação da crescente complexidade da gestão, que tem deixados atordoados os administradores públicos, os quais se encontram ainda presos aos antigos paradigmas da gestão pública segmentada e setorializada (GODOY, 2014, p. 36).

Esta sofisticação da administração, que demanda uma ampliação das capacidades dos gestores, no sentido de necessitarem uma formação multidisciplinar e atuação integrada e ágil, surge da cada vez mais rápida velocidade com que ocorrem as transformações sociais, o aparecimento de novas tecnologias, inclusive de informação, a crescente demanda por bens e serviços públicos e privados, a instantaneidade das comunicações, enfim, fenômenos contemporâneos que exigem mais agilidade e proatividade da Administração Pública.

Neste contexto destaca-se com grande relevância o equacionamento da vida nas cidades, atividade a cada dia mais complexa em decorrência do aumento do número de habitantes¹, com demandas crescentes por segurança, moradia, transporte, educação, saúde, alimentação, comunicação, lazer, cultura, tecnologia, enfim, uma cesta de demandas que parecem não encontrar limites de crescimento. E, como se já não fora bastante este agregado de demandas, a velocidade com que exigem satisfação resulta num crescente estresse social, que se reflete, pelo lado do Estado, em um atabalhoamento gerencial que não resolve o passado e não consegue projetar, nem equacionar, o futuro. A sociedade, por seu turno, cada vez mais impaciente, muito embora, e não raro – considerado o apelo a um frenético consumismo² –, seja cúmplice desse cada vez mais iminente colapso da urbe (GODOY, 2014, p. 37).

Neste cenário, investir na criação de políticas públicas pode auxiliar na tentativa de contenção deste caos em que se transforma a vida nas cidades. No caso presente, utilizar-se-á a questão do saneamento básico como pano de fundo, já que compõe uma das áreas mais sensíveis em termos de afetação da qualidade de vida, além de integrar, pela sua importância, o âmbito normativo de outros direitos fundamentais sociais, como o direito à moradia digna, à saúde, ao ambiente sadio, e até mesmo o direito à água.

Ao se tratar de política pública, utiliza-se o conceito trabalhado por Secchi (2012, p. 2), para quem uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, cuja razão para o seu estabelecimento é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante, isto é, deve ter implicações para uma quantidade ou qualidade notável de pessoas (SECCHI, 2012, p. 7).

¹ Aumento este devido tanto à natalidade quanto à migração das zonas rurais para as urbanas.

² Segundo Zygmunt BAUMAN (*Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 38-39), o ponto central da passagem do consumo para o consumismo ocorreu com a chamada “revolução consumista”, quando o consumo tornou-se “especialmente importante, se não central para a vida da maioria das pessoas, o verdadeiro propósito da existência”, e “quando nossa capacidade de querer, desejar, ansiar por e particularmente experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano”.

As políticas públicas tratam da gestão dos problemas e das demandas coletivas através da utilização de metodologias que identificam prioridades, racionalizando a aplicação de investimentos com a utilização do planejamento como forma de se atingir os objetivos e metas predefinidos (DIAS E MATOS, 2012, p. 14), e implicam o estabelecimento de uma ou mais estratégias orientadas à solução de problemas públicos e/ou à obtenção de maiores níveis de bem-estar social.

O planejamento, por seu turno, é um processo de elaboração de um ou mais planos que permitam se atingir determinado objetivo e, genericamente, opera-se com a coordenação de diversas variáveis, testadas em diferentes e possíveis cenários, de forma a se alcançar aquele mais apropriado ao fim desejado. Ou seja, o planejamento “é um ato racional de escolha de um determinado futuro” (DIAS E MATOS, 2012, p. 132).

Em termos ambientais, o planejamento pode ser definido como “o estudo que visa à adequação do uso, do controle e da proteção ao meio ambiente, além do atendimento das aspirações sociais e governamentais expressas ou não em uma política ambiental” (FREIRIA, 2011, p. 130).

Importa destacar que a política pública vem antes do planejamento, já que aquela surge a partir da constatação da existência de um problema relevante, cuja solução dependerá, então, de quais estratégias os atores envolvidos adotarão para atacá-lo. Nesta fase é que o planejamento torna-se relevante, pois é através do mapeamento dos diversos cenários e recursos disponíveis que será possível se fazer a escolha mais adequada.

Outro aspecto a ser destacado é que, no entendimento adotado por este estudo, o caráter público de uma política independe da personalidade jurídica de quem a elabora. O que define se uma política é pública é o problema que ela visa a resolver, e para isto importa determinar a sua abrangência, isto é, quantas e como as pessoas são por ele afetadas. Para um problema ser público o conjunto de indivíduos atingido deve ser relevante, considerado o contexto em que se insere a parcela da comunidade visada.

Portanto, e ao contrário do que se pode imaginar, nem sempre uma política pública é aquela elaborada pelo Estado, como é o caso, por exemplo, da internacionalmente conhecida política de erradicação da poliomielite [*End Polio Now*], liderada pelo Rotary Clube, uma organização privada que já promoveu a vacinação de 2,5 bilhões de crianças pelo mundo (2014). Ou ainda, o trabalho desenvolvido pelo Instituto Trata Brasil, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) que tem como objetivo coordenar uma ampla mobilização nacional para que o Brasil possa atingir a universalização do acesso à coleta e ao tratamento de esgoto. E, é claro, talvez a mais representativa, a própria Organização das

Nações Unidas (ONU), com seus programas de combate à fome, à mortalidade infantil, à proteção do meio ambiente, entre tantos.

Este entendimento, quanto à característica *pública* de uma política estar vinculada à natureza do problema que pretende resolver, e também relativamente aos atores que a promovem, filia-se à abordagem multicêntrica (SECCHI, 2012, p. 2), que considera organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais, redes de políticas públicas [*policy networks*], e também os atores estatais, todos como possíveis protagonistas no seu estabelecimento³.

É claro que a vocação do Estado para atuar em questões macro torna mais proeminente a presença governamental na elaboração de políticas públicas, especialmente aquelas voltadas para o atendimento dos direitos sociais das populações, como é o caso do saneamento, razão pela qual se optou pela análise do papel desempenhado pelo Estado brasileiro neste campo.

Voltando ao planejamento e sua importância na viabilização de uma política pública, Dias e Matos (2012, p. 133) destacam com propriedade que a eficácia de um planejamento, especialmente quando relacionado ao equacionamento de ações derivadas de qualquer segmento humano, deve ser resultado de um processo dinâmico e permanente que incorpore a complexa realidade que pretende organizar.

Tal complexidade exige que o gestor das políticas escolhidas, ou eleitas, tenha disponível o conhecimento dos pressupostos teóricos, da legislação específica, das formas de organização, do estágio de desenvolvimento em que se encontra cada setor, e que possua domínio sobre suas características. A utilização sistematizada destas variáveis depende de planejamento, para o qual se mostra essencial a existência e a ordenação de indicadores setoriais específicos, os quais, por seu turno, devem estar inseridos num universo mais amplo, já que políticas públicas não devem ser elaboradas de forma isolada, mas consideradas num contexto geral que reconheça a interdependência e a conexão dos fenômenos sociais.

Concebida uma política a partir da identificação de um problema público, cabe ao planejamento entender os objetivos propostos e estabelecer as metas a serem cumpridas para viabilizar o seu alcance. Para este fim, e especialmente tratando-se de meio ambiente, o planejamento deve assumir as limitações de disponibilidade e de uso dos recursos existentes.

³ Esta abordagem está em oposição aos que consideram as políticas públicas, analiticamente, monopólio de atores estatais, para quem o que determina se uma política é ou não pública é a personalidade jurídica do ator protagonista, ou seja, é política pública somente quando emanada de ator estatal (SECCHI, 2012, p. 2).

Outro aspecto a ser observado é a necessidade de que os *policy-makers* [formuladores de políticas] governamentais levem em consideração na concepção das políticas públicas a realidade como ela se apresenta, isto é, de nada adiantará aos governos criarem políticas distanciadas das carências das comunidades que visam a beneficiar. É desperdício de recursos preciosos que os governantes não têm o direito de cometer.

Já tendo ficado claro que o planejamento se destina a criar as condições para a concretização de uma política, importa destacar alguma de suas características, conforme encontradas em Dias e Matos (2012, p. 148), quais sejam:

- a) em relação ao tempo, o planejamento se volta sempre para o futuro, mas deve considerar os eventos passados e presentes como variáveis de referência;
- b) visa à transformação da realidade presente segundo rumos predeterminados;
- c) o planejamento existe como função de necessidades e problemas pré-existentes, portanto, quanto maior o número ou seriedade dos problemas, mais necessário se torna o planejamento;
- d) implica a existência de um sujeito ou agente de planejamento;
- e) depende essencialmente da existência de informações e dados sobre a realidade que pretende modificar, com os quais possa trabalhar;
- f) tem como instrumentos os planos, programas e projetos⁴;
- g) implica a escolha de caminhos e ações diversos;
- h) as ações propostas para viabilizar os objetivos traçados devem ter uma sequencia lógica e serem realizadas de modo organizado.

Sendo atividade complexa, o êxito de um planejamento depende de disciplina metodológica, e pressupõe a consideração de determinados fatores que permitem delimitar o seu objeto, tais como o tempo, a localização e a extensão do plano a ser desenvolvido (DIAS E MATOS, 2012, p. 149-151).

⁴ O *plano* estabelece as definições de caráter geral do planejamento, um verdadeiro referencial que possa ser continuado pelos programas e projetos específicos. O *programa* é basicamente a setorização dos planos, detalhando por setor as metas e medidas instrumentais para atingir objetos contemplados no plano. O *projeto*, por sua vez, é a unidade mais objetiva, elementar, do planejamento. Representa a proposição de algum trabalho ou serviço com objetivo bem definido e relacionado com algum aspecto do plano (FREIRIA, 2012, p. 144-145).

O fator tempo remete ao período de duração dos planos, que podem ser curtos, médios e longos. Os planos de curto prazo tem duração de até três anos e são aplicáveis na resolução de problemas urgentes. Os de médio prazo giram em torno de cinco anos e tendem a se ajustar aos mandatos governamentais. Já os de longo prazo normalmente ultrapassam os dez anos e são elaborados para tratar de problemas mais complexos.

O fator localização espacial ou espaço físico, de um modo geral, classifica os planos, programas ou projetos como internacionais, nacionais, regionais ou municipais, e implica a existência de estruturas gerencias responsáveis pelo planejamento.

Quanto à extensão, diz respeito ao número de atividades a serem desenvolvidas e ao objeto do planejamento propriamente dito, ou seja, aos diversos segmentos da vida da nação [v.g. economia, saúde, educação, energia, turismo, meio ambiente] que deverão ser atingidos diretamente.

Tratando-se de políticas ambientais, adota-se o entendimento expressado por Freiria (2011, p. 141), para quem

o planejamento, enquanto ferramenta para auxiliar na administração presente e futura das relações ambientais, é uma das etapas de gestão que deve estar expressa na política ambiental, sobretudo na política pública ambiental, uma vez que é a política que direciona a gestão e, por conseguinte, o planejamento.

Para a demonstração de que o planejamento tem importante papel na garantia de efetivação das políticas públicas, em especial as ambientais, importa mencionar a relevância que as legislações ambientais possuem como instrumentais do planejamento, na medida em que passaram a incorporar a lógica do planejamento ambiental por meio da recepção nos textos legais dos seus instrumentos representativos, especialmente os planos, programas e projetos (FREIRIA, 2012, p. 146).

O Quadro 1 a seguir demonstra esta relação do direito com os instrumentos do planejamento, e sua estreita vinculação com as políticas públicas ambientais.

Quadro 1 – A Política, o Direito e a Gestão Ambiental

Política:	Política Nacional de Recursos Hídricos e Política Nacional de Educação Ambiental
Direito:	Lei Federal n° 9.433, de 08/01/1997 Lei Federal n° 9.795, de 27/04/1999
Gestão (Planejamento):	Plano de recursos hídricos de determinada bacia hidrográfica <hr/> Programa de educação ambiental para a bacia hidrográfica <hr/> Projeto de recuperação de nascentes associado a práticas de educação ambiental

Fonte: FREIRIA, 2012.

O Quadro 1 deixa claro que quanto maior for a integração entre o direito e a gestão ambiental, maior é a possibilidade de efetivação da política ambiental associada. Segundo Freiria (2012, p. 146), esta integração entre o direito e a gestão se iniciou, no caso brasileiro, a partir da década de 1980, coincidindo com o período em que o direito ambiental começou a ter sua autonomia como ramo do direito. Efeito deste movimento, os instrumentos de planejamento passaram a fazer parte de comandos legais e, por consequência, incrementaram sua relevância como condicionantes da efetividade de políticas ambientais.

1.2 A IMPORTÂNCIA DO SANEAMENTO BÁSICO PARA A GARANTIA DE ADEQUADAS CONDIÇÕES DE SAÚDE À POPULAÇÃO

A escolha do saneamento básico como cenário de fundo deste estudo decorre do fato de compor uma das áreas mais sensíveis em termos de afetação da qualidade ambiental, sabendo-se que é um dos pilares em que deve se apoiar qualquer política socioambiental. É como também pensa Bibiana Graeff Chagas Pinto (apud SARLET, 2010, p. 33), que vê no saneamento ambiental um campo de atuação adequado ao combate simultâneo da pobreza e da degradação do ambiente, dado que a efetividade dos serviços de saneamento – ao lado do abastecimento de água – integra o âmbito normativo de diversos direitos fundamentais, entre os quais o direito à saúde, à habitação decente, o direito ao ambiente sadio, e até mesmo o emergente direito à água [essencial à dignidade humana], além do próprio direito à vida.

A saúde pública como direito fundamental e obrigação do Estado (artigo 196, Constituição Federal de 1988 – CF/88), é diretamente afetada pela qualidade e suficiência do tratamento de resíduos, no caso, da água. Ou seja, tratamento de esgoto sanitário.

Segundo Ney Lobato Rodrigues e William Ricardo do Amaral Carvalho, citados por Eduardo Coral Viegas (VIEGAS, 2012, p. 165), “estima-se que em nosso país 70% das internações infantis em hospitais públicos e 40% da mortalidade infantil tenham origens em deficiências de saneamento básico”.

Nada a estranhar, já que segundo o Relatório CONJUNTURA dos Recursos Hídricos no Brasil: Informe 2012, publicado pela Agência Nacional de Águas (ANA), com base na Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB, ano de referência 2008), o País possui, aproximadamente, 78,6% e 45,7% dos domicílios atendidos por rede geral de água e por rede coletora de esgotos sanitários, respectivamente.

Dados mais recentes do governo federal indicam que 141 milhões de pessoas não tem esgoto tratado no Brasil, incluindo a população sem rede de esgoto e a que tem coleta, mas não tratamento. Isto equivale aproximadamente a 74% da população do país⁵ sem acesso a este serviço essencial para a cidadania, e sem o qual não é possível se falar em atendimento dos padrões mínimos de dignidade humana (mínimo existencial).

Ora, sendo de competência privativa da União (artigo 21, XX, CF) “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, *saneamento básico* e transportes urbanos”; da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, IX, CF) “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de *saneamento básico*”; e da responsabilidade do sistema único de saúde (artigo 200, IV, CF) “participar da formulação da política e da execução das ações de *saneamento básico*”, está mais do que clara a responsabilidade dos entes federados sobre a efetividade das políticas públicas de gestão do saneamento básico.

Nada obstante, os danos ao meio ambiente decorrentes da omissão estatal neste campo têm sido negligenciados, sendo ainda incipientes as punições impostas aos agentes públicos pela degradação ambiental causada pela ausência de saneamento básico.

Por isso é que o saneamento básico, na visão de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2010, p. 33), na sua configuração como dever e direito, além de serviço público essencial, na perspectiva jurídico-constitucional, acaba atuando como uma espécie de ponte normativa entre o mínimo existencial social e a proteção ambiental, o que se traduz, então, no mínimo existencial socioambiental. É que, ainda segundo os mesmos autores (2010, p. 34), “em relação ao saneamento básico, o comprometimento da saúde humana está diretamente associado à contaminação e poluição das águas que servem de abastecimento para as

⁵ Dados do Censo IBGE 2010 indicam que a população brasileira é formada por 190.732.694 pessoas.

populações”, razão pela qual, “é possível identificar o saneamento básico como um direito fundamental que apresenta uma feição socioambiental”.

O Brasil, ainda uma nação desigual, notadamente neste campo, encontra-se perfilado com os países mais pobres e subdesenvolvidos do mundo, especialmente quanto aos indicadores básicos de qualidade de vida, entre os quais a ausência, ou insuficiência de saneamento se destaca.

Os danos ao meio ambiente decorrentes da ausência ou precariedade do saneamento evidenciam a relação de proximidade entre subdesenvolvimento, dano ambiental e omissão do Estado, como demonstram os seguintes dados da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2011):

- a) Estima-se que 2,6 bilhões de pessoas não têm acesso a saneamento adequado, globalmente. Se a tendência atual continuar, em 2015 haverá 2,7 bilhões de pessoas sem acesso a saneamento básico. As regiões com menor cobertura são a África Subsaariana (31%), o sul da Ásia (36%) e Oceania (53%). Questões subjacentes que contribuem para o desafio em muitos países incluem uma infraestrutura fraca, uma base de recursos humanos insuficiente e recursos escassos para melhorar a situação;⁶
- b) A falta de instalações sanitárias obriga as pessoas a defecarem a céu aberto, em rios ou perto de áreas onde as crianças brincam ou os alimentos são preparados. Isto aumenta o risco de transmissão de doenças. O rio Ganges, na Índia, recebe 1,1 milhão de litros de esgoto despejados a cada minuto, sendo este um dado surpreendente, considerando que um grama de fezes pode conter 10 milhões de vírus, 1 milhão de bactérias, 1000 cistos de parasitas e 100 ovos de vermes;⁷
- c) Exemplos de doenças transmitidas através da água contaminada por dejetos humanos incluem diarreia, cólera, disenteria, febre tifoide e hepatite A. Na África, 115 pessoas morrem a cada hora a partir de doenças ligadas à falta de saneamento, falta de higiene e água contaminada;⁸

⁶ “An estimated 2.6 billion people lack access to adequate sanitation globally. If the current trend continues, by 2015 there will be 2.7 billion people without access to basic sanitation. The regions with the lowest coverage are sub-Saharan Africa (31%), southern Asia (36%) and Oceania (53%). Underlying issues that add to the challenge in many countries include a weak infrastructure, an inadequate human resource base and scarce resources to improve the situation.” (Tradução nossa)

⁷ “Lack of sanitation facilities forces people to defecate in the open, in rivers or near areas where children play or food is prepared. This increases the risk of transmitting disease. The Ganges river in India has 1.1 million litres of raw sewage dumped into it every minute, a startling figure considering that one gram of faeces may contain 10 million viruses, one million bacteria, 1000 parasite cysts and 100 worm eggs.” (Tradução nossa)

⁸ “Examples of diseases transmitted through water contaminated by human waste include diarrhoea, cholera, dysentery, typhoid, and hepatitis A. In Africa, 115 people die every hour from diseases linked to poor sanitation, poor hygiene and contaminated water.”(Tradução nossa)

- d) Instalações de saúde precisam de saneamento adequado e devem praticar uma boa higiene para controlar as infecções. Em todo o mundo, entre 5% e 30% dos pacientes desenvolvem uma ou mais infecções evitáveis durante estadas em centros de saúde;⁹
- e) A cada ano mais de 200 milhões de pessoas são afetadas por secas, inundações, tempestades tropicais, terremotos, incêndios florestais e outros perigos. O saneamento é um componente essencial na resposta de emergência e nos esforços de reabilitação para conter a propagação de doenças, reconstruir os serviços básicos nas comunidades e ajudar as pessoas a retornar às atividades diárias normais;¹⁰
- f) Estudos mostram que um melhor saneamento reduz em um terço as taxas de mortalidade por diarreia. A diarreia é uma grande matadora, mas em grande parte evitável: é responsável por 1,5 milhão de mortes a cada ano, principalmente entre os menores de cinco anos que vivem em países em desenvolvimento;¹¹
- g) Saneamento adequado incentiva às crianças a estarem na escola, especialmente as meninas. O acesso a latrinas aumenta as taxas de frequência escolar para crianças: um aumento no número de matrículas de meninas pode ser atribuído à oferta de instalações sanitárias separadas;¹²
- h) Educação para higiene e incentivo à lavagem das mãos são medidas simples e de baixo custo que podem reduzir casos de diarreia em até 45%. Mesmo quando o saneamento ideal não está disponível, a instituição de boas práticas de higiene nas comunidades leva a uma melhor saúde. Higiene adequada caminha lado a lado com o uso de melhores instalações para prevenir a doença;¹³

⁹ “Health-care facilities need proper sanitation and must practice good hygiene to control infection. Worldwide, between 5% and 30% of patients develop one or more avoidable infections during stays in health-care facilities.” (Tradução nossa)

¹⁰ “Each year more than 200 million people are affected by droughts, floods, tropical storms, earthquakes, forest fires, and other hazards. Sanitation is an essential component in emergency response and rehabilitation efforts to stem the spread of diseases, rebuild basic services in communities and help people return to normal daily activities.” (Tradução nossa)

¹¹ “Studies show that improved sanitation reduces diarrhoea death rates by a third. Diarrhoea is a major killer and largely preventable: it is responsible for 1.5 million deaths every year, mostly among under-five children living in developing countries.” (Tradução nossa)

¹² “Adequate sanitation encourages children to be at school, particularly girls. Access to latrines raises school attendance rates for children: an increase in girls’ enrolment can be attributed to the provision of separate, sanitary facilities.” (Tradução nossa)

¹³ “Hygiene education and promotion of hand washing are simple, cost-effective measures that can reduce diarrhoea cases by up to 45%. Even when ideal sanitation is not available, instituting good hygiene practices in communities will lead to better health. Proper hygiene goes hand-in-hand with the use of improved facilities to prevent disease.” (Tradução nossa)

- i) Os benefícios econômicos advindos do saneamento são persuasivos: cada US\$ 1 investido em saneamento básico se traduz em um retorno médio de US\$ 9. Esses benefícios são sentidos especialmente pelas crianças pobres e nas comunidades carentes que mais precisam deles;¹⁴
- j) Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio¹⁵ tem como meta a cobertura de 75% de saneamento global em 2015. O custo para atingir este marco é estimado em US\$ 14 bilhões por ano ao longo do período. Entre outros benefícios para a saúde, estima-se que o saneamento adequado reduza os casos de diarreia em 391 milhões em todo o mundo a cada ano.¹⁶

Os dados ora expostos datam do ano de 2011. Em maio de 2013, relatório da World Health Organization (WHO/UNICEF) revelou que algo como 2,4 bilhões de pessoas – um terço da população do mundo – continuarão sem acesso à melhora no saneamento em 2015. O relatório, intitulado *Progresso sobre saneamento e água potável - atualização 2013 [Progress on sanitation and drinking-water 2013 update]*, adverte que, no ritmo atual de progresso, a Meta de Desenvolvimento do Milênio 2015 (MDG) de reduzir pela metade a proporção da população sem saneamento, com base na situação de 1990, não será atingida por 8%, ou meio bilhão de pessoas.

Sendo as regiões mais pobres e as populações mais vulneráveis os principais atingidos pela falta de saneamento, está claro que as políticas necessárias para reverter esta situação devem ser lideradas pelos governos, já que vocacionados a agir nas áreas em que o retorno econômico não seja o moto principal. Nas palavras da Dra. Maria Neira, Diretora para Saúde Pública e Meio Ambiente da WHO, *“there is an urgent need to ensure all the necessary pieces are in place – political commitment, funding, leadership – so the world can accelerate progress and reach the Millennium Development Goal sanitation target.”*¹⁷

A dificuldade atávica e inerente dos governos de se movimentarem com foco, competência e dinamicidade pelas questões essenciais, tal como a eliminação das

¹⁴ *“The economic benefits of sanitation are persuasive. Every US\$1 invested in improved sanitation, translates into an average return of US\$9. Those benefits are experienced specifically by poor children and in the disadvantaged communities that need them most.”* (Tradução nossa)

¹⁵ O Projeto do Milênio foi encomendado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em 2002 para desenvolver um plano de ação concreto para o mundo tendo como meta alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, para reverter a pobreza extrema, a fome e as doenças que afetam bilhões de pessoas.

¹⁶ *“The Millennium Development Goals target 75% global sanitation coverage by 2015. The cost to reach this milestone is estimated at US\$14 billion annually through the period. Among other health gains, sanitation is estimated to reduce diarrhoea cases by 391 million worldwide each year.”* (Tradução nossa)

¹⁷ *“Há uma necessidade urgente de garantir que todas as peças necessárias estejam onde devem estar – o compromisso político, o financiamento, a liderança – para que o mundo possa acelerar o progresso e atingir a meta de Desenvolvimento do Milênio em saneamento.”* (Tradução nossa)

desigualdades sociais, visando à superação do subdesenvolvimento, passa também pela compreensão da importância que as estruturas de governança globais¹⁸ têm neste processo.

Instituições de referência como a OMS (saúde), OMT (turismo), OMC (comércio), PNUMA (meio ambiente), UNESCO (cultura), entre outras de alcance regional e local, podem contribuir de maneira incisiva para a produção de ações que causam importante impacto no equacionamento das questões mais sensíveis, como é o saneamento, com todos os reflexos que a sua insuficiência provoca na vida das populações.

Mas, sempre, será uma decisão interna, pois mesmo a aderência a políticas e programas globais pressupõe uma decisão política anterior dos governos nacionais, o que significa abrir mão de uma parcela da soberania nacional em nome de uma necessária integração global para a solução de problemas também globais.

1.3 A POLÍTICA DE SANEAMENTO BRASILEIRA: A SITUAÇÃO DO ESGOTAMENTO E TRATAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL

A política de saneamento básico no Brasil teve seu marco regulatório fixado com o advento da Lei n° 11.445, de 05/01/2007 (Política Federal de Saneamento Básico – PFSB), que assim o definiu:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas; [...]

¹⁸ Segundo Dias, a Comissão sobre Governança Global (1996) definiu o conceito de governança global como “um amplo, dinâmico e complexo processo interativo de tomada de decisão que está constantemente evoluindo e se ajustando a novas circunstâncias. Mesmo tendo que atender às exigências específicas de diferentes áreas de atuação, a governança deve ter uma visão integrada das questões relativas à sobrevivência e à prosperidade humanas. Reconhecendo a natureza sistêmica dessas questões, deve adotar medidas também sistêmicas para resolvê-las”. (DIAS E MATOS, 2012, p. 93).

Parece claro que a política de saneamento básico foi concebida como um *sistema* encadeado de atividades que se complementam entre si, desde a captação de água potável e abastecimento da população até o seu tratamento residual para lançamento final no meio ambiente.

Mas, tão importante quanto compreender o conceito de saneamento é conhecer os princípios que nortearam a concepção da política, diante dos quais se pode encontrar a motivação que leva à denúncia da inefetividade do Estado face ao seu poder-dever de garantir as condições mínimas necessárias à manutenção de um padrão de dignidade aceitável, qual seja, o omissivismo político (FREITAS, 2012, p. 184-186) e administrativo da Administração Pública. Ditos princípios estão elencados no artigo 2º, da mesma Lei nº 11.445:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

XI - segurança, qualidade e regularidade;

XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.

Uma análise evolutiva do serviço de saneamento básico no Brasil é feita por Demoliner (2008, p. 110-134), para quem o serviço está dividido em três fases: o período anterior a 1970, o período entre 1970-1990, e o período posterior a 1990. Segundo relata a citada autora, na primeira fase o serviço de saneamento básico esteve a cargo dos municípios, com a gestão vinculada ao Ministério da Saúde, quando foram criados departamentos específicos para cuidar do serviço, seguidos pela criação de autarquias em busca de uma

maior autonomia. É desta época (1952) a criação do Serviço Especial de Saúde Pública, depois denominado de Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), cuja gestão concebeu os primeiros Serviços Autônomos de Água e Esgoto para funcionarem junto aos municípios mais carentes. Segundo Demoliner, o modelo se exauriu por conta do crescimento acelerado da população, do sistema de tarifação irreal e da falta de instrumentos de planejamento sistemático, carências que redundaram em baixos índices de atendimento da população.

O segundo período foi marcado pela criação (1968) do Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), cuja gestão ficou a cargo do Banco Nacional de Habitação (BNH). É desta época (1971-1978) o lançamento do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), que se constituiu no marco histórico e institucional para o setor de saneamento do país, conforme destaca Demoliner. Viegas (2012, p. 175) afirma que o PLANASA definiu um modelo que é seguido até os dias de hoje, caracterizado pela criação, no âmbito dos Estados da Federação, de empresas públicas ou sociedades de economia mista – as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB), que passaram a prestar serviços aos municípios, via contratos de concessão. Segundo Demoliner, este modelo funcionou bem até o início da década de 1980, quando teve início o período de desequilíbrio financeiro das CESBs, causado, entre outros fatores, pela utilização das tarifas como instrumento de política monetária, já que as Companhias utilizaram o valor arrecadado para honrar suas dívidas com o BNH e perderam a capacidade de investimento no sistema. Além disso, a crise econômica escasseou o crédito barato, fazendo com que os Estados se endividassem excessivamente com a União, o que contribuiu igualmente para a perda de capacidade financeira do sistema. As renitentes crises da década de 1980, com a edição de sucessivos e malfadados planos econômicos, culminaram, em 1986, com a incorporação do BNH pela Caixa Econômica Federal e a extinção do PLANASA.

O final da segunda fase coincidiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual [re]distribuiu as competências relativas ao saneamento entre os entes federados, estabelecendo, consoante visto mais cedo, como da competência privativa da União (artigo 21, XX, CF) “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, *saneamento básico* e transportes urbanos”; da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, IX, CF) “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de *saneamento básico*”; e da responsabilidade do sistema único de saúde (artigo 200, IV, CF) “participar da formulação da política e da execução das ações de *saneamento básico*”.

A terceira fase descrita por Demoliner teve início nos anos 90 e dura até a presente data. É desta fase a criação de diversos estudos sobre o setor, desenvolvidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que culminaram com a criação, em 1996, do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)¹⁹, abrigado no seio do Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), vinculado à Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA), do Ministério das Cidades.

Atualmente, como decorrência da criação da Política Federal de Saneamento Básico, definiram-se também as competências quanto à coordenação e atuação dos diversos agentes envolvidos no seu planejamento e execução, o que permitiu a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), de responsabilidade do Governo Federal, sob a coordenação do Ministério das Cidades. Conforme informa o Ministério do Meio Ambiente (MMA), foram criados o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) e o Grupo de Acompanhamento do Conselho das Cidades (GA), incumbidos de acompanhar o PLANSAB, e também participar das discussões sobre a política e o conteúdo mínimo dos planos de saneamento básico. A esse aspecto, soma-se o compromisso do país com os Objetivos do Milênio (ODM) das Nações Unidas, e a instituição de 2009/2010 como o Biênio Brasileiro do Saneamento (Decreto nº 6.942/09), com o propósito de mobilizar para o alcance da meta de, até o ano de 2015, reduzir pela metade a proporção de pessoas que não contam com saneamento básico.

Entre os atores responsáveis pela efetivação da política federal, o MMA, por intermédio do Departamento de Ambiente Urbano da Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano, integra o GTI, na condição de coordenador, na esfera federal, do Programa Nacional de Resíduos Sólidos do Plano Plurianual 2008-2011. Do GTI participam, além do MMA: a Casa Civil da Presidência da República, o Ministério da Fazenda, o Ministério do Turismo, a ANA, o Ministério da Integração Nacional, a CODEVASF, o Ministério da Saúde, a FUNASA, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a Caixa Econômica Federal, o BNDES e o Conselho das Cidades sob a coordenação do Ministério das Cidades. Incumbe ao GTI coordenar a elaboração e promover a divulgação do PLANSAB.

¹⁹ Segundo informa a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, do Ministério das Cidades do Governo Federal do Brasil, “o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) consolidou-se como o maior e mais importante banco de dados do setor saneamento brasileiro, servindo a múltiplos propósitos nos níveis federal, estadual e municipal, dentre os quais se destacam: planejamento e execução de políticas públicas de saneamento; orientação da aplicação de recursos; conhecimento e avaliação do setor saneamento; avaliação de desempenho dos prestadores de serviços; aperfeiçoamento da gestão, elevando os níveis de eficiência e eficácia; orientação de atividades regulatórias; e *benchmarking* e guia de referência para medição de desempenho.”

Após o lançamento, em dezembro de 2008, do *Pacto pelo Saneamento Básico: mais saúde, qualidade de vida e cidadania*, documento cujo propósito é buscar a adesão e o compromisso de toda a sociedade em relação aos eixos, estratégias e ao processo de elaboração do PLANSAB, ingressa-se na fase de elaboração do *Panorama do Saneamento Básico no Brasil*.

Em decorrência do *Pacto pelo Saneamento Básico*, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério das Cidades decidiram firmar o *Compromisso pelo Meio Ambiente e Saneamento Básico* que consiste em um conjunto de ações em curso ou a serem estruturadas para atingir metas intermediárias preconizadas pela Lei de Saneamento Básico até o ano de 2020. Com o objetivo de construir e contribuir para a definição conjunta de ações e programas de grande relevância para o setor de saneamento, o *Compromisso* resulta de uma ampla reflexão sobre as tendências e os desafios atuais do saneamento básico no Brasil.

Retomando-se o enfoque dos diversos e importantes princípios eleitos pelo legislador como informadores da Política de Saneamento brasileira, tem especial relevância justamente o primeiro deles, a *universalização do acesso*. Este destaque se dá em função da compreensão de que “não é possível se falar em desenvolvimento senão que numa perspectiva linear, ou seja, ou há desenvolvimento para todos ou não há desenvolvimento. De nada adiantará a um país pretender a justiça social para o conjunto de sua população se permitir a coexistência de ilhas de prosperidade em um oceano de miséria” (GODOY, 2014, p. 47). Lembre-se de que está se tratando de necessidades básicas, de acesso à saúde, de esgotamento sanitário, de direitos essenciais, campos onde, ao contrário de alguns setores ou atividades econômicas, “não se deve admitir ter um Estado melhor do que o outro, um Município melhor do que o outro, um bairro melhor do que o outro, mas, sim, uma distribuição uniforme da infraestrutura de atendimento a todas as regiões do país” (GODOY, 2014, p. 47).

Mas, e não obstante esta concepção de distribuição de desenvolvimento ser facilmente aceitável, a realidade mostra que o Brasil ainda está muito longe de deixar a incômoda posição de país subdesenvolvido. Os dados do último Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos feito pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), relativos ao ano de 2012, mostram que apenas 48,3% do esgoto total no Brasil são coletados, e ínfimos 38,7% do total do esgoto gerado são tratados.

É o que mostra a Figura 1, a seguir:

Região	Índice de atendimento com rede (%)				Índice de tratamento dos esgotos (%)	
	Água		Coleta de esgotos		Esgotos gerados	Esgotos coletados
	Total	Urbano	Total	Urbano	Total	Total
	(IN ₀₅₅)	(IN ₀₂₃)	(IN ₀₅₆)	(IN ₀₂₄)	(IN ₀₄₆)	(IN ₀₁₆)
Norte	55,2	68,6	9,2	11,9	14,4	85,1
Nordeste	72,4	89,5	22,2	29,4	31,0	81,2
Sudeste	91,8	97,0	75,4	80,3	42,7	63,6
Sul	87,2	97,2	36,6	42,7	36,2	79,7
Centro-Oeste	88,0	96,5	42,7	47,1	44,2	90,0
Brasil	82,7	93,2	48,3	56,1	38,7	69,4

Figura 1 – Níveis de atendimento com água e esgotos dos prestadores de serviços participantes do SNIS em 2012, segundo região geográfica e Brasil.

Fonte: SNIS – Diagnóstico 2012.

Nota: Para cálculo do IN₀₄₆ estima-se o volume de esgoto gerado como sendo igual ao volume de água consumido.

Segundo dados da pesquisa, o indicador médio nacional de tratamento dos esgotos gerados teve, em 2012, um crescimento de 1,2% quando comparado ao ano de 2011, dado que revela uma preocupante situação de virtual estagnação na melhoria do indicador. Caso a situação se repita para os anos vindouros, e sem considerar o crescimento demográfico nas cidades e no campo [taxa de crescimento de economias residenciais], o país demoraria cerca de 50 anos para completar a infraestrutura de tratamento de esgotos gerados, algo inaceitável, e que indica uma visão ainda bastante atrasada sobre a importância da questão para o desenvolvimento socioambiental do país.

O Atlas de Saneamento 2011 do IBGE demonstra que os serviços de coleta e de tratamento do esgoto são ainda muito pouco difundidos entre os municípios brasileiros. O quadro geral que emerge dos mapas e gráficos produzidos pelo Atlas mostra que ainda há muito por fazer quanto ao tratamento das águas residuais, sabendo-se que o recolhimento e tratamento das águas servidas são essenciais à qualidade de vida da população e à manutenção de um ambiente saudável.

A Figura 2 a seguir expõe esta precariedade.

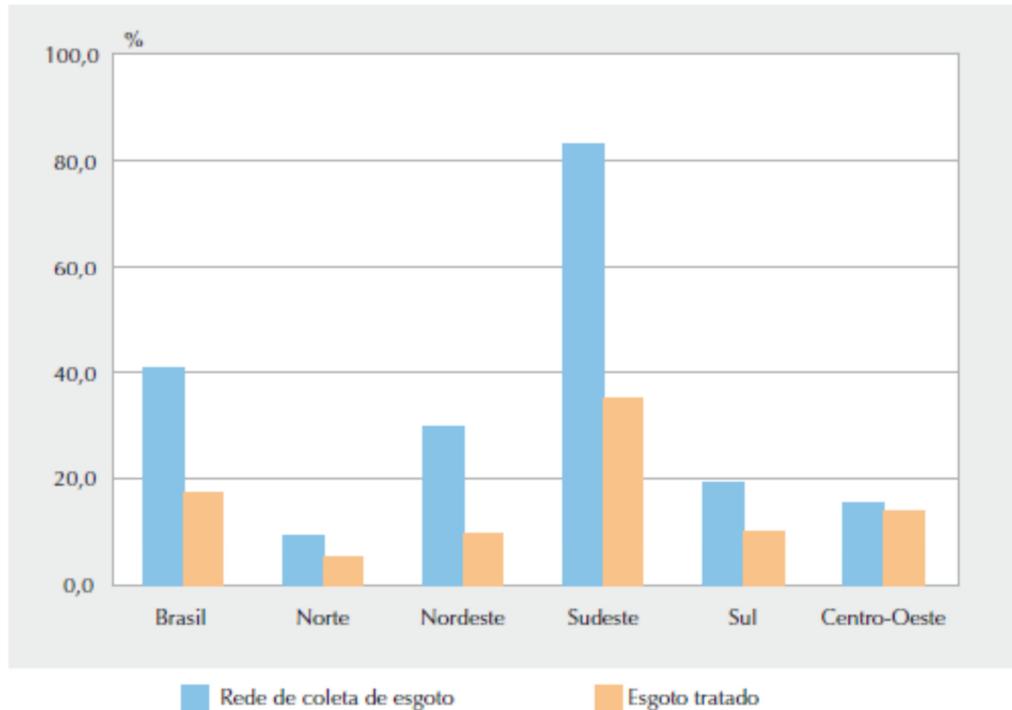


Figura 2 – Proporção de municípios com rede de coleta e tratamento de esgoto em todos os distritos, segundo as Grandes Regiões – 2008.

Fonte: IBGE: Atlas de Saneamento 2011.

Nota: foram considerados como municípios com rede de coleta e tratamento de esgoto aqueles em que todos os distritos possuem, respectivamente, rede de coleta e tratamento de esgoto.

De fato, a Figura 2 mostra que quando o assunto é coleta e tratamento do esgoto o cenário é desolador. Apenas 40% dos municípios brasileiros possuem rede coletora de esgoto e menos de 20% deles possuem tratamento para este resíduo, o que demonstra que os serviços de coleta e de tratamento são ainda muito pouco difundidos no Brasil. Segundo uma das autoras da pesquisa, Denise Maria Penna Kronemberger, “a coleta de esgoto é mais presente na Região Sudeste, sendo que o tratamento do mesmo ocorre quase que somente no Estado de São Paulo e no Distrito Federal, ocasionando graves implicações na qualidade da água dos corpos hídricos receptores e na saúde pública”. Ainda segundo ela, “é interessante lembrar que o corpo d’água receptor dos esgotos de um município, a montante, pode, a jusante, ser o manancial de captação para outra municipalidade”.

Outro levantamento que demonstra a vinculação entre subdesenvolvimento e dano ambiental, e que reforça a distorção conceitual sobre pobreza e meio ambiente, é o que compara a cobertura dos serviços de saneamento por classes de renda, como indica a Tabela 1 a seguir.

Tabela 1 – Domicílios particulares permanentes urbanos, total e proporção com serviços de saneamento, por classes de rendimento médio mensal domiciliar per capita, segundo as Grandes Regiões – 2009.

Grandes Regiões	Domicílios particulares permanentes urbanos						
	Total (1 000 domicílios) (1)	Proporção com serviços de saneamento (%) (2)					
		Total	Classes de rendimento médio mensal domiciliar <i>per capita</i> (salário mínimo)				
			Até 1/2	Mais de 1/2 a 1	Mais de 1 a 2	Mais de 2	
Brasil	49 828	62,6	41,3	57,5	68,9	77,5	
Norte	3 210	13,7	7,9	11,9	17,3	24,6	
Nordeste	11 373	37,0	27,9	36,6	43,6	54,5	
Sudeste	23 830	85,1	72,9	81,6	87,1	91,6	
Sul	7 606	62,0	46,5	55,7	62,7	71,9	
Centro-Oeste	3 808	40,7	28,7	34,5	41,0	55,7	

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2009.

(1) Inclusive os domicílios sem declaração de rendimento e sem rendimento. (2) Domicílios com condições simultâneas de abastecimento de água por rede geral, esgotamento sanitário por rede geral e lixo coletado diretamente.

Claro está a alta concentração dos serviços nos estratos de maior renda da população, fenômeno que não se deve ter por excepcional, pois, como lembra Demoliner (2008, p. 126), “o Brasil é um país que tem tradição em exclusão social [...] e desde a sua formação criou-se a cultura de privilégios à elite dominante e de descaso com o povo”.

Além disso, esta distorção estrutural demonstra que a política de saneamento brasileira, muito embora a proclame, ainda ignora a necessária articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social, voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante, nos termos descritos no princípio VI, na PFSB.

Diante deste quadro adverso, que retrata as condições gerais do saneamento ambiental no Brasil, e conforme destacado mais cedo, agiganta-se a necessidade da universalização dos serviços de saneamento básico, inclusive qualitativamente, o que ajudará na melhora da saúde, além de permitir a conservação de um meio ambiente mais sadio para o conjunto da sociedade.

Esta situação traz à tona outra mazela característica dos países subdesenvolvidos, que são as doenças causadas pela contaminação da água, e da qual o Brasil não escapa. A questão é de tão basilar percepção que chega mesmo a espantar o descaso e a irresponsabilidade que caracterizam as ações públicas nesta área. Para Demoliner (2008, p. 132) a irracionalidade impera no setor, e a negligência do país nas ações de saneamento perpetua a incidência de doenças que de há muito deveriam ter sido banidas, tais como a malária, a doença de Chagas, a dengue, as diarreias, a febre amarela, o tracoma, as hepatites, as escabioses, a poliomielite, a

febre tifoide, a leptospirose, a esquistossomose e outras verminoses caracteristicamente causadas pela ausência de saneamento.

Segundo aponta estudo publicado pelo Instituto Trata Brasil, de autoria da Dra. Denise Kronemberger (2013), 88% das mortes por diarreias no mundo são causadas pelo saneamento inadequado. Destas mortes, aproximadamente 84% são de crianças (Organização Mundial da Saúde – OMS, 2009), sendo, segundo a UNICEF (2009), a segunda maior causa de mortes em crianças menores de 5 anos de idade. Estima-se que 1,5 milhão de crianças nesta idade morram a cada ano vítimas de doenças diarreicas, sobretudo em países em desenvolvimento.

Confirmando estas estatísticas, dados da OMS relativos ao ano de 2004 apontam que, no Brasil ocorreram 25.105 mortes relacionadas às más condições de água, saneamento e higiene, das quais 21.570 (85,92%) eram crianças com menos de 5 anos. Em países vizinhos, como a Argentina, estes números foram, respectivamente, 323 e 104; Chile, 203 e 8; Uruguai, 49 e 7; Paraguai, 544 e 408; Venezuela, 1.550 e 857. Como era de se esperar, em países desenvolvidos encontram-se números também menores que os brasileiros, tais como nos Estados Unidos, 2.747 e 18; Alemanha, 552 e 7; e Finlândia, 11 e 0. Neste cenário, entre os parceiros de estatística do Brasil, relevando-se o tamanho das populações, encontram-se Burkina Faso, com 23.896 e 18.985; Costa do Marfim, com 22.145 e 16.533; Gana, com 20.310 e 7.077; e Kenya, com 23.657 e 20.841, para ficar apenas em alguns (WHO, 2013).

Ainda de acordo com o mencionado estudo da Dra. Kronemberger, em 2011, no Brasil, os gastos do Sistema Único de Saúde (SUS) com internações por diarreia foram de R\$ 140 milhões, decorrentes da internação de 396.048 pessoas, das quais 138.447 foram crianças menores de 5 anos (35% do total).

Tomando-se estes dados, especialmente o relativo aos gastos com internações por diarreia, e utilizando-se o parâmetro da Organização Mundial da Saúde (OMS), que calcula que para cada US\$ 1,00 (um dólar) investido em saneamento obtém-se em retorno outros US\$ 9,00 (nove dólares)²⁰, pode-se fazer o seguinte cálculo, que demonstra o inadmissível desperdício de dinheiro cometido pelos sucessivos governos: se os mesmos R\$ 140 milhões gastos em internações tivessem sido investidos preventivamente para evitar a hospitalização, o retorno para o estado brasileiro seria de R\$ 1.260 bilhão! Este não é um dado que se possa ignorar ou tolerar, especialmente num país em que a desigualdade de renda é ainda abissal e

²⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. “Research shows that every US\$1 invested in improved sanitation translates into an average return of US\$9. Those benefits are experienced specifically by poor children and in the disadvantaged communities that need them most”. (Tradução nossa)

onde, já há dez anos, morriam 21.570 crianças por causas de água, saneamento e higiene inadequados.

É o que aponta a pesquisa *Indicadores de Desenvolvimento Sustentável Brasil 2012* (IDS 2012) por meio do indicador que representa as internações hospitalares decorrentes de *doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado* (DRSAI), o qual utiliza como variáveis o número de internações hospitalares delas decorrentes e a população total residente, considera o número total de internações e por categorias de doenças, e expressa a razão entre o número de internações hospitalares por DRSAI e a população residente, por 100.000 habitantes.

A pesquisa aponta que a precariedade nos sistemas de abastecimento de água, esgotamento sanitário, coleta e destino final de resíduos, drenagem urbana e higiene inadequada constituem risco para a população, sobretudo para as pessoas mais pobres, haja vista as condições insalubres em que vivem.

As figuras 3 e 4 a seguir retratam a situação do país.

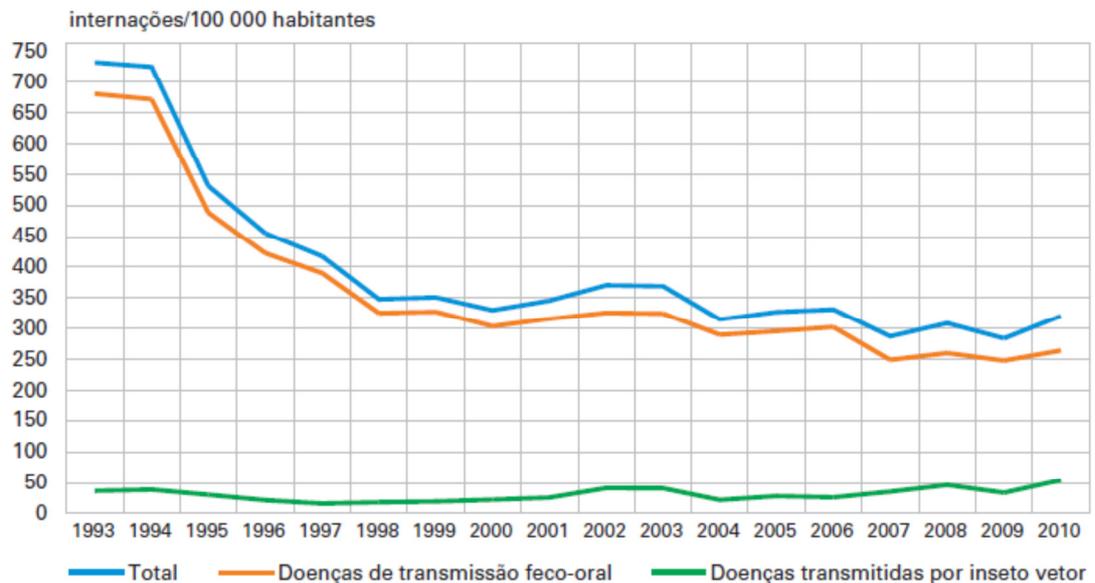


Figura 3 – Internações hospitalares por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado por 100.000 habitantes, total e por categorias de doenças – Brasil – 1993-2010.
Fonte: Indicadores de Desenvolvimento Sustentável Brasil 2012. IBGE: Rio de Janeiro, 2012.

Note-se que muito embora tenha havido uma evolução dos indicadores no período medido (1993-2010), os números ainda são muito incômodos. Em 1993 eram 732,8 (por 100.000 habitantes) internações por DRSAI, número que caiu para 320,6 em 2010. Este número, em consideração à população total do país de 195 milhões de habitantes em 2010, significa 625.170 internações no citado ano.

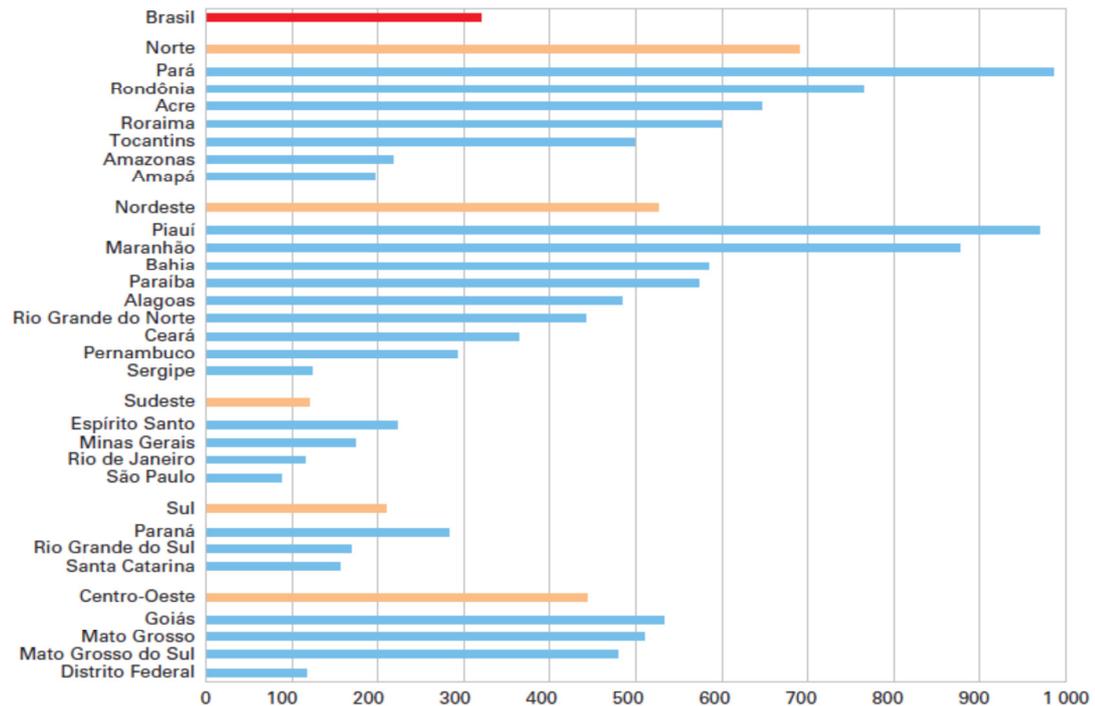


Figura 4 – Número total de internações hospitalares por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado por 100.000 habitantes, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação – 2010

Fonte: Indicadores de Desenvolvimento Sustentável Brasil 2012. IBGE: Rio de Janeiro, 2012.

Diante destes dados, parece evidente a exposição direta das populações mais vulneráveis, em especial as de menor renda e as crianças, à ausência de infraestruturas de saneamento adequadas. E “um dos principais reflexos desta privação de saneamento adequado pode ser observado na amputação da capacidade²¹ destas pessoas para construírem uma vida digna, com a realização de seus projetos e concretização de seus sonhos” (GODOY, 2014, p. 53). Pois é exatamente este o conceito de desenvolvimento humano com que trabalha o *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento* (PNUD), que o define como “um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser”.

Esta concepção de desenvolvimento está impregnada pelos ensinamentos de Mahbub ul Haq e do economista indiano Amartya Sen, os quais criaram o *Índice de Desenvolvimento Humano* (IDH), publicado pela primeira vez em 1.990, por meio do qual ampliaram o conceito de desenvolvimento humano, contrapondo-se à medida de desenvolvimento largamente adotada e dada pelo Produto Interno Bruto (PIB), cuja principal fragilidade,

²¹ Utiliza-se o conceito seniano de capacidade, segundo o qual a capacidade de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamento cuja razão é factível para ela. Para Sen, capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos, ou, de maneira menos formal, é a liberdade para ter estilos de vida diversos (Sen, 2010, p. 105).

segundo os citados economistas, é considerar apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Para Amartya Sen a dimensão de desenvolvimento está além da variável econômica (renda), a qual é apenas um dos três pilares que constituem o IDH, sendo os outros dois, a saúde e a educação²².

Nesta perspectiva é que se sustenta que os prejuízos causados às populações atingidas pela ausência de saneamento vão muito além da face visível exposta pelas estatísticas. É um dano mais grave. E assim é porque “negar o acesso de alguém à saúde, como também à educação, é o mesmo que matar no nascedouro a chance de que venha a se desenvolver como pessoa” (GODOY, 2014, p. 54). É como também pensa Sen (2010, p. 124) quando argumenta que, muito embora a qualidade de vida não seja automaticamente elevada exclusivamente pelo fato de se ter melhor educação básica e acesso a serviços de saúde, a questão é que estes dois fatores também aumentam o potencial de a pessoa livrar-se da pobreza medida pela renda. Para o agraciado com o Nobel de economia (1998), “quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria”.

1.4 OS DEVERES DO ESTADO COMO FORMULADOR, INDUTOR E AGENTE GARANTIDOR DA EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Consoante se defende (GODOY, 2014, p. 54), a relação entre pobreza e dano ambiental, antes de ser uma relação de agente *versus* dano, é essencialmente uma questão de desamparo, em que as populações pobres não são *agentes* causadores dos danos ambientais: antes, são *vítimas*, condição que as constitui também em *vetores*²³ do dano. Na medida em que são privadas de sua capacidade de realizar escolhas razoáveis, que lhes permitam se estabelecer em condições de existência digna, não é mais possível extrair de suas condutas o caráter intencional que caracteriza uma ação dolosa, ou mesmo na modalidade culposa. Não havendo alternativas não há escolha a ser feita, mas uma imposição factual que empurra a pessoa para um caminho único do qual não pode se desviar.

²² Neste contexto é importante mencionar a existência do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), igualmente desenvolvido por Mahbub ul Haq e por Amartya Sen, publicado pela primeira vez em 1.990. O RDH é reconhecido pelas Nações Unidas como um exercício intelectual independente e uma importante ferramenta para aumentar a conscientização sobre o desenvolvimento humano em todo o mundo. A publicação tem autonomia editorial garantida por uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas. A premissa do primeiro RDH, em 1990, era de que as pessoas são a verdadeira riqueza das nações, conceito que guiou todos os relatórios subsequentes.

²³ Utiliza-se aqui a conotação de vetor como *condutor, portador* (cfe. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. – Ed. Nova Fronteira 1. ed., 1975, p. 1458).

Não é razoável sustentar que pessoas escolham livremente viver em zonas marginais de alto risco, sujeitando-se à iminência de inundações, desmoronamentos, secas, epidemias, instalando-se em regiões desprovidas de qualquer infraestrutura física que lhes garanta um mínimo existencial socioambiental²⁴, como saneamento básico, água e condições adequadas de higiene, moradia digna e transporte, entre outros mínimos contemporâneos.

Nestes casos, tais populações são obrigadas por questões de sobrevivência a fazer usos eventualmente degradantes do ambiente e dos recursos naturais ao seu alcance, em legítima excludente de ilicitude quanto aos danos que vierem a causar. Mesmo porque, são os pobres os primeiros a sentir os efeitos de sua própria ação, como sói acontecer nas grandes e cada vez mais frequentes catástrofes urbano-ambientais, que ceifam dezenas, centenas e até milhares das vidas que foram empurradas para aquelas situações degradantes das quais acabam se tornando vítimas. Como destaca Chiarini (2006, p. 15), a degradação ambiental pode infligir sérios danos aos pobres, já que suas vidas dependem do uso de recursos naturais e suas condições de vida oferecem pouca proteção contra poluição do ar, água e solo. No mesmo sentido Fensterseifer (2010, p. 83) afirma ser “importante destacar a relação elementar entre o acesso aos direitos sociais básicos (como saúde, saneamento básico, moradia, alimentação, etc.) e a degradação ambiental, uma vez que os indivíduos e grupos sociais mais pobres e com menor acesso aos bens sociais são, na absoluta maioria das vezes, também os mais expostos aos efeitos negativos da degradação ambiental”.

Por estas razões é que já dissemos que as populações pobres, além de vítimas, são também vetores do dano ambiental, especialmente o urbano, e que a omissão do Estado no cumprimento de seu papel de provedor daquele mínimo existencial socioambiental é que se constitui no agente primário da degradação ambiental (GODOY, 2014, p. 55). Por isso, para Fensterseifer (2010, p. 107),

encontrando-se determinados indivíduos ou mesmo grupos sociais desprovidos de tais condições materiais indispensáveis ao desfrute de uma vida minimamente digna, justamente (sic) terem sido vitimados por episódios climáticos, poderão os mesmos pleitear em face do Estado a adoção de medidas prestacionais no sentido de suprir tais necessidades. E, diante da omissão estatal em garantir tal patamar mínimo de bem-estar, poderão servir-se da via judicial para corrigir eventuais omissões provindas dos Poderes Executivo e Legislativo, já que, em última instância, é a dignidade de tais pessoas que estará em jogo.

²⁴ O reconhecimento da jusfundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado opera no sentido de agregar elementos ao conteúdo do mínimo existencial social, abrindo caminho para a noção de uma dimensão ecológica do direito ao mínimo existencial, que, em virtude da necessária integração com a agenda da proteção e promoção de uma existência digna em termos socioculturais (porquanto, não restrita a um mínimo vital ou fisiológico) há de ser designada pelo rótulo de um mínimo existencial socioambiental (SARLET e FENSTERSEIFER, 2010, p. 25).

Já em 2003, Relatório do Banco Mundial (*Sustainable Development in a Dynamic World*) alertava para a necessidade de que os governos começassem a agir para evitar o crescente risco de ocorrência de sérios danos ao meio ambiente e do aprofundamento da inquietação social. O Relatório afirmava que sem melhores instituições e políticas públicas adequadas, tensões sociais e ambientais poderiam prejudicar o desenvolvimento, levando a maiores níveis de pobreza e a um declínio geral na qualidade de vida. Ainda segundo o Banco Mundial, políticas equivocadas e uma fraca governança nas décadas passadas contribuíram para desastres ambientais, iniquidade na distribuição de renda, e à ocorrência de convulsões sociais em alguns países, frequentemente resultando em profundas privações, rebeliões, fuga de refugiados famintos ou ainda guerras civis. Por fim, sugeria que políticas públicas de desenvolvimento precisam estar mais acuradamente focadas em proteger os ativos sociais e naturais, representados pelas populações mais vulneráveis e pelo meio ambiente.

Ocorre que, como demonstrado mais cedo, os países subdesenvolvidos falham ostensivamente no cuidado com suas populações mais carentes, omissão que se reflete na desigualdade infame entre os mais ricos e os mais pobres, e na [des]atenção com o meio ambiente. Pois, exatamente para corrigir tais distorções é que existem as políticas públicas, quando bem planejadas e efetivamente concretizadas, consoante demonstrado até aqui.

Mas, e não obstante estes conceitos serem de generalizada sabença, o que se vê é a reiteração, ano após ano, de problemas socioambientais que afetam uma quantidade enorme de pessoas, sem que os governos se dediquem contundentemente à construção de políticas públicas efetivas focadas na resolução dos problemas, como nos casos de catástrofes ambientais pela ocupação indevida dos espaços urbanos, ou a alarmante mortalidade infantil pela ausência de saneamento.

Por isso é que se denuncia a omissão da Administração Pública como causa objetiva dos danos ambientais relacionados às populações vulneráveis, em direta violação do princípio da proibição de insuficiência de proteção (GODOY, 2014, p. 56). Conforme ensinam Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 11), os deveres de proteção do Estado estão alicerçados no compromisso emergente do pacto constitucional de garantir uma vida digna e saudável aos cidadãos. Assim, a implantação das liberdades e garantias fundamentais pressupõe uma ação positiva dos Poderes Públicos, de modo a remover os obstáculos de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Qualquer óbice que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta oriunda de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público.

Este dever geral de proteção ambiental do Estado está insculpido no *caput* do artigo 225, da Constituição Federal de 1988 (CF), e estabelece uma série de medidas de proteção ecológica a serem levadas a efeito visando ao seu cumprimento (SARLET e FENSTERSEIFER, 2011, p. 12). A não adoção de tais medidas de proteção, ou mesmo a sua manifesta precariedade, por parte do Estado, no sentido de assegurar a efetividade do direito fundamental em questão [v.g. via políticas públicas efetivas], resulta em prática inconstitucional, passível de controle judicial, tanto sob a via abstrata quanto difusa (SARLET e FENSTERSEIFER, 2011, p. 13-14). Isto não significa, contudo, que se inclua, ordinariamente, entre as funções do Poder Judiciário, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, domínio pertencente, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Mas, consoante já afirmou o Supremo Tribunal Federal (STF), tal incumbência, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos”, os quais são “impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”²⁵.

Este ambiente normativo emergente da Constituição de 1988, a qual, como cediço, baliza e conforma toda a atividade do Estado, de quem se exige eficiência, especialmente em suas funções administrativas, recomenda uma digressão sobre a força normativa da constituição (GODOY, 2005, p. 34-37), sabendo-se que no caso brasileiro a elaboração da Carta Política de 1988 foi fortemente influenciada pelo contexto histórico e social vigente à época.

Pois, para Konrad Hesse (1991), a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, nada obstante sua essência residir na vigência da norma em si mesma, dentro da ideia da *pretensão de eficácia* nela contida. Ocorre que tal pretensão só se concretiza numa relação de interdependência da norma com as condições históricas de sua realização, as quais criam regras próprias que não podem ser desconsideradas. Mas em que pese esta ligação de interdependência, a pretensão de eficácia da norma não se confunde com as condições de sua realização, mas a elas se associa como elemento autônomo, não sendo ela apenas uma expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*. A norma significa, assim, mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças políticas e sociais.

²⁵ STF. ADPF/45 – Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Decisão Monocrática. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 de abril de 2004.

Aqui a grande divergência de Hesse com Ferdinand Lassale, para quem a Constituição *real* é a que traduz a norma efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os *fatores reais de poder*, quaisquer que eles sejam (LASSALE, 2001, p. 25), sendo estes, segundo o mestre alemão, os únicos vetores influenciadores da pretensão de *eficácia da norma*.

Hesse, conquanto considere os fatores reais de poder na formação da norma, não os considera, como faz Lassale, os únicos fatores determinantes de sua validade. Para ele, a norma é determinada pela realidade social, mas, ao mesmo tempo, é determinante em relação a ela, não sendo possível se definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio, políticas e econômicas.

Esta noção de interdependência do direito normatizado com as condições fáticas que o geram é partilhada por Jürgen Habermas (1997, p. 211 *et seq.*), quando afirma que a ideia do Estado de Direito exige, em contrapartida, uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído.

Com base nessa ideia é que Konrad Hesse sustenta que apenas a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. É preciso se atentar, no entanto, que a razão por si só, ainda que capaz de dar forma à matéria disponível, não dispõe de força para produzir substâncias novas. Assim, “toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento” (HESSE, 1999, p. 17).

É especialmente importante a compreensão de que se a norma pretende ser algo mais do que um diploma estéril, não deve procurar construir o Estado e balizar suas relações com a sociedade de forma abstrata e teórica, pois “ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente” (HESSE, 1999, p. 18). Faltando-lhe tais pressupostos, a norma não tem força para conformar a realidade, tornando-se impotente para emprestar-lhe direção. Assim dito, se as “leis” culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela norma, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. Consequência disso, a disciplina normativa contrária a essas “leis” não logra concretizar-se.

Não se pode olvidar, no entanto, como defendido por Hesse, que não bastará gerar a norma a partir da leitura da realidade, dos fatores reais de poder de Lassale, da *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) de Hesse, mas deverá ela mesma converter-se em força ativa, o que

só será possível diante daquela que Hesse chamou de *a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*, que aqui se reduz para a *vontade de normatização*, no sentido de que a sociedade precisa estar disposta a dar legitimidade e eficácia à norma, muito além do seu mero reconhecimento teórico (GODOY, 2005, p. 36).

Esta igualmente é a concepção defendida por Habermas (1997, p. 212) quando analisa a dinâmica da Administração Pública dentro da compreensão da sua necessária integração com a sociedade a fim de legitimar-se como condicionante das ações sociais:

No entanto, essas relações de troca alimentam-se de uma normatização legítima do direito, a qual [...] tem parentesco com a formação do poder comunicativo. Com isso, o conceito de poder político se diferencia. No sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração: Ele forma simultaneamente o *medium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado. (HABERMAS, 1997, p. 212)

Mas este amplo ambiente normativo constitucionalizado, ao qual se deu destaque até agora, não é o único em que se deva travar a discussão sobre a efetividade da atividade estatal, no nível da discussão que aqui se pretende. O enfoque da responsabilidade do Estado no seu papel de *governo* enquanto organização administrativa, diz respeito, como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 63) “à atividade do Estado-poder como parte, relativa à criação ou afirmação de utilidade pública [...] subordinada à ordem jurídica, condicionando o exercício das ações dos agentes públicos e assegurando poderes aos cidadãos em face do Estado”, função esta que, segundo o renomado jurista, pertence ao Direito Administrativo.

Não obstante, perceba-se, não é que o Direito Constitucional ceda lugar ao Direito Administrativo na tarefa de reger a atuação do Estado, senão que o conforma. Esta ideia de limitação de poder, segundo Canotilho (20--?, p. 1.378), é uma das principais dimensões do constitucionalismo moderno, o qual, ao positivizar a *constitucionalização dos direitos e liberdades*, subtraiu à disponibilidade do Estado a titularidade e exercício de direitos fundamentais, cuja proteção constitucional [desses direitos] representava a garantia de sua efetivação, já que inerentes ao indivíduo e preexistentes ao estado. Mais ainda, continua o insigne jurista português, a Constituição, como lei superior, vincula jurídica e politicamente os titulares do poder, permitindo, com esta conformação, a realização do fim permanente de qualquer lei fundamental, qual seja, a limitação do poder.

Neste ambiente normativo, então, o Direito Constitucional organiza juridicamente o Estado-poder em função do Estado-sociedade²⁶, do qual a Constituição deve ser expressão, e o Direito Administrativo, juntamente com o Judiciário, ordena *a atividade* do Estado-poder (BANDEIRA DE MELLO, O. A., 2007, p. 72). Neste aspecto, o Direito Administrativo discute as relações jurídicas em que o Estado participa, como tais, a execução de obras ou serviços públicos por meio dos quais o Estado-poder oferta bens e atua de maneira positiva, oferecendo prestações, como é o caso da infraestrutura e dos serviços de saneamento, objeto deste estudo.

A questão da responsabilização do Estado-poder pelos danos oriundos da omissão estatal é objeto do capítulo 3, mas releva destacar que também Oswaldo Aranha Bandeira de Mello claramente vê a responsabilização do Estado-poder pelos danos a direitos de terceiros decorrentes de violação da ordem jurídica ou das relações jurídicas existentes:

Se no exercício das respectivas atribuições esses órgãos do Estado-poder lesam direitos de terceiro, assegurados pela ordem jurídica normativa por ele mesmo disposta ou oriundos de relações jurídicas formadas entre ele e terceiros, responde o Estado-poder, através do órgão violador da ordem jurídica normativa ou das relações jurídicas existentes, pelas perdas e danos causados, e compõe, destarte, o prejuízo havido. Assim se configura o problema da responsabilidade do Estado-poder. (BANDEIRA DE MELLO, O. A., 2007, p. 71-72)

Tal exposição estatal à possibilidade de sua responsabilização por danos causados a terceiros se encaixa na concepção teleológica dos fins do Estado, cujo objeto é o bem comum, a ser assegurado pelo Estado-poder de maneira a que todos e cada um dos membros do Estado-sociedade recebam a participação que lhes é devida neste bem (BANDEIRA DE MELLO, O. A., 2007, p. 214).

Para o que aqui se discute, importa observar que não há se confundir o ordenamento da atividade do Estado para atuar de modo direto e imediato na consecução do seu fim de proporcionar utilidade pública, com aqueles ordenamentos indiretos que visam orientar aquela atuação estatal, emanados das funções legislativa e judiciária. Muito embora, na perspectiva teleológica da finalidade do Estado aceita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 217), sejam todos objetos de interesse do Direito Administrativo, lá se tratam dos *meios e modos da ação* do Estado; aqui, da instrumentalização para *permitir* o agir estatal ou, de

²⁶ Expressões da existência jurídica do Estado, o *Estado-poder* “diz respeito à sua própria organização jurídica, como meio para consecução do fim do Estado-sociedade, seja nas relações externas, com outros Estados, seja nas relações internas, com sua própria estrutura política. A do *Estado-sociedade* refere-se à organização jurídica social dos indivíduos que compõem seu povo, tanto nas suas recíprocas relações, envolvidas mediadamente pela autoridade estatal, como nas relações imediatas desses indivíduos, isoladamente ou em sociedades menores por eles constituídas, com o Estado-poder, e vice-versa” (BANDEIRA DE MELLO, O. A., 2007, p. 28). Destacou-se.

forma positiva, *exigir* que o faça, ou, ainda, negativamente, de que *se abstenha* de fazê-lo quando em violação dos direitos dos particulares.

A sistematização destas três faces do Direito Administrativo, orientadas e conformadas pela diretiva constitucional, é que compõe o sistema de responsabilização estatal em que se insere a responsabilidade por omissão, quando o Estado descumpre o seu dever constitucional não apenas de *prever* a paz social, mas fundamentalmente de *provê-la*, “de modo a assegurar a cada um o que lhe é devido, numa harmonização da liberdade com a autoridade” (BANDEIRA DE MELLO, O. A., 2007, p. 214).

A natureza administrativa da Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles é a de “um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade”. Partindo desta premissa, o administrador público só pode agir segundo o que lhe determinam as leis, os regulamentos e atos especiais, dentro do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação, pois tais são os preceitos que expressam a vontade do titular dos direitos administrativos – o povo, e condicionam os atos a serem praticados no desempenho do múnus público que lhe é confiado (1999, p. 80).

Assim é que é o fim, não a vontade do administrador, que domina todas as formas de administração. Esta, por sua vez, só é possível pela preexistência de uma regra jurídica que lhe reconhece uma finalidade própria. Consequentemente, a Administração jaz sob a legislação, que deve enunciar e determinar a regra de Direito a ser seguida e aplicada (MEIRELLES, 1999, p. 81).

Esta é a lógica do agir administrativo do Estado, na interpretação da *Teoria dos Motivos Determinantes*, a qual, como leciona Hely Lopes Meirelles (1999, p. 181), “funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos”. Ensina o eminente administrativista que “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”.

A lição da Professora Lúcia Valle Figueiredo (2006, p. 68) delimita com precisão esta condicionante na gestão da *res* pública. E ela é clara ao determinar que ao agente público não é dada a faculdade da omissão na gestão dos interesses do Estado:

Ao investir a Administração de prerrogativas especiais para tutela de determinados interesses, que houve por bem entender como prevaletentes, a norma, em contrapartida, qualificou-os de inalienáveis.

Com efeito, a consequência da supremacia do interesse público é a indisponibilidade. Decorre, daí, que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções políticas a outrem, a Administração delas não poderá dispor.

[...]

A indisponibilidade do interesse público, que Alessi chama de poder-dever, vai corresponder a outro princípio – o *princípio da exigibilidade dos atos administrativos*.

[...]

A atividade administrativa é compulsória para a Administração.

Toda esta construção doutrinária expõe a relevância da lei no funcionamento e manutenção do Estado como agente de poder, restando claro que só por seu intermédio pode realizar intervenções que resultem em alterações no *status quo* social. Segundo José Afonso da Silva, isto implica dizer que a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social (SILVA, 1999, p. 125), aos moldes do que defenderam K. Hesse e J. Habermas consoante antes exposto.

2 RESPONSABILIDADE ESTATAL

Sendo a responsabilidade estatal o tema do capítulo 2, o subcapítulo 2.1 trata dos contornos desta responsabilidade e da atuação do Estado na proteção dos direitos fundamentais, mais especificamente o direito ao meio ambiente, considerada a mitigação da discricionariedade da Administração decorrente da constitucionalização da tutela ambiental, que vincula os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade na adoção de medidas – administrativas (executivas), legislativas e judiciais – voltadas à tutela do ambiente.

A natureza da responsabilidade por omissão do Estado é discutida no subcapítulo 2.2, no qual são expostas visões doutrinárias contrárias sobre a matéria, consideradas questões relativas à vinculação dos atos administrativos, à reserva do possível e ao princípio da eficiência na Administração Pública, em abordagem cujo cerne é a legitimação passiva do Estado em ações de responsabilidade por dano ambiental.

O subcapítulo 2.3 faz uma abordagem sobre a natureza difusa do bem ambiental e as dificuldades que a atual estrutura processual tem para entendê-la, as quais se refletem na relutância do Estado em assumir uma tutela ambiental mais efetiva, o que acaba por retardar o estabelecimento de um caminho adequado à necessária adaptação do direito processual ao enfrentamento dos novos direitos, especialmente o direito ao ambiente.

As teorias sobre a responsabilidade objetiva do Estado por dano ambiental são discutidas no subcapítulo 2.4, destacando-se a teoria do risco administrativo e a da *last chance*, bem como a influência da culpa na determinação daquela responsabilidade na visão de doutrinadores que divergem sobre a necessidade de sua verificação.

2.1 OS DEVERES DO ESTADO EM FACE DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

Já se viu que a constitucionalização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado demanda outro posicionamento do Estado frente às obrigações emanadas deste novo contrato constitucional, que obriga a Administração a assumir posição ativa na defesa do interesse público incorporado na conservação do meio ambiente. Tal mudança de posição promoveu verdadeira inovação ao introduzir um conjunto de princípios e normas em matéria de proteção e promoção de um ambiente saudável, equilibrado e seguro, no sentido da garantia e promoção do bem-estar existencial individual e coletivo. A fundamentalidade

constitucional do direito ao ambiente²⁷ provocou uma evolução da compreensão acerca dos direitos fundamentais e humanos, incorporando a tutela do ambiente ao núcleo privilegiado de proteção da pessoa [direitos econômicos, sociais, culturais e *ambientais*].

Estes deveres de proteção ambiental conferidos ao Estado vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade na adoção de medidas – administrativas (executivas), legislativas e judiciais – voltadas à tutela do ambiente. É uma clara limitação imposta ao Estado-Administrador e ao Estado-Legislator, cabendo, ainda, ao Estado-Juiz conformar a atuação dos demais poderes a estes padrões constitucionais e infraconstitucionais de proteção ambiental. Ou seja, “a obrigação constitucional e legal [...] para a proteção e/ou reparação do meio ambiente vale tanto para o particular como para a Administração Pública, não estando esta imune às sanções decorrentes do descumprimento das normas ambientais”, pois “o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu”²⁸.

Para Fensterseifer (2010, p. 106-107),

Agora, diante da omissão e descaso do órgão legiferante ou do órgão administrativo em cumprir com o seu mister constitucional, há espaço legitimado constitucionalmente para a atuação do Poder Judiciário no intuito de coibir, à luz do caso concreto, violações àqueles direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial (social ou ecológico), já que haverá, no caso, o dever estatal de proteção do valor maior de todo o sistema constitucional, expresso na dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, importante precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no julgamento da apelação em reexame necessário nº 2006.71.00.036348-6/RS²⁹, em

²⁷ Fundamentalidade esta [da proteção ambiental] que decorre da leitura conjunta do artigo 225, *caput c/c* o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição (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.” BRASIL. Constituição (1988). “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.[...]”

²⁸ TRF4. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2000.72.01.001059-8/SC. Terceira Turma. Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 4 de maio de 2010.

²⁹ EMENTA – DIREITO À SAÚDE E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. IMPLEMENTAÇÃO DE SANEAMENTO BÁSICO E AMBIENTAL NOS MUNICÍPIOS DE TORRES, CAPÃO DA CANOA E IMBÉ. POLUIÇÃO MARÍTIMA E DANOS À SAÚDE DA POPULAÇÃO. DEVER DO ESTADO E DA FUNASA DE COOPERAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA AOS MUNICÍPIOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. DISCRICIONARIEDADE VINCULA AOS PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RISCOS DE DANO AMBIENTAL E À SAÚDE PÚBLICA COMO CRITÉRIOS PARA PRIORIDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. A União e a FUNASA têm dever de implementar políticas públicas em saneamento ambiental, de forma integrada com os Municípios, consoante dispõe a Constituição Federal. Possível o controle jurisdicional na implementação de políticas públicas, inclusive quanto a critérios de prioridade, que devem atender ao princípio da proporcionalidade. Apelações e remessa oficial desprovidas. (TRF4. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Ação Civil Pública (ACP) que visava à condenação da União Federal e da Fundação Nacional da Saúde para que adotassem as medidas cabíveis com fins de inclusão dos Municípios de Torres, Capão da Canoa e Imbé, todos no RS, em programas de saneamento básico e ambiental, envolvendo fomento e disponibilidade de suporte técnico e financeiro para adequação dos sistemas de esgotamento sanitário municipal. O fundamento da ACP assentou-se na constatação de que “a omissão e/ou adoção de medidas insuficientes por parte do Poder Público implica danos ao meio ambiente, em face da poluição marítima, e à saúde da população”, estando o Poder Público, em face da Constituição Federal, vinculado “à implementação de políticas públicas que concretizem o saneamento básico, podendo essa omissão ocasionar danos ao meio ambiente e à saúde pública”. Esta vinculação, segundo o juízo da Corte Federal, é que assegura “o controle judicial da atuação do Estado, mesmo quando este sustenta que esteja havendo ingerência na esfera do seu poder discricionário, pois esse poder apresenta limitações, em especial quando se trata da realização de direitos fundamentais”. Para o Tribunal, “se é possível o controle da Administração no que se refere à omissão na implementação de políticas públicas, é incontestável o seu controle quando já existam programas de governo mas que não chegam a ser concretizados em sua plenitude”. No mesmo sentido decisão exarada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul – TJMS (apelação cível nº 2008.0216872), em que assenta “não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, quando a Administração Pública não atua de modo satisfatório na defesa do meio ambiente, provocando a degradação da área objeto da ação civil pública”.

Esta nova atuação estatal, segundo Freitas (2012, p. 217), passa por um novo modelo de regulação dos mercados e dos próprios governos, configurado para atender ao princípio constitucional da sustentabilidade³⁰, já que, segundo ele, os modelos atuais falharam por deficiências operacionais e ausência de disciplina. Freitas preconiza que o novo modelo deve ser interdisciplinar, aprimorando a função regulatória da Administração, que envolve o poder de polícia administrativa arejado com um Direito Administrativo renovado, visando à universalização dos bens essenciais e serviços de qualidade, observando indicadores de bem-estar e sustentabilidade (FREITAS, 2012, p. 219).

Nº 2006.71.00.036348-6/RS. 3ª Turma. Relator: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ. Julgado em 17 de novembro de 2009).

³⁰ Juarez Freitas propõe o seguinte conceito para o princípio da sustentabilidade: “trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar” (FREITAS, 2012, p. 41).

A limitação de que se trata aqui pode ser traduzida como a redução da discricionariedade da Administração Pública, a qual, nestes termos, é identificada por Antônio Herman Benjamin (2007, p. 75) como um benefício da constitucionalização da tutela ambiental, já que vincula a atuação administrativa no sentido de um permanente dever de levar em conta o meio ambiente e de, direta e positivamente, protegê-lo, bem como exigir o seu respeito pelos demais membros da comunidade estatal. Portanto, prossegue o ilustre jurista, não há margem para o Estado não atuar ou mesmo para atuar de forma insuficiente (à luz do princípio da proporcionalidade) na proteção do ambiente, pois tal atitude estatal resultaria em prática inconstitucional.

Com este mesmo viés hermenêutico, Milaré (2013, p. 634) destaca a responsabilidade do Estado por ações ou omissões lesivas ao meio ambiente, uma vez que sendo uma entidade tutelar, e, portanto com poderes para adotar e impor medidas preventivas, corretivas, inspectivas e substitutivas ou supletivas, não lhe assiste o direito de se omitir. Para o citado autor, este múnus administrativo ambiental, partindo de um sistema jurídico e de um corpo de instrumentos legais, estende-se a todas as esferas de governo, consoante estabelece o festejado artigo 225 da CF, complementado pelos dispositivos das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios.

Neste contexto se destaca importante princípio limitador do agir estatal, o já mencionado princípio da proporcionalidade, a ser observado em sua dupla face, ou dupla dimensão, quais sejam, a *proibição de excesso de intervenção*, por um lado, e a *proibição de insuficiência de proteção*, por outro (SARLET E FENSTERSEIFER, 2011, p. 14). Tal princípio, logo se vê, relaciona-se diretamente com aquela questão da discricionariedade da Administração, que resulta mitigada como efeito da constitucionalização da tutela ambiental, sendo lícito afirmar que “os deveres de proteção ambiental conferidos ao Estado vinculam os poderes estatais de tal modo a limitar a sua liberdade de conformação na adoção de medidas atinentes à tutela do ambiente” (SARLET, 2010, p. 17).

Deve estar claro que esta manifestação da limitação do poder da Administração possui uma face negativa e uma positiva. A competência negativa dos poderes públicos concretiza-se nos direitos de defesa dos cidadãos, tanto no plano jurídico-objetivo, isto é, normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de proibir ingerências na esfera jurídica individual, como no plano jurídico-subjetivo, pelo exercício positivo de direitos fundamentais [liberdade positiva] e pela exigência de omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos [liberdade negativa] (CANOTILHO, 20--?, p. 401).

Mas a feição que talvez mais interesse quando presente a questão ambiental diz respeito ao agir positivo da Administração em atendimento do direito fundamental ao meio ambiente sadio, que equivale ao direito do particular de *obter algo* através do Estado (CANOTILHO, 20--?, p. 402), situação que reclama uma crescente posição ativa da Administração na proteção daquele direito (SARLET, 2007, p. 299). Exsurge daí a indagação se estaria o Estado vinculado *prima facie* a agir na tutela dos direitos fundamentais, pela via prestacional, já que se argumentou sobre as limitações do poder público em face da constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais (redução da discricionariedade). Ou, como mais afinadamente pergunta Sarlet, em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica (SARLET, 2007, p. 296). A resposta parece estar ligada aos temas da eficácia e da aplicabilidade, considerada a “vinculatividade dos direitos fundamentais” (SARLET, 2007, p. 386) como uma das principais dimensões da eficácia. Em outros termos, trata-se de investigar acerca da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais prestacionais. E, para Sarlet (2007, p. 297), a dúvida se dissipa pela constatação de que tais direitos são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal³¹.

Na consideração desta nova dimensão dos direitos fundamentais, e tendo presente a exigência desta postura ativa, a Administração “tem o dever de aplicar a Lei Fundamental de ofício, construindo e reconstruindo as regras instrumentalmente voltadas a vivificar o princípio constitucional da sustentabilidade, entendido em consórcio necessário com os demais princípios” (FREITAS, 2012, p. 237). E assim deve ser, conforme Freitas, porque o alicerce constitucional da sustentabilidade vincula e conforma a discricionariedade da Administração, que, neste ambiente normativo, não depende de regras legais por acréscimo para aplicar imediatamente dito princípio.

Pois, para Juarez Freitas, a partir do princípio da sustentabilidade, existe um Direito Administrativo *antes* e outro *depois* da incidência do indigitado princípio. O Direito Administrativo *anterior* à sustentabilidade era o que, nas relações entre o cidadão e o Estado-Administração, preocupava-se somente “com a suposta eficiência ou com os interesses particulares mascarados de razões de Estado”. O Direito Administrativo *posterior* à

³¹ BRASIL. Constituição (1988). “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.[...]”

sustentabilidade passará a ser o Direito “da gestão pública participativa, transparente, redutora de assimetrias e eficaz densificadora do princípio da sustentabilidade, que haverá de imantar, no Século XXI, as relações em sua totalidade” (FREITAS, 2012, p. 258-261).

Já se mencionou que a responsabilidade do Estado como gestor do meio ambiente possui a característica de um *múnus* ativo, isto é, à Administração compete o agir antecipado, preventivo, muito mais do que uma tutela reparadora, sabidamente nem sempre possível em se tratando de dano ambiental. Ou, nas palavras de Nelson de Freitas Porfírio Júnior (2002, p. 88),

a responsabilidade do Estado em relação à tutela do meio ambiente exige que ele assumira uma postura mais ativa e de atuação preventiva, no sentido de evitar a ocorrência do dano ambiental. Os sempre escassos recursos econômicos do Poder Público podem ser muito melhor empregados dessa maneira do que se usados na tentativa de reparar ou indenizar os danos que já tenham acontecido. Além disso, não há como se reparar o esgotamento de recursos naturais.

Esta ideia está de acordo com o conceito de *poder-dever de agir* da autoridade pública, ora *princípio da indisponibilidade do interesse público*, “pelo qual se retira da órbita da representação estatal, a possibilidade de negociar com o interesse público, que não se presta ao papel de moeda de troca, nem de objeto de escambo”³². É como ensina Hely Lopes Meirelles (1999, p. 90):

O *poder* tem para o agente público significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. [...] O *poder* do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de *dever* para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas. (destaques no original).

Decorre deste conceito um dos princípios da administração pública que talvez mais interesse à matéria ambiental, a saber, o princípio da eficiência³³. E assim o define Hely Lopes Meirelles, como “o que exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Assevera ainda, ser “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (MEIRELLES, 1999, p. 89). Segundo Di

³² STJ. Recurso Especial Nº 1.071.741/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 24 de março de 2009.

³³ Inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, localizado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Pietro (2001, p. 83), tal princípio apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, mas igualmente em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Quanto ao primeiro, é de se esperar do agente o melhor desempenho possível de suas atribuições; em relação ao segundo, sobressai o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Haja vista se estar em leito de direitos fundamentais, sobressai deste poder-dever de agir da Administração a obrigação de atuar na sua proteção, *pari passu* com a colaboração da sociedade enquanto destinatária desta tutela. Esta noção de responsabilidade compartilhada aparece com clareza na lição de Milaré (1998), quando, ao discorrer sobre aquele que chama de o *princípio da natureza pública da proteção ambiental*, assevera que

Em nosso ordenamento este princípio aparece com muita ênfase, já que não só a lei ordinária reconhece o meio ambiente como um patrimônio público, a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo, mas também a Lei Fundamental brasileira a ele se refere como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, impondo ao Poder Público e à coletividade como um todo a responsabilidade por sua proteção.

De certa maneira, mantém o princípio ora em exame estreita vinculação com o princípio geral de Direito Público da primazia do interesse público e também com o princípio de Direito Administrativo da indisponibilidade do interesse público. É que o interesse na proteção do ambiente, por ser de natureza pública, deve prevalecer sobre os direitos individuais privados, de sorte que, sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada a um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade - a dizer, *in dubio pro ambiente*. De igual sentir, a natureza pública que qualifica o interesse na tutela do ambiente, bem de uso comum do povo, torna-o também indisponível. Não é dado, assim, ao Poder Público - menos ainda aos particulares - transigir em matéria ambiental, apelando para uma disponibilidade impossível. Ao contrário, se a defesa do meio ambiente é um dever precipuamente do Estado, que só existe para prover as necessidades vitais da comunidade, “torna-se possível exigir coativamente até, e inclusive pela via judicial, de todos os entes federados o cumprimento efetivo de suas tarefas na proteção do meio ambiente.” [aspas no original].

É como também pensa Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 119-120):

como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade.

Esta função de dignificação da pessoa humana da tutela ambiental fica clara na lição de Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 99), quando afirma que “na origem do conceito normativo de meio ambiente encontra-se a preocupação com o Ser Humano”, e que “o ditame

constitucional de 1988 apenas explicitou a natureza antropocêntrica do meio ambiente em nosso universo jurídico". Ou, na compreensão de Edis Milaré (1998), para quem

o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.

Ainda, importa muito, como já ressaltado, destacar a relevância da *ação preventiva do Estado* no trato das questões ambientais *vis-à-vis* a previsão legal de que disponibilize a sociedade os meios necessários à sua proteção, consoante a visão oferecida logo acima.

Neste particular, apropriada a abordagem de Ricardo Manuel Castro e Patrícia Fochesato Cintra Silveira (2006):

Ressalte-se que o Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção Estatal está em consonância com os Princípios da Precaução e da Prevenção, que são pilares do sistema protetivo do meio ambiente e correspondem à essência do Direito Ambiental, impondo ao Poder Público o dever de adotar todas as medidas necessárias para evitar a degradação ou potencial lesão ao ambiente (tais como: formulação e execução de políticas públicas ambientais, edição de normas de proteção, planejamento ambiental estratégico, controle e monitoramento de atividades, obras e processos produtivos que possam causar direta/indiretamente degradação ambiental), na busca da efetividade na proteção ambiental.

Milaré (1998) ao debruçar-se sobre a questão conclui que

Deveras, “o caráter fundamental do direito à vida torna inadequados enfoques restritos do mesmo em nossos dias; sob o direito à vida, em seu sentido próprio e moderno, não só se mantém a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida, mas além disso encontram-se os Estados no dever de buscar diretrizes destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e todos os povos. Neste propósito, têm os Estados a obrigação de evitar riscos ambientais sérios à vida”. [aspas no original].

Parece evidente, portanto, que quando a Administração deixa de formular e/ou aplicar as políticas ambientais em sua integralidade [princípio da eficiência], isto é, negligencia o uso dos instrumentos que a legislação lhe impõe faça uso [princípio da legalidade], está a cometer ilícito administrativo e até mesmo criminal, tendo em vista que nem a Constituição, nem a Lei nº 9.605/98, excluíram os entes públicos daquelas pessoas jurídicas aptas a cometerem crimes ambientais.

Decorre daí que a responsabilidade do Estado diante da sua omissão na prevenção do dano ambiental emerge com grande força, notadamente porque tem a legitimação [de poder] constitucional, e, portanto os meios para se antecipar à ocorrência do dano, efetivando, destarte, este que é o objetivo primordial de qualquer sistema de proteção ambiental.

2.2 A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Neste contexto, a questão da responsabilização do Estado em matéria de proteção dos direitos fundamentais deixou de ser um mistério entre os operadores do Direito. Canotilho (20--?, p. 494) afirma que no âmbito da proteção constitucional incluem-se ações de responsabilidade contra a Administração por atos ilícitos dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, sejam eles no campo jurídico-normativo [atos administrativos], sejam em decorrência da ação ou omissão estatal [atos materiais]. No mesmo sentido caminha Sarlet (2007, p. 314), quando admite a possibilidade de responsabilização do Estado por conta da sua inoperância na implementação de medidas [administrativas e legais, concretas e normativas] que sejam indispensáveis à plena realização dos direitos fundamentais, notadamente nas hipóteses em que existe um dever [explícito ou implícito] de proteção e, portanto, de atuação.

Logo, quando o Estado falha na sua missão constitucional de garantir condições socioambientais dignas para os cidadãos, e desta omissão resultam prejuízos à vida humana, o que inclui o dano ao meio ambiente, dita omissão deve ser considerada como causa adequada do(s) dano(s), a ensejar a responsabilidade estatal.

Com este entendimento, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar a apelação em reexame necessário nº 2000.72.01.001059-8/SC³⁴, em Ação Civil Pública (ACP) que tratou de dano ambiental decorrente da contaminação das águas do Rio Cachoeira e seus afluentes, e da Baía do Babitonga, em virtude do precário sistema de coleta e tratamento de esgotos, para o qual teriam concorrido o Município de Joinville/SC e a Companhia Catarinense de Águas e Esgotos - CASAN, concessionária responsável, à época, pela exploração do serviço de saneamento básico local. Interessa-nos aqui a condenação do Município de Joinville/SC com fundamento na deficiência da prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotos sanitários, e na omissão no exercício do poder de polícia em

³⁴ EMENTA - DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO DE BACIA HÍDRICA. DEFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTOS SANITÁRIOS. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. 1. Constatado que para a poluição da bacia hídrica do rio Cachoeira e da Baía da Babitonga, concorreu o precário sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários pelo Município de Joinville, mostra-se correta a intervenção do Poder Judiciário, determinando a execução de obras com vistas a proteção e/ou reparação do meio ambiente. 2. Na hipótese *sub judice*, não há como afastar da cadeia causal, geradora do prejuízo ao meio ambiente, a participação da companhia estatal prestadora do serviço de saneamento, uma vez que obrigou-se perante o poder concedente pela execução das obras pelas quais seria implementado o tratamento dos esgotos antes de seu lançamento nos cursos de água. 3. As razões que embasam a tese recursal não se mostram suficientes para afastar as medidas impostas na decisão recorrida. Apelações improvidas. (TRF4. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2000.72.01.001059-8/SC. Terceira Turma. Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 4 de maio de 2010).

defesa do meio ambiente. Quanto ao primeiro fundamento, foi dado como causa certa principal do dano ambiental o lançamento dos esgotos domésticos *in natura* nos leitos dos rios, que, por sua vez ocorreu diante da inexistência da prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotos sanitários para a maior parte da população do município. Neste contexto, a Corte, com base no que dispõe o art. 30, IV, da CF/88, concluiu que “sendo, portanto, o dano ambiental decorrente da omissão do Poder Público Municipal, caracterizada pela falta de prestação de um serviço público, cuja responsabilidade pela administração e execução é sua, conforme preceito constitucional, não pode o mesmo se eximir do ônus de sua inércia”. E o fato de a exploração do serviço ter sido concedida a terceiros, segundo a Corte, “não exonera [o município] das responsabilidades quanto à ineficiência/precariedade do serviço público concedido, pois este continuou a ser de sua titularidade e sobre o mesmo possuía a faculdade de exercer o seu poder de fiscalização”. Quanto à segunda omissão, invocou-se o art. 23, inciso VI, bem como o art. 225, *caput*, ambos da CF/88. No caso, ao juízo dos Desembargadores federais, a responsabilização do Poder Público Municipal emergiu de sua omissão em adotar medidas de fiscalização quanto à poluição do Rio Cachoeira e seus afluentes (*v.g.* a existência de ligações clandestinas de esgotos domésticos), o que ensejou, também por este motivo, a responsabilidade solidária do Município e da concessionária pela degradação ambiental.

Este compromisso do Estado de garantia de proteção é um múnus que restringe os limites da discricionariedade estatal, não sendo aceitáveis arguições a respeito de eventuais limitações metajurídicas, como é o caso, por exemplo, da reserva do possível, argumento largamente utilizado e tido como aceitável limitador da concretização dos direitos fundamentais. Diz-se isto não pela perspectiva de que se ignora a influência do orçamento na consecução das políticas sociais e na prestação de serviços públicos. O pressuposto é o de que, não obstante a finitude dos recursos, cabe ao Estado administrá-los eficazmente, priorizando aquelas funções às quais está constitucionalmente vinculado, notadamente no campo dos direitos prestacionais sociais. Trata-se, sobretudo, de uma questão de gestão eficiente, algo com que os governantes, notadamente no Brasil, não estão muito familiarizados, seja por ignorância, seja por convicção.

É como também pensa Freitas (2012, p. 279) quando assume “posição progressista de afirmação do paradigma da sustentabilidade, que empurra o Estado para além das fronteiras e da ‘zona de conforto’, forçando-o a reduzir despesas correntes para que sobre recursos destinados às áreas nevrálgicas”.

Ao lado de Juarez Freitas, e entre os que entendem não ser a reserva do possível um óbice intransponível, está Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 305), para quem

a reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, *mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais*, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – *da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental*. [Destacou-se]

No mesmo sentido caminha Antônio Herman Benjamin (2014), quando assevera que “o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada”, sobretudo “nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna”. Para o Ministro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, “qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro”. E arremata o jurista e magistrado no voto proferido no REsp 1.389.952-MT, julgado em 03/06/2014:

É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna.

No mesmo julgamento da apelação em reexame necessário nº 2000.72.01.001059-8/SC, antes comentado, o Tribunal Federal, em relação à reserva do possível, assentou que “a adoção deste princípio [...] merece ressalvas, pois, [...] os direitos fundamentais constituem-se direitos subjetivos em face do Estado e, por expressa disposição constitucional, suas normas possuem eficácia imediata (CF, art. 5º, § 1º)”. Validando o que se defende neste estudo, especialmente sobre a necessidade de se implantar a gestão eficiente do Estado, diz o Tribunal que não há justificativas para a omissão do Poder Público Municipal tendo como argumento a reserva orçamentária, pois “a ampliação do sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários é um direito da comunidade e a alegação de falta de recursos financeiros não prospera, seja pela arrecadação da atividade do saneamento básico [...], seja pela existência de recursos públicos que muitas vezes são aplicados em obras de menor importância do que as do saneamento básico”.

Tal posição, contudo, está longe de ser consenso entre os doutrinadores e julgadores. É o que transparece no julgamento no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Cível Nº 403993/RN)³⁵, em caso de surto de cólera ocorrido no estado do Rio Grande do Norte, com efeitos graves sobre as populações atingidas. A Ação Civil Pública (ACP) movida pelo Ministério Público Federal (MPF) em face da União Federal, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), o Estado do Rio Grande do Norte e os Municípios atingidos, pedia, entre outros, a condenação dos réus para que realizassem amplos investimentos em saneamento básico, tais como tratamento de água, construção de fossas e sumidouros e instalações sanitárias. No juízo de primeira instância, a sentença julgou improcedente o pedido com fundamento na reserva do possível, assentando “a impossibilidade efetiva das necessidades urbanas serem atendidas tão logo surgissem, fosse pelo decurso do tempo, fosse em face dos custos respectivos”, em caso clássico da utilização do instituto como excludente de responsabilidade. Contudo, segundo se defende neste estudo, é de se repudiar tal aplicação da reserva, pois se aparentemente mostra-se razoável o argumento “da impossibilidade efetiva das necessidades urbanas serem atendidas tão logo surgissem, fosse pelo decurso do tempo, fosse em face dos custos respectivos”, ele esconde o fato de que o Estado foi omissivo na prevenção da epidemia, a qual sabidamente é comum em regiões de acampamentos e aglomeração humana, onde as condições de higiene e saneamento básico são precárias ou inexistentes, e, portanto poderia ter sido evitada com saneamento básico adequado e medidas simples de higiene³⁶. Ou seja, as autoridades públicas foram omissas quanto ao seu dever de *prevenir* a ocorrência dos danos decorrentes da transmissão da cólera, haja vista não terem

³⁵ EMENTA - ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALIDADE DA CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ACARI. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNASA. COMBATE AO CÓLERA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À EPIDEMIA DO CÓLERA EM 1999. CAMPANHA INFORMATIVA. RECURSOS FINANCEIROS-ORÇAMENTÁRIOS. ATUAÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. MORTES. FATALIDADES QUE OCORREM EM EPIDEMIAS. RECURSOS PROVIDOS. [...] Legitimidade passiva da FUNASA, em face de sua condição de Autarquia da União especializada no combate a epidemias e propagadora do sanitarismo. 5. A União Federal, a Fundação Nacional de Saúde –FUNASA, o Estado do Rio Grande do Norte e os vários Municípios que figuram na lide como litisconsortes, demonstraram que fizeram o que estava aos seus respectivos alcances para erradicar ou, ao menos para impedir a disseminação do cólera, em suas áreas de atenção. 3. O falecimento de algumas pessoas do Estado, em face da doença, embora extremamente lamentável, não faz certo que tenha decorrido de ação ou de omissão do Poder Público, em feito a ensejar a indenização. 5. Apelações e Remessa Necessárias providas. (TRF5. Apelação cível nº 403993-RN. Relator: Des. Federal Geraldo Apoliano. Julgado em: 20 de maio de 2010).

³⁶ Segundo informa o Dr. Drauzio Varella, a cólera é uma doença infectocontagiosa aguda do intestino delgado, causada por uma enterotoxina produzida pela bactéria vibrio colérico (*Vibrio cholerae*). A transmissão é fecal-oral e se dá através da água e de alimentos contaminados pelas fezes ou pela manipulação de alimentos por pessoas infectadas, sejam elas sintomáticas ou não.

nem mesmo desenvolvido barreiras sanitárias, e também de cunho informativo, com antecedência razoável para subsidiar a população vulnerável quanto aos perigos da doença. A Administração omitiu-se em antecipar medidas evitatórias da epidemia, o que evidencia a criticada falta de planejamento da gestão pública. Não obstante, o Tribunal recursal manteve a improcedência da ACP, acatando a alegação da reserva orçamentária e declarando suficientes as provas produzidas pelos réus, os quais “efetivaram as providências necessárias à profilaxia e ao combate à epidemia da cólera na medida de suas possibilidades orçamentárias e das disponibilidades de pessoal, cada um na sua esfera própria de atuação (federal, estadual e municipal)”, o que afastaria a alegação de que tivessem ocorrido omissões dos Poderes Públicos.

No sentido deste entendimento, destarte assumindo a posição de que a reserva do possível tem relevância obstativa à concretização incondicional do mínimo existencial, encontra-se Ricardo Lobo Torres. Analisando o tema sob o prisma da alegada indisponibilidade de serviços públicos, suficientes para garantir a realização de direitos fundamentais, Torres (1999, p. 279-285) afirma que [os direitos sociais máximos] “encontram-se sob a reserva do possível e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial”. Afirma o doutrinador que “os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático” (2003, p. 2). Segundo o autor, há que se superar o primado da prevalência dos direitos sociais prestacionais sobre os direitos da liberdade (possibilidade real de seu exercício pelos indivíduos), tese que levou à falência do Estado social de direito, como também defende que se desfaça a confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que tem impedido o atendimento destes últimos sequer minimamente.

Para Torres (1999, p. 279-285), assim como para Sérgio Fernando Moro (2001, p. 108-110), num ambiente de escassez de recursos financeiros, a restrição orçamentária é um limite real que interfere na realização dos direitos sociais prestacionais, sendo inviável a sua coexistência plena, o que invariavelmente conduz a Administração a fazer escolhas, destarte elegendo alguns direitos em detrimentos de outros.

Não obstante, aproximando-se do que defende Sarlet, Moro pondera que o limite da reserva do possível não é intransponível, argumentando que a escolha entre prestações sociais pode ser feita pelo Judiciário, através de um juízo de verificação quanto ao que é possível se atender, sem, contudo olvidar a reserva de consistência (baixa densidade normativa dos direitos sociais prestacionais) e a do possível, que traduzem restrições materiais que o juiz não

pode superar.

E há ainda os que não admitem nem mesmo a interferência do judiciário na determinação de qual prestação deverá ser fornecida em detrimento de outra(s). É o caso de Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 509), quando afirma que “se não é permitido o aumento de despesas em processos legislativos deflagrados pelo Poder Executivo (art. 63, I, CF), *a fortiori* não o será a criação originária de despesas mediante decisões judiciais, nas quais diuturnamente a Administração Pública se depara com as chamadas ‘escolhas trágicas’, submetidas à reserva do possível”. Admite, porém, que o impedimento à imposição judicial de prestações de serviços públicos para assegurar direitos fundamentais pode ser superado, mas somente “nos casos concretos excepcionais em que a omissão estatal estiver atingindo a dignidade da pessoa humana”, o que, segundo o mesmo autor, não ocorre indistintamente em face de qualquer prestação, ainda que relevante, mas somente “quando a ausência desta colocar em risco o mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental em questão”, haja vista que “há serviços públicos mais conectados com o mínimo existencial das pessoas que outros” (ARAGÃO, 2013, p. 510-511). Para ilustrar tal posição, Aragão cita como exemplos, contrapondo-os, os serviços de telefonia e de saneamento básico, argumentando que conquanto ambos sejam importantes para a vida das pessoas, a falta daqueles não ameaça o núcleo essencial de um direito fundamental à vida, como ocorre com o segundo.

No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres afirma que nem todo o direito social integra o catálogo do mínimo existencial, e, portanto não é imediatamente exigível, encontrando-se, destarte, condicionado à reserva orçamentária. Considera que “os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*”, momento em que se confundem com a ideia de direitos fundamentais *strictu sensu*, operando-se o que denomina de *metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial* (2003, p. 2). E é precisamente esta transmutação da natureza de um direito social potencialmente realizável, portanto apenas subjetivamente exigível, em outro dotado de jusfundamentalidade, pertencente ao núcleo essencial de uma prestação autônoma e imediatamente exigível, que permite se sustente ser objetiva a natureza da responsabilidade estatal em face da insuficiência de proteção do mínimo existencial, tese por este estudo defendida.

Mas a posição que prevalece, majoritariamente, é a de que mesmo o mínimo existencial pode faltar a muitas pessoas e até a comunidades inteiras, já que limitado pela reserva do possível, “não sendo de se imaginar, por exemplo, que o saneamento básico de

todas as comunidades pobres do Brasil pudesse ser imposto judicialmente” (ARAGÃO, 2013, p. 512).

Tal argumento, como já dito, não nos parece aceitável, especialmente se levarmos em conta a ineficiência crônica da Administração Pública na gestão dos recursos, os quais, muito embora escassos, são suficientes se forem alocados segundo uma escala de prioridades que privilegie a qualidade do gasto público, orientado por políticas públicas adequadas e planejamento eficaz, pois, no final trata-se de um ato de escolha racional do futuro que se quer, conforme lição de Reinaldo Dias e Fernanda Matos [ver subcapítulo 1.1].

No caso específico do saneamento, por exemplo, objeto desta pesquisa, não se trata de obrigar judicialmente a Administração a implantar a infraestrutura nacionalmente, em um prazo curto. Mas é possível, sim, e absolutamente viável do ponto de vista orçamentário, o estabelecimento de um cronograma de médio prazo para que a União, os Estados e os Municípios, no exercício de sua competência comum, comprometam-se a realizar as obras necessárias para zerar o déficit relativo ao saneamento básico no país. Por exemplo: segundo o Instituto Trata Brasil (2014), mais de 100 milhões de brasileiros não dispõem de rede de coleta de esgoto sanitário, 13 milhões não têm sequer banheiro em casa, e, todos os dias, sete crianças brasileiras morrem em consequência da falta de saneamento. Segundo o mesmo Instituto, para zerar o déficit de saneamento básico e oferecer acesso universal à coleta e ao tratamento de esgoto, o Brasil precisa de investimentos anuais de R\$ 10 bilhões nos próximos 20 anos. É bastante dinheiro, mas se considerarmos que, segundo a Associação Contas Abertas, só os gastos em publicidade do governo federal nos anos de 2000 a 2009, por exemplo, somaram R\$ 12,4 bilhões, e que só em 2013 foram gastos em propaganda pelo governo federal R\$ 2,3 bilhões, ou seja, 23% do valor necessário para as obras necessárias em um ano, chegaremos à indesviável conclusão que se trata de estabelecer prioridades. Além disso, como já se elaborou mais cedo [ver subcapítulo 1.3], utilizando-se o parâmetro da Organização Mundial da Saúde (OMS), há que se considerar que para cada US\$ 1,00 (um dólar) investido em saneamento obtém-se em retorno outros US\$ 9,00 (nove dólares), que não precisarão ser gastos em tratamento de saúde por doenças causadas pela falta ou precariedade de saneamento básico.

Neste complexo, mas viável, gerenciamento das opções que tem a Administração para cumprir seus deveres para com a sociedade, há de se dar relevo a um aspecto essencial dos serviços públicos, especialmente em sociedades ainda distantes de lograr o desfrute de um mínimo existencial socioambiental. É que nestas sociedades a relevância dos serviços públicos está também na sua função de construção de uma solidariedade social e de uma

coesão social (ARAGÃO, 2013, p. 506), destarte garantindo às pessoas a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamento, ou, como já dito, dar-lhes condições para que desenvolvam suas capacidades e tenham oportunidades para ser aquilo que desejam ser [ver subcapítulo 1.3]. Nesta imbricação entre o exercício do poder-dever de oferecer os serviços públicos essenciais [Direito Administrativo] e o seu efeito de permitir o exercício de direitos fundamentais pelos seus destinatários [Direito Constitucional] é que se encontra a raiz da responsabilidade objetiva por omissão do Estado.

Para o campo do dano conhecido, como é o caso daquele decorrente da ausência, ou precariedade, das infraestruturas de saneamento básico, por exemplo, importa verificar a responsabilidade estatal pela má gestão *preventiva* do dano. Não se olvida, contudo, que a gestão *precaucional* emerge hoje como um dos principais desafios para o adequado gerenciamento ambiental. Ocorre que sendo a precaução a ação antecipada diante do risco ou do perigo (MACHADO, 2013, p. 100) em face da *incerteza* científica quanto aos efeitos e à relação de causalidade entre aquela e estes (GOMES, 2010, p. 102), sua consideração foge ao objeto deste estudo, que trata da responsabilidade pelo dano decorrente da ausência de saneamento, cujos efeitos são amplamente conhecidos. Aqui, então, temos a *prevenção*, que visa a controlar *riscos comprovados e danos conhecidos e certos*; lá, na gestão *precaucional*, a ação estatal se destina a limitar *riscos ainda hipotéticos ou potenciais*, residindo aí a distinção entre os princípios.

Já se disse bastante sobre a mitigação da liberdade da Administração em se tratando da tutela dos direitos fundamentais, entre os quais aquele ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a qual decorre “[d]a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade” (SARLET, 2007, p. 392), sendo desta vinculação que emana a responsabilidade do Estado quando deixa de observar os deveres que lhe são impostos pela norma constitucional.

Assim que, como referido, a questão da legitimidade do Estado para figurar no polo passivo das ações de responsabilidade civil, por ação ou omissão, é alvo de pouca divergência doutrinária, haja vista a previsão expressa do texto constitucional sobre a matéria. A exemplo da Carta Constitucional portuguesa, segundo a qual “os lesados nos seus [...] direitos, liberdades e garantias, por ações ou omissões de titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado, exigindo uma reparação dos danos emergentes

desses atos”³⁷, a Constituição brasileira igualmente prevê que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”³⁸. Tal previsão encontra-se também positivada no Código Civil brasileiro (Lei n° 10406 de 10 de janeiro de 2002), que da mesma forma estabelece que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros³⁹.

No dizer do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1013), “um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor a obrigação de repará-lo”. Tal entendimento é concorde com a rejeição à velha tese da irresponsabilidade absoluta do Estado, insubsistente a qualquer dúvida sobre sua inadequação (DIAS, 2006, p. 773), já que, modernamente, o direito positivo das nações civilizadas admite a responsabilização civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, ficando as disputas restritas a “aspectos específicos e de menor importância no que toca à responsabilidade do agente, ao montante da reparação, à forma processual de proteção do direito etc.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 555).

O primado essencial do conceito jurídico da responsabilidade, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho, “induz de imediato a circunstância de que alguém deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente”, sendo que estes dois pontos – o fato e sua imputabilidade a alguém – constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. Parece claro, portanto, que não pode haver responsabilidade sem que haja um fato antecedente e que o agente que se pretende seja responsabilizado “tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 551).

³⁷ PORTUGAL. Constituição (1976). – “Artigo 22.º Responsabilidade das entidades públicas - O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). – “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º - 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”.

³⁹ BRASIL. Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002. – “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Interessante observar que o Estado, assumido como pessoa jurídica, é intangível, sendo que sua presença no mundo concreto, das realizações, se dá através da ação de seus agentes, pessoas físicas, cuja conduta é, então, ao Estado imputada. Resulta desta concepção que o Estado de *per si* não pode causar danos a ninguém (CARVALHO FILHO, 2014, p. 554). Isto não significa, porém, que faltem ao Estado vontade e ação, juridicamente falando. O que o agente (do Estado) quis, entende-se que assim quis o Estado; o que o agente fez, assim fez o Estado, de modo que não se considera que tão só o agente agiu conforme ou desconforme com o direito, mas considera-se, isto sim, que o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal (BANDEIRA DE MELLO, C. A., 2013, p. 1024).

Mas, não obstante a legitimação passiva do Estado ser pacificamente aceita, a *modalidade* desta responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, ainda gera divergências entre os doutrinadores do direito. Parte da doutrina, sendo um de seus representantes mais ilustres o eminente Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1.029), sustenta que é *subjetiva* a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma *omissão* do Estado. Pondera que “quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou insuficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade *subjetiva*”. Sustenta que se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano, e, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, só faz sentido responsabilizar o Estado se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo⁴⁰.

Pondera-se, contudo, que em sede de dano ambiental este entendimento dificulta a reparação e, mais contundentemente, a responsabilização da Administração por danos causados ao meio ambiente por conduta estatal omissiva, especialmente quando se tratar de tutela preventiva do dano. A necessidade de se demonstrar a culpa, ou o dolo, no agir omissivo do Estado em matéria ambiental remete a uma visão dogmática de direito privado,

⁴⁰ Op. cit., p. 1.029: “Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de reponsabilidade subjetiva”. No mesmo sentido, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2006. p. 281: “No tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. [...] Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.” Com o mesmo entendimento, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 519.

que é inadequada para tratar de interesses difusos, como tipicamente o são aqueles ligados aos direitos fundamentais, entre os quais o meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos estes, como visto até aqui, alcançados pelo direito administrativo e, especialmente, pelo direito constitucional.

2.3 A INFLUÊNCIA DO PROCESSO NA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

A dificuldade do Estado para lidar com a questão dos efeitos difusos da violação dos direitos fundamentais, em especial aquele ao meio ambiente equilibrado, pode estar localizada mesmo na própria falta de um consenso sobre o que sejam interesses difusos, por isso tratados também como coletivos, de grupo, meta ou supraindividuais, o que leva à manutenção de um estado de incerteza e instabilidade jurídica no trato da questão. E muito embora esta discussão possa parecer menos relevante para a proteção daqueles interesses, reduzindo-se a disputa a uma questão semântica, esta imprecisão afeta diretamente a forma como o Estado assume, ou deixa de fazê-lo, a sua responsabilidade na garantia de direitos fundamentais.

Neste aspecto, os interesses difusos se encontram no mais alto grau da escala de coletivização [de interesses], acima dos individuais, dos sociais, dos coletivos e mesmo do interesse público (MANCUSO, 2004, p. 86), já que, como se entende, são afetos à humanidade enquanto universalidade dos seres humanos, portanto não passíveis das reduções usualmente feitas em busca da titularização dos direitos individuais ou da subjetivação das responsabilidades.

E é precisamente neste ponto, onde se encontram a visão privatista do processo e a necessidade de se individualizar o titular do direito [*l'action en justice ayant pour fondement la protection des droits subjectifs, il est normal d'exiger que l'intérêt allégué soit un intérêt direct et personnel*⁴¹], que se localiza a atual “incapacidade da dogmática processual de apresentar soluções compatíveis com a necessidade de tutela efetiva do bem ambiental” (LUNELLI, 2012, p. 149). Esta miopia na tutela processual dos interesses difusos, no nosso caso, ambientais, tem a sua faceta mais visível na ineficácia da proteção ao bem jurídico que dela resulta, mas também viabiliza a omissão do Estado, que falha como formulador, indutor, garantidor e executor de políticas adequadas à proteção do direito constitucionalmente posto.

⁴¹ SOLUS, Henry; PERROT, Roger. *Droit judiciaire privé*. Paris: Sirey, 1996. T. 1. Apud MANCUSO, 2004, p. 89: “uma ação legal tem por fundamento a proteção de um direito subjetivo, sendo natural exigir que o alegado interesse seja um interesse direto e pessoal”. (Tradução nossa)

Quando se afirma que a falta de clareza sobre a natureza difusa da matéria ambiental exerce influência negativa na proteção que o Estado lhe deveria endereçar, trabalha-se com a ideia de que o Estado não assume esta responsabilidade justamente porque está preso ao paradigma individualista do processo e ao da culpa subjetiva, que precisam titularizar o direito em um sujeito determinado, como destinatário daquela tutela, e identificar o *animus dolandi* ou *nocendi*⁴² na ação do agente estatal. Esta orientação dogmática não compreende que

[...] o interesse difuso estrutura-se como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva do domínio. [...] Tampouco, é o interesse próprio de uma comunidade organizada, constituída pela soma de interesses (ou de alguns deles) dos indivíduos concretos que a compõem e, portanto, exclusivo. [...] (ANTUNES apud MARCHESAN *et al.*, 2008, p. 23)⁴³.

Ou, por outras palavras, os interesses difusos

[...] são aqueles que não tendo atingido o grau de agregação e organização necessária à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo [...], podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido [...]. (MARCHESAN *et al.*, 2008, p. 23).

Percebe-se logo que há um impeditivo de cunho dogmático entre a concepção privatista do processo e a necessária abordagem difusa reclamada pela tutela ambiental. Tal dificuldade decorre da característica do nosso sistema jurídico, erigido sob a concepção de que “somente os interesses considerados relevantes pelo Estado e suscetíveis de afetação a um titular mereceriam a tutela jurisdicional [grifamos]” (MANCUSO, 2004, p. 89). Neste contexto, “a liberação do dogmatismo processual, pois, é um dos pressupostos para que se possa alcançar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional em defesa do bem ambiental” (LUNELLI, 2012, p. 149).

Daí que, sendo o bem ambiental um bem de natureza difusa por excelência, está a

⁴² Conforme De Plácido e Silva (2000, p. 64): *animus dolandi*: a evidência de que o agente praticou o ato com a intenção dolosa, isto é, com o intuito preconcebido de prejudicar alguém em seu próprio proveito. *Animus nocendi*: a vontade de prejudicar.

⁴³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo – para uma legitimação processual*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 22-23. Apud MARCHESAN *et al.*, 2008, p. 23.

merecer “consideração processualmente diversa dos direitos individuais, até em face das características que apresenta, quais sejam, a indivisibilidade, a ubiquidade, a indeterminabilidade de titulares e a inalienabilidade” (MARIN, 2012, p. 81).

Esta nova concepção de um direito processual [ambiental] alargado, de alcance mais amplo, na esteira do fenômeno da constitucionalização dos direitos a partir da Constituição da República de 1988, ainda carece de formalização no procedimento jurisdicional, já que sua proeminência restringe-se quase que exclusivamente à sua relevância material. Para a realização desta transição, de um processo arraigadamente voltado para a tutela do patrimônio e da liberdade individual, “é necessário ter honestidade metodológica, a fim de reconhecer a coletivização do direito e relegar a tradição civilista, que tutela tão-somente o contencioso individualizado, a um passado distante” (MARIN, 2012, p. 87).

Com esta sinalização, a doutrina, sobretudo via incursões hermenêuticas, tem buscado “a construção de uma estrutura processual sistêmica apta a tutelar as demandas de caráter transindividual”, já que “os vetustos instrumentos de demanda e as conseqüentes espécies de sentenças [...], antes suficientes a garantir os interesses individuais, agora se mostram inadequados para regular e fornecer respostas necessárias às novas aspirações imanentes aos direitos e valores transindividuais protegidos pela Constituição Federal” (SILVA E FRACALOSSO, 2010, p. 540).

A mudança de paradigma é tão imperiosa que muitos chegam mesmo a referir que “*une véritable révolution est en cours dans le domaine du droit judiciaire civil*” (CAPPELLETTI apud MANCUSO, 2004, p. 268)⁴⁴. Outros, ainda, sugerem que, muito embora não se possa negligenciar a atual inadequação estrutural do instituto processual, deve-se aproveitá-la para tentar realizar, com muito esforço e criatividade, uma “ortopedia jurídica” no processo a fim de garantir uma resposta para a questão do acesso à justiça de determinados interesses (VIGORITI apud MANCUSO, 2004, p. 268)⁴⁵. Esta abordagem mais pragmática articulada por Vigoriti conta com a simpatia de Mancuso (2004, p. 268), que a chama de “adaptação criativa do arsenal processual”. Segundo ele, a necessidade da tutela dos interesses difusos é atual – aqui e agora – não sendo viável que se proceda a uma “revisão global do processo civil”, com eventual criação de institutos específicos, para só então promover a já iminente tutela destes interesses. Neste sentido, sugere uma releitura do *due process of law*⁴⁶

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans de procès civil (métamorphoses de la procédure civile)*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 3, 1975. Apud MANCUSO, 2004, p. 268: “uma verdadeira revolução está em curso no âmbito do direito processual civil”. (Tradução nossa)

⁴⁵ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979. Apud MANCUSO, 2004, p. 268.

⁴⁶ “Due process of law”: devido processo legal. Princípio fundamental constitucional expresso no artigo 5º, LIV,

de modo a adaptá-lo às novas situações coletivas emergentes numa sociedade de massa, entendimento que caminha com o pensamento de Antônio Herman Benjamin, quando afirma que “tanto o fenômeno do ‘conglomerado de interesses’ (nem sempre formalizado), como o da ‘dispersão dos danos’ põem em xeque a formulação e montagem do processo civil tradicional na instrumentalização da solução dos conflitos ambientais” (BENJAMIN apud MANCUSO, 2004, p. 270)⁴⁷.

E, de fato, a aplicação de institutos consagrados na cultura civilista, consoante a prática tradicional, tende a mitigar, senão impedir, o alcance da tutela jurisdicional dos interesses difusos. Mancuso (2004, p. 270) cita como exemplos a questão do contraditório e da ampla defesa, os quais, levados ao extremo do rigorismo em demandas envolvendo interesses de classe ou de categoria, e até mesmo, dizemos nós, de questões ambientais, tornam inviável o prosseguimento da ação, dada, entre outros, a impossibilidade física da presença de todos os interessados.

A incompatibilidade da atual estrutura processual em face da natureza difusa da questão ambiental é de tal ordem que atinge até mesmo o instituto processual mais caro ao processo contemporâneo, materializado na impenetrabilidade da coisa julgada, especialmente quanto ao seu alcance, o qual, majoritariamente, nos diplomas que tratam de interesses não individuais, ou de grupos, como ocorre com a Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei n° 4.717/65 (Lei da Ação Popular), por exemplo, tem efeito *erga omnes* às sentenças sob suas égides proferidas, reconhecendo a importância da transcendência dos interesses por estes diplomas regulados. Ocorre que dentre as ações afeiçoadas às tutelas coletivas, aquela que mais nos interessa, por sua adequação à proteção ambiental, a Lei n° 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que disciplina, entre outras, a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, é exatamente a que estabelece limitação espacial aos efeitos das sentenças por seu intermédio prolatadas. Ora, não obstante ser o bem ambiental um bem de titularidade difusa por excelência, tendo em vista, como já vimos mais cedo, citando Marin (2012, p. 81), a sua indivisibilidade, ubiquidade e indeterminabilidade, a limitação territorial imposta aos efeitos da sentença prolatada em ação coletiva⁴⁸, equivale a

da Constituição Federal de 1988, cuja expressão vem da Constituição dos Estados Unidos, mais precisamente das Emendas V e XIV, e que remonta à Carta Magna de 1215, cujo artigo 39 dizia: “No free man shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgement of his peers or by the law of the land”. Apud MANCUSO, 2004, p. 269.

⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. *A citizen action norte-americana e a tutela ambiental*. Revista de Processo, n. 62. Apud MANCUSO, 2004, p. 270.

⁴⁸ BRASIL. Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos

uma *não tutela*.

E, se esta limitação territorial do alcance da sentença em ação coletiva ambiental “traduz o caráter individual-patrimonialista da coisa julgada e uma verticalidade que não condiz com a tutela dos direitos ambientais” (MARIN, 2012, p. 81), ela serve igualmente para demonstrar o prejuízo que resulta da falta de clareza conceitual do que sejam interesses coletivos e difusos, conforme ressalva feita mais cedo. Pois, muito embora o legislador tenha considerado separadamente as duas categorias, como por exemplo, quando diz que a lei rege as ações de responsabilização por danos causados a qualquer interesse *difuso* ou *coletivo*⁴⁹, esta distinção termina por aí. De fato, ao limitar o alcance territorial da sentença civil proferida em ação coletiva ambiental, a lei desconhece a natureza difusa do bem ambiental e a sua projeção indeterminada sobre o meio. Trata como coletivo o que é mais do que isso; restringe a um grupo o que é de todos, indistintamente; circunscreve fictamente os efeitos de um dano que é transfronteiriço.

Ainda na tentativa de visualizar o caminho adequado a essa adaptação do direito processual, preparando-o para assumir uma feição mais apropriada aos novos direitos, especialmente o direito ao ambiente, entende-se, como sugere Mancuso, que não é razoável uma parada total das atuais engrenagens à espera do processo ideal, muito particularmente porque o curso da vida não para, demandando a cada dia soluções novas e adequadas. Mas também não é prudente apostar em demasia numa “adaptação criativa” do processo. Não devemos olvidar que a conciliação de esparsos institutos processuais, nesta tentativa de dar-lhes uma aplicação sistemática visando à tutela dos interesses difusos, pode surtir o efeito de retardar a adoção de uma nova ordem processual, esta sim a ser concebida como um sistema coeso e coerente com a natureza difusa da questão ambiental.

Assim que, esta feição individualista e garantidora das liberdades individuais do sistema processual pátrio acaba por dificultar a tutela *processual* do meio ambiente, inclusive pela inexistência de um código de processo civil coletivo que a instrumentalize. E justamente para fazer frente a estas dificuldades a doutrina tem se referido a um microssistema processual coletivo (SILVA e FRACALOSSO, 2010, p. 540) a ser invocado na tutela dos bens ambientais. Tal microssistema “decorre da interpretação sistemática de várias normas e

causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

⁴⁹ BRASIL. Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985: “Art. 1° Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso *ou* coletivo.[...]”.

diplomas que se complementam harmonicamente, restando ao Código de Processo Civil meramente a função subsidiária e residual”. A estrutura normativa deste microsistema, segundo Silva e Fracalossi (2010, p. 540), resulta da aplicação sistemática dos dispositivos insertos nos Título III da Lei n° 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) com os dispositivos constantes da Lei n° 7.347 de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)⁵⁰, relativos à Ação Popular, Ação de Improbidade e Mandado de Segurança Coletivo, os quais fornecem mecanismos processuais aptos à tutela do meio ambiente.

Esta solução desenhada e/ou exposta por Silva e Fracalossi, de um microsistema processual coletivo mais afeito à tutela de interesses difusos, soa como aquela “adaptação criativa do arsenal processual” sugerida por Mancuso. Tal encaminhamento demonstra uma vontade de parte da comunidade jurídica de vencer a inaptidão do processo para lidar com questões que escapam da lógica tradicional. Mas tal construção não dará respostas durante muito tempo, especialmente quando encaramos a complexidade das relações sociais e de uso dos recursos naturais que a sociedade demanda com crescente voracidade. É preciso mudar o modo como se concebe a intervenção da jurisdição sobre os fenômenos sociais, a quem o processo deve servir, em uma franca rejeição da clausura formalista que o distancia da realidade.

A superação deste desafio, portanto, passa pela cognição de que o processo não deve ter existência autônoma em face da realidade. Como destaca com grande propriedade Marin (2012, p. 56), “é a partir da aceitação de que o Direito não obedece a critérios lógicos, que é uma ciência da compreensão e, também, do reconhecimento da necessidade de se afastar dos

⁵⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Modalidades da coisa julgada coletiva*. Apud SILVA e FRACALOSSO, 2010, p. 540. Nota de rodapé 3: “Com a promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, inseriu-se o inciso IV, outrora vetado, ao texto da Lei da Ação Civil Pública, corroborando a previsão constitucional de dotar a ação civil pública de idoneidade para a tutela de ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’. A Lei 8.078/1990, após introduzir o conceito de direitos individuais homogêneos na legislação nacional e disciplinar a sua tutela processual, inseriu o art. 21 à Lei 7.347/1985 para determinar que, em sede de ação civil pública, aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do seu Título III que trata da “Defesa do Consumidor em Juízo”, formando-se, assim, um microsistema processual das ações coletivas. Além disso, com o Código de Defesa do Consumidor, deu-se o passo mais relevante para a instauração de uma esfera coletiva de proteção processual. Este instrumento, além de conferir contornos mais precisos ao objeto da ação civil pública, definiu uma série de conceitos cruciais para a celeridade e segurança desse universo de proteção, como a enunciação dos atributos essenciais e específicos de cada um dos interesses metaindividuais (art. 81, incisos I, II e III), a tutela processual de direitos individuais homogêneos (art. 91 e seguintes), a determinação do alcance e efeitos da coisa julgada nas lides coletivas (art. 103, incisos I, II e III), a litispendência entre as lides individuais e as coletivas com o mesmo objeto (art. 104). A análise de toda a legislação brasileira e dos instrumentos processuais de defesa de direitos coletivos (*lato sensu* – difusos, coletivos e individuais homogêneos), interpretados sistematicamente, nos leva, inexoravelmente, à constatação da existência de um verdadeiro direito processual coletivo.”

aspectos metafísicos que informam o método adotado pelas ciências jurídicas que se poderá estabelecer um novo paradigma”.

2.4 A RESPONSABILIDADE ESTATAL OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL

Para o que se pretende neste estudo, importa focar na demonstração de que em matéria ambiental a responsabilidade objetiva do Estado deve ser a regra, sendo as hipóteses de verificação da culpa [ou dolo] as exceções. E assim deve ser porque a posição do Estado em relação ao meio ambiente, assim como o é para com a sociedade em geral e os indivíduos em particular, é de supremacia, o que enseja a produção de danos mais intensos que aqueles suscetíveis de serem gerados por particulares. Tal posição jurídica e fática justificou a adoção da teoria da responsabilidade objetiva no direito público, na medida em que se evidenciou o maior poder e as prerrogativas quase ilimitadas do Estado sobre os administrados, considerado o poder de império, ou soberano, que exerce sobre o conjunto da sociedade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1013) assim tratou a originalidade da responsabilidade pública⁵¹:

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

⁵¹ Para não soar contraditório, ressalta-se que não se olvida a posição do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello pela teoria da responsabilidade subjetiva do Estado em caso de sua omissão, como mencionado. Ocorre que a mesma base evolutiva que reconheceu a sujeição do Estado às hipóteses de sua *responsabilização objetiva* por atos *comissivos*, atende aos pressupostos para que o mesmo se dê nos casos de sua *omissão*, sendo o principal deles a posição de supremacia na sua relação com os administrados; ou, pelo caminho inverso, a sujeição necessária dos administrados à prepotência da Administração, conforme ensina o próprio administrativista quando afirma que “[...] os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado [...]”, pois “[...] é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social” (BANDEIRA DE MELLO, C. A., 2013, p. 1013). Tal conciliação afina-se com o entendimento que vê na pluralidade um caminho de construção de conhecimento pela busca de consensos mínimos, com o que estamos alinhados a José de Aguiar Dias, que ao antecipar-se a possíveis críticas sobre o casamento de doutrinas diversas e correntes contrárias, afirma que “aceitamos propositadamente tendências opostas, porque servem ao nosso ideal de uma justiça distributiva” (2006, p. 128). Ou, igualmente com Oroszimbo Nonato (*Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento*. Revista Forense, vol. 83, p. 371 e ss. In: Dias, José de Aguiar, 2006, p. 128), para quem “o problema da responsabilidade não se resolve, assim, mediante dados escassos e simplistas, mas pela contribuição de fatores múltiplos, de ordem moral e de ordem política [...], é comum conciliarem-se na aplicação doutores que defendem na doutrina concepções polarmente opostas, como a da culpa subjetiva e a do risco criado”. [Aspas no original]

Esta posição de supremacia do Estado é que deu origem à *teoria do risco administrativo* como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual a sua posição de poder impunha que tivesse que arcar com o risco natural decorrente de suas numerosas atividades, de forma que “à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 556). Aparentemente, portanto, parece que a teoria do risco administrativo atenderia à necessidade de se encontrar um mecanismo legal de responsabilização do Estado pelo dano ambiental, especialmente nos casos de dano omissivo.

Ocorre que, e lembrando que se está tratando da proteção ao meio ambiente, tal teoria apresenta-se falha, pois, conforme José dos Santos Carvalho Filho, “no risco administrativo não há responsabilidade civil genérica nem indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar”, donde se conclui que a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites (CARVALHO FILHO, 2014, p. 556-557), inclusive na culpa, exclusiva ou concorrente, da vítima.

Este entendimento carrega a influência da teoria norte-americana da causa próxima [*the last clear chance*], segundo a qual a parte que teve a oportunidade de evitar o dano por último, independente da existência de negligência ou imprudência da outra, será responsável pelo evento danoso. Tal construção doutrinária justifica, nos Estados Unidos, que não tenha direito a indenização aquele que faltou ao dever de observar [*duty to look and list*]. Para José de Aguiar Dias, no entanto, tal teoria deve ser aperfeiçoada de forma que, em lugar de se apurar quem teve a *última* oportunidade, deve se verificar quem teve a *melhor* ou a *mais eficiente* chance, ou seja, quem estava em melhores condições de evitar o dano e de quem foi o ato que decisivamente influenciou para sua ocorrência. Dias considera “em culpa quem teve não a *last chance*, mas a melhor oportunidade e não a utilizou”, o que, segundo ele, é “a consagração da causalidade adequada, porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o ato do outro protagonista irrelevante para sua produção” (DIAS, 2006, p. 945/946).

Então, para Dias, na determinação da culpa – e da conseqüente responsabilidade – importa indagar

[...] qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria conseqüências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras

palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpa, isto é, a culpa sem a qual o dano não se teria produzido.

Logo se percebe que tanto a teoria norte-americana como a sugerida adaptação feita por Dias, e bem assim a do risco administrativo, mitigam o alcance da responsabilidade objetiva do Estado, já que lhe reconhecem limites diante da necessidade de se investigar a existência da culpa [do agente ou da vítima], especialmente nos casos de danos causados por conduta omissiva da Administração.

E são estes limites que tornam tais teorias inadequadas para a matéria ambiental, especialmente pela contumaz omissão do Estado no trato *preventivo* das questões ambientais, de forma contundente com relação à ocupação do solo, ordenamento dos espaços e infraestrutura urbanos, como é o caso do saneamento básico, objeto desta pesquisa.

Portanto, não é apenas aos riscos criados pela *ação* pública que os particulares são expostos. Da mesma forma, e haja vista o caos em que se transforma a vida nas cidades, tal exposição se dá pela *não ação* do Estado, o que equivale a abandonar os administrados à própria sorte e à sua incapacidade institucional de suprir as omissões estatais.

De maneira clara, parecem realmente inaceitáveis as condicionantes que pretendem isentar a existência de uma causa, ou conduta, originária, como determinante de um dano ocorrido no presente. Pois, no fim do dia, é o que postulam as teorias ora mencionadas, da *last chance*, ou da *melhor chance*. No limite, estas linhas doutrinárias parecem mesmo absurdas. Por exemplo, um sujeito que cai em um buraco aberto na via pública pela municipalidade e fratura uma perna, pela teoria da *last chance*, ou da *melhor chance*, não teria direito a ser indenizado, já que o buraco, mesmo não estando adequadamente sinalizado, mas sendo visível “para o homem médio que caminhasse com atenção ordinária”, poderia ter sido evitado, logo se impedindo o evento danoso. Este raciocínio, como que num passe de mágica, elimina o evento sem o qual, em primeiro lugar, o dano não teria ocorrido. A causa eficiente do dano é a existência do buraco, não a desatenção do transeunte, o qual poderia, com toda a legitimidade, estar passeando distraidamente, olhando vitrines, ou conversando com sua companhia, ou mesmo admirando a arquitetura dos prédios no seu entorno. É de se perceber que aqui interfere, inclusive, a questão da diligência da Administração, submetida ao princípio da continuidade do serviço público⁵² e ao princípio da proteção da confiança⁵³, já

⁵² Conforme Celso Antônio Bandeira e Mello, “em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública [...] a Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação. *O princípio da continuidade do serviço público* é um subprincípio ou se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa” (BANDEIRA DE MELLO, C. A., 2013, p. 84).

⁵³ Segundo J. J. Gomes Canotilho, “a proteção da confiança se prende [...] com as componentes subjectivas da

que a presunção quanto à regularidade e suficiência do serviço público é do administrado⁵⁴, que tem o direito de confiar que a via estará em condições adequadas. E assim deve ser porque, contratados entre si, em obrigação de natureza sinalagmática – pela qual o cidadão paga o preço ao Estado, v.g. na forma de tributos, para que este lhe entregue os serviços “vendidos” – não é lícito imputar ao administrado o ônus de ter que se prevenir contra a inadimplência da Administração e, ainda pior, penalizá-lo quando o serviço público é deficiente ou simplesmente não existe. Neste cenário, importa destacar a importância da inversão do ônus da prova em favor da vítima do dano resultante da ação ou omissão estatal, que “proporciona, de um modo geral, uma equiparação de armas, tendo em vista a ‘verticalidade’ da relação jurídica existente entre o indivíduo e o Estado” (FENSTERSEIFER, 2010, p. 99).

Em verdade, estas teorias que relativizam a objetivação da responsabilidade do Estado afastando a causa originária do dano no presente, criam uma excludente material de responsabilidade, em detrimento da própria vítima da ação danosa do Estado, hipótese totalmente descabida⁵⁵. A inadequação de tais teorias talvez decorra, em muito, do entendimento majoritário de que somente haverá responsabilidade objetiva do Estado quando o dano decorrer de uma ação estatal positiva, sendo subjetiva a responsabilidade nos casos de sua omissão. Celso Antônio Bandeira de Mello fala em *ação pública*; Aguiar Dias fala em *ato imprudente*; ambos pressupõem, portanto, um agir positivo.

Na hipótese de responsabilidade objetiva aventada por Celso Bandeira de Mello, “o Estado gera o dano, produz o evento lesivo” (2013, p. 1027):

O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isto, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando o comportamento estatal *comissivo* gera, produz, causa, dano a alguém. [destaque no original]

Ou seja, quando o dano se origina de uma conduta positiva, de um agir comissivo, do

segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”, concluindo que o postulado da proteção da confiança é exigível perante qualquer ato de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial (CANOTILHO, 20--?, p. 256).

⁵⁴ “Vale dizer, o particular ou suposta vítima, é que se presume veraz na afirmação do nexos. As presunções de legitimidade e de veracidade, nessa situação, têm de vir em defesa das vítimas (atuais ou futuras) das condutas lesivas do Poder Público ou de seus delegados” (FREITAS, 2012, p. 278-279).

⁵⁵ O Estado poderá excluir a sua responsabilidade quando ocorrerem determinadas situações, que retiram o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano. São elas: força maior, caso fortuito, estado de necessidade e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Estado, e esta conduta lesa bem jurídico garantido de terceiro, Celso Antônio Bandeira de Mello dispensa qualquer outra indagação, por despicienda, invocando o princípio da isonomia, ou da igualdade, inerente ao Estado de Direito. Condição que, para Carvalho Filho (2014, p. 557), tem seus fundamentos na justiça social, de maneira a atenuar as dificuldades que o administrado teria que suportar em decorrência de um prejuízo sofrido por condutas de agentes do estado. Ainda de acordo com Carvalho Filho, constitui-se fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos, já que “o Estado, ao ser condenado a reparar prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais” (2014, p. 557).

Para todos os outros casos em que venha o Estado a ser responsabilizado, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta há que se proceder na apuração da culpa, portanto, responsabilidade subjetiva. Justifica tal posição ao argumento, já visto, de que se o Estado não agiu não pode ser ele o autor do dano. Nestes casos, em que se vislumbra uma omissão estatal, é preciso ainda, segundo o autor, verificar se o Estado estava obrigado a impedir o dano, ou seja, para Celso Antônio Bandeira de Mello “só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar o evento lesivo” (2013, p. 1029). Nestes casos, continua o eminente administrativista, a conduta lesiva omissiva do Estado é *ensejadora* do dano, não sua *causadora* (2013, p. 1026), ou no mesmo sentido, “sua omissão ou deficiência haveria sido *condição* do dano, e não *causa*” (2013, p. 1031).

A configuração da responsabilidade objetiva, segundo Carvalho Filho, demanda a concomitância de três pressupostos: a ocorrência do *fato administrativo*, o *dano* e o *nexo causal*. Quanto ao primeiro, considera como fato administrativo “qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público”. Quanto ao dano, cediço que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta o tenha provocado. Já o nexo causal, ou relação de causalidade, é o que liga o fato administrativo ao dano sofrido. E, como se trata de responsabilidade objetiva, ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido teve origem na conduta estatal, sendo irrelevante qualquer consideração sobre a existência de dolo ou culpa. Nesta quadra, para o citado autor, o mais importante, no que tange à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva da Administração, é que, “presente os devidos pressupostos, tem esta o dever de indenizar o lesado pelos danos que lhe foram causados *sem que se faça necessária a investigação sobre se a conduta administrativa foi, ou não,*

conduzida pelo elemento culpa” [destaques no original] (CARVALHO FILHO, 2014, p. 564-565).

Já quanto à natureza da responsabilidade em casos de omissão estatal, Carvalho Filho afasta completamente a hipótese de que ela venha a ser objetiva, muito embora possa se ver aqui uma contradição com sua definição de *fato administrativo*, supra transcrita, na qual incluiu também a conduta *omissiva* como ensejadora da responsabilização objetiva, desde que presentes os outros dois pressupostos. O renomado jurista (2014, 558-559) adota o entendimento de que, não obstante a responsabilização objetiva do Estado por atos lesivos ser pacífica, nos casos de sua omissão obrigatoriamente terá que ser verificada a existência da culpa. Assim, segundo o autor, a Constituição Federal de 1988, que regula a matéria no artigo 37, §6º, ao dispor que “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”, e o Código Civil em vigor, cujo artigo 43 reza que “*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo*”. A correta interpretação dos dispositivos ora mencionados, ainda segundo Carvalho Filho, é a de que não admitem a conduta omissiva⁵⁶ como ensejadora da responsabilização objetiva do Estado, restrita, então a comportamentos comissivos. *Concessa maxima venia* ao ilustre administrativista, tal interpretação não encontra agasalho na Constituição, como quer fazer crer o renomado autor. Não obstante a leitura açodada do artigo 43 do Código Civil possa, de fato, dar margem a uma interpretação restritiva da conduta estatal ensejadora de responsabilidade objetiva, limitando-a aos casos de conduta comissiva, já que o dispositivo faz menção aos “*atos dos seus agentes*”, a sua interpretação conforme a Constituição, no mínimo, desautoriza tal conclusão. É que a Constituição não restringiu as hipóteses de responsabilização objetiva do Estado pelos danos decorrentes exclusivamente de sua ação comissiva. O que a Carta da República dispõe é que *os danos causados a terceiros pelos agentes do Estado* são indenizáveis. Não é possível se extrair do dispositivo constitucional o caráter restritivo que lhe atribuiu Carvalho Filho. A conduta pode ser comissiva ou omissiva, e ambas estão aptas a causar danos, sendo, portanto lógico que possam ensejar a responsabilização do Estado. E, diga-se, responsabilidade

⁵⁶ Para Carvalho Filho, “o art. 43, do Código Civil [...] que se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, §6º, da CF” (2014, p. 572).

objetiva, pois, como visto, ao exercício de poder soberano deve corresponder igual poder de defesa do administrado. Assim, os “atos” do artigo 43 do Código Civil podem ser atos comissivos ou omissivos.

Ainda é interessante mencionar que um dos argumentos utilizados por Celso Antônio Bandeira de Mello para sustentar que a responsabilidade por atos omissivos decorre sempre de um ato ilícito do Estado, e por isso a necessidade de apuração da culpa (ver nota de rodapé nº 40), cede diante do seguinte raciocínio feito por Gandini e Salomão (2003, p. 55):

A doutrina majoritária – inclusive Bandeira de Mello – entende ser objetiva a responsabilidade decorrente do dano provocado por ato lícito do Estado. Se ato lícito está em conformidade com o Direito, ou seja, entendido como adequado, correto, bem visto pela sociedade, e, para esse, a responsabilidade é objetiva, por que para o ato ilícito omissivo não haveria também essa maior proteção ao administrado, sendo que este último é indiscutivelmente mais grave?

Esta dúvida lançada por Gandini e Salomão leva à legítima conclusão de que, em se tratando de responsabilidade estatal, especialmente em leito de proteção aos direitos fundamentais, afigura-se abusiva a segregação das condicionantes para separar as hipóteses de objetivação e subjetivação da responsabilidade estatal. O constituinte originário não quis assim, como se viu. E nem mesmo um dos mais sedutores argumentos contrários a não diferenciação da natureza da responsabilidade estatal, utilizado por Bandeira de Mello, de que “a admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses⁵⁷, o Estado estaria erigido em segurador universal” (BANDEIRA DE MELLO, C. A., 2013, p. 1031), sustenta-se quando confrontado com as várias possibilidades de defesa disponíveis, aptas, em caso de se apresentarem suficientes, a afastar a responsabilização. É como argumentam João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão (2003, p. 54):

Em todos os casos em que o Estado é chamado a ressarcir prejuízos decorrentes de conduta omissiva, bem assim nas comissivas, poderá ele defender-se demonstrando a presença de quaisquer das circunstâncias excludentes de responsabilidade. Poderá, ainda, demonstrar o dano não ser especial nem anormal ou não ter o dever de agir. Com este largo espectro de defesas, conclui-se que, mesmo se aplicando, em todos os casos, a teoria do risco administrativo e, portanto, a responsabilidade objetiva, o Estado não estará sendo erigido à condição de segurador universal. Ademais, se o Estado se omite no seu dever de agir conforme os padrões médios de exigência da população, assim causando lesões ao patrimônio das pessoas, melhor seria mesmo ser erigido a tal condição. Não é esse, contudo, o caso.

Neste particular aspecto, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, Juarez

⁵⁷ Sobre isso afirma Bandeira de Mello: “Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que ‘o serviço não funcionou’” (BANDEIRA DE MELLO, C. A., 2013, p. 1031).

Freitas rechaça a condição de segurador universal do Estado, mas ressalva ser “insuportável vê-lo cronicamente omissor e descumpridor dos seus precípuos deveres defensivos ou prestacionais”, razão pela qual “independe de culpa ou dolo a configuração do nexo causal, na leitura do art. 37, § 6º, da CF, toda vez que a ação ou a inoperância do Estado prejudicar, por excesso ou falta de precaução, o âmago dos direitos fundamentais” (2006, p. 8).

Freitas (2012, p. 278) preconiza, ainda, que “a responsabilidade do Estado é una”, e que da leitura sistemática do nosso modelo constitucional, fica afirmada “a presunção *juris tantum* do nexo de causalidade, viáveis as excludentes, tanto em relação às condutas comissivas como no atinente às omissivas”. Presunção esta, segundo o jurista, que “nasce da causalidade da Constituição e do seu reconhecimento da vulnerabilidade presumida das possíveis vítimas do descumprimento dos deveres de sustentabilidade multidimensional”. E conclui:

Ora bem, se a responsabilidade do Estado pode ser traduzida como obrigação de evitar, reparar ou compensar, independentemente de culpa ou dolo do agente, os danos materiais e imateriais, individuais ou coletivos, causados a terceiros (não necessariamente usuários de serviços públicos), por ação ou omissão desproporcional, não faz sentido separar regimes para condutas omissivas e comissivas.

E parece que o legislador infraconstitucional quis mesmo assim, especialmente em matéria ambiental. A leitura conjunta do artigo 3º, IV, e artigo 14, §1º, ambos da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA), recepcionada pela Constituição de 1988, não deixa nenhuma margem para interpretações divergentes quanto à natureza objetiva da responsabilidade estatal em matéria ambiental, mesmo quando decorrentes de sua omissão, ainda que respeitadas, como devem ser, as opiniões em sentido oposto. Pois o artigo 3º, IV, da PNMA, define como *poluidor* “a pessoa física ou jurídica, *de direito público* ou privado, responsável, *direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental” (destacamos), e o artigo 14, §1º, do mesmo diploma, diz que “*o não cumprimento das medidas necessárias* à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental” fará com que “o *poluidor* [fique] obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (destacamos). Ora, a carga semântica da expressão “*o não cumprimento de medidas necessárias*” leva o intérprete para o campo da *omissão*, muito mais do que da *ação* do agente estatal, muito embora não a exclua. *Não cumprir medidas* para preservar ou corrigir, é um *não agir*, ou seja, *é se omitir*.

Por fim, interessa mencionar que a direção para onde caminha o instituto da responsabilidade civil, como nos parece correto no caso da responsabilidade estatal, aponta para a socialização dos riscos, naquela que já é conhecida como *teoria do risco social*. Por ela, segundo informa Carvalho Filho (2014, p. 557) “o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos – sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido”⁵⁸. Em outras palavras, “a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido. [...] O dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 166).

Com base em tudo quanto até aqui se viu, notadamente quanto à natureza difusa do bem ambiental e os efeitos transindividuais que os danos a ele impostos causam, esta socialização da responsabilidade como efeito da sua natureza objetiva, coaduna-se com elevado grau de acerto para a matéria ambiental, mas não só. Pois, antes de ser considerado um ônus excessivo ao erário, potencialmente causador de insegurança jurídica, o caráter generalizador da reparação do dano pode exercer um efeito pedagógico sobre a sociedade. O Estado e a sociedade são uma coisa só. O Estado, como pessoa moral, não preexiste à sociedade, nem tem existência autônoma em relação a ela, que o forma e o conforma. Como visto mais cedo, o Estado-poder existe como organização jurídica do Estado-sociedade; o Estado-poder se justifica em função do Estado-sociedade. Portanto, se o Estado-poder causa danos a terceiros, ele o faz enquanto representante do Estado-sociedade, de quem detém mandato para agir. Logo, é legítimo que a sociedade arque com o ônus, de maneira coletiva, do dano que ela própria causou, ainda que como mandatária, já que, *a contrario sensu*, ela, sociedade também é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais, conforme vimos mais cedo.

⁵⁸ Carvalho Filho não concorda com tal encaminhamento, já que para ele a referida *teoria do risco social* representa um mero aspecto da *teoria do risco integral*, cujo caráter genérico da responsabilidade, segundo ele, “poderia provocar grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes” (2014, p. 557).

3 RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO

Dentro da questão da responsabilidade estatal por omissão, o subcapítulo 3.1 trabalha a insuficiência de proteção, enquanto insuficiência de ação da Administração, como indutora da natureza objetiva da responsabilidade omissiva do Estado, e a sua vinculação ao princípio da proporcionalidade.

Os aspectos doutrinários e legais relativos à responsabilidade estatal objetiva por omissão são tratados no subcapítulo 3.2, no qual se discute em que circunstâncias a omissão é causa de responsabilidade, e em quais posições o Estado se compromete em face de sua inércia.

Nos subcapítulos 3.3 e 3.4 apresentam-se os tipos de omissão e a distinção feita pela doutrina a fim de caracterizar sua antijuridicidade para efeito de responsabilização do Estado, em que discussão sobre a presença da culpa tem papel relevante.

3.1 A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO COMO LEGITIMADORA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL OBJETIVA

A questão da objetivação da responsabilidade do Estado em face de sua omissão, ao menos em matéria ambiental [tema desta pesquisa], tem estreita relação com o conceito de justiça ambiental, a qual “implica um acesso igualitário aos recursos naturais e à qualidade ambiental”, sendo que seu marco normativo

objetiva reforçar a relação entre *direitos* e *deveres* ambientais, objetivando uma redistribuição de bens sociais e ambientais que possa rumar para uma equalização de direitos entre ricos e pobres – e entre os países do Norte e países do Sul na ordem internacional –, sendo que todos são, em maior ou menor medida, reféns das condições ambientais. O direito fundamental ao ambiente carrega consigo, portanto, uma dimensão democrática e redistributiva. A consagração do ambiente como um bem comum a todos (caput do art. 225 da Lei Fundamental brasileira) estabelece, de certa forma, o acesso de todos de forma igualitária ao desfrute de uma qualidade de vida compatível com o pleno desenvolvimento da sua personalidade e dignidade, considerando ainda que tal determinação constitucional também alcança os interesses das futuras gerações humanas (FENSTERSEIFER, 2010, p. 84).

E assim é porque a omissão do Estado diante do seu dever de tutelar o meio ambiente, consoante disposição do multicitado artigo 225, da Constituição Federal de 1988, implica não só a inconstitucionalidade material direta pelos danos aos bens ambientais afetados, mas também pelos danos reflexos que sua omissão causa às populações diretamente atingidas, como é o caso dos segmentos mais pobres, sempre vulneráveis à vedação fática de

acesso aos direitos sociais básicos [como saúde, saneamento básico, habitação decente, etc.], condição que, como visto, acaba sendo portadora de mais degradação ambiental.

Neste contexto,

A ideia de *justiça ambiental* [...] é fundamental para justificar a responsabilidade do Estado de indenizar e atender aos direitos fundamentais das pessoas atingidas pelos desastres ambientais decorrentes dos efeitos das mudanças climáticas, já que, na maioria das vezes, as pessoas mais expostas a tais fenômenos climáticos (enchentes, desabamentos de terra, secas, etc.) serão aquelas integrantes do grupo mais pobre e marginalizado da população, as quais, após a ocorrência do episódio climático, terão perdido o pouco que possuíam (casa, bens materiais indispensáveis à sobrevivência, etc.) e não terão condições econômicas de acessar os bens sociais necessários a uma vida digna (FENSTERSEIFER, 2010, p. 86).

Mas, não só fenômenos climáticos extremos são responsáveis pela exposição de grupos menos privilegiados aos seus efeitos, senão que todos aqueles decorrentes da ausência ou precariedade [inadequação] da infraestrutura de serviços básicos, especialmente de saneamento, dado o potencial devastador que [sua ausência] carrega, como visto detalhadamente nos subcapítulos 1.2 e 1.3.

Claro está que a omissão do Estado em promover a justiça ambiental nos moldes ora vistos, quando falha em seu dever de tutelar os direitos fundamentais e a dignidade mínima [mínimo existencial socioambiental] de tais grupos, redundando em ... *injustiça ambiental*, ensejando sua responsabilização em face da insuficiência de proteção, quando guarde relação causal, mesmo que indireta (FENSTERSEIFER, 2010, p. 87), com os danos que estas pessoas venham a sofrer.

Esta insuficiência de proteção, consubstanciada na *insuficiência da ação* do Estado no cumprimento de seu dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente (art. 225, *caput*, CF/88), de garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, CF/88), e que tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, III, CF/88), não atinge apenas os direitos fundamentais, como tratados até aqui. Na verdade, sendo condição de sua realização, a insuficiência material (em fornecer os meios) da ação estatal fere o substrato anterior necessário à própria concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido colabora o entendimento de Mônica Spezia Justen (apud ARAGÃO, 2013, p. 506) quando trata do aspecto da solidariedade dos serviços públicos – e o saneamento básico é o serviço público por excelência, dado seu poder de uniformização social – destacando que, por seu intermédio, “se recupera um aspecto da relevância dos serviços públicos para construção de uma solidariedade social e de uma coesão social”. Ou, como sintetiza Aragão (2013, p. 507), “os

serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados”. Para Fensterseifer (2010, p. 103), “pode-se dizer, inclusive, que tais condições materiais elementares constituem-se de premissas ao próprio exercício dos demais direitos (fundamentais ou não), resultando, em razão da sua essencialidade ao quadro existencial humano, em um direito a ter e exercer os demais direitos”. E continua (2010, p. 105):

Tais prestações materiais indispensáveis a uma vida digna (mínimo existencial social e ecológico) tomam a forma normativa de um direito fundamental originário (definitivo), identificável à luz do caso concreto e passível de ser postulado perante o Poder Judiciário, independentemente de intermediação legislativa da norma constitucional e da viabilidade orçamentária, a confirmar a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais.

Para Juarez Freitas a não observância, pelo Estado, do seu dever de cuidado antecipado com o meio ambiente, “configura omissão antijurídica, a qual, à semelhança do que sucede com a ausência da prevenção exigível, tem o condão de gerar dano (material e/ou moral) injusto e, portanto, indenizável” (2006, p. 1), já que “o Estado Democrático tem o dever incontornável de agir preventivamente” (2006, p. 2).

Esta questão da insuficiência de proteção como ensejadora da responsabilidade objetiva do Estado, ausentes as excludentes de rigor, está intrinsecamente vinculada ao princípio da proporcionalidade⁵⁹, cuja utilização tem tido grande importância “como instrumento de controle dos atos do Poder Público” (ÁVILA, 2007, p. 160). Sua aplicação, contudo, não pode se dar de forma irrestrita, já que depende de elementos sem os quais não pode ser validada, quais sejam um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles, considerado o caráter trifásico do princípio (ÁVILA, 2007, p. 161). Além disso, é preciso considerar a circunstância de que o princípio exige o exame da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. Este teste para o exame da aplicação do princípio impõe indagar, com relação aos três elementos citados [destaques no original]:

Os meios devem ser adequados para atingir o fim. Mas em que consiste, precisamente, a *adequação*? Os meios escolhidos devem ser necessários dentre aqueles disponíveis. Mas o que significa ser necessário? As vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens. Mas qual o sentido de *vantagens* e relativamente ao *quê* e a *quem* elas devem ser analisadas? Enfim, os três exames

⁵⁹ Para Humberto Ávila, a *proporcionalidade* é um *postulado normativo específico*, categoria distinta de *princípio*, como usualmente tratada pela doutrina e jurisprudência. Para ele, a proporcionalidade é “um postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim” (2007, p. 161). Mas, e não obstante utilizarmos algumas lições do autor sobre esta matéria, muito embora conscientes deste critério diferenciado proposto por ele, pedimos vênias ao renomado jurista para utilizar a terminologia *princípio da proporcionalidade*, haja vista não ser objeto desta pesquisa o estudo aprofundado desta pertinente discussão por ele proposta.

envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. Sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos (ÁVILA, 2007, p. 162).

A aceitação da influência do princípio da proporcionalidade tem recebido guarida nos Tribunais pátrios, inclusive como critério para aplicação da reserva do possível: “é possível, inclusive, o controle jurisdicional das prioridades do Estado na implementação de políticas públicas; ainda que possa ser legítimo, em face da reserva do possível, o estabelecimento de critérios de prioridades, a concretização desses critérios deve atender ao princípio da proporcionalidade”. E ainda que admita a influência da reserva do possível como inibidora da realização de todos os direitos fundamentais, indistintamente e ao mesmo tempo, o julgado admite que “de fato, a reserva do possível, como cláusula restritiva aos direitos fundamentais, não significa a ineficácia ou não-aplicabilidade imediata do direito, mas apenas a necessidade de atendimento ao princípio da proporcionalidade”, juízo que está em consonância com a tese defendida ao longo do estudo. Merece destaque a escorreita técnica aplicada pelo autor da ACP, o Ministério Público Federal, que expressamente submeteu a questão *sub judice* ao teste da proporcionalidade, cuja importância autoriza sua transcrição, *in verbis* [destacou-se]:

sendo o saneamento uma questão primordial para que os cidadãos tenham uma qualidade de vida, representando o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a adoção de medidas concretas para a sua implementação se revela como adequada (apta a atingir os fins pretendidos, que, no caso, são, em última análise, o bem-estar da população), necessária (não há outro meio para a implementação do saneamento, senão através da disponibilização de recursos financeiros, técnicos e operacionais por parte da União e da FUNASA) e proporcional (o ônus imposto é desprezível em relação aos inúmeros benefícios trazidos à vida da população dos Municípios, em termos de saúde, econômicos etc.) quando confrontada com o interesse fiscal do Estado.⁶⁰

Ao tratar da matéria, Freitas (2006, p. 7-8) considera as características supra mencionadas, nos três exames de Ávila, como *subprincípios*, que devem confluir como condição para a aprovação do teste da proporcionalidade, e que são por ele assim descritos:

- a) *O subprincípio da adequação entre meios e fins (Geeignetheit)*: tal diretriz exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador ou pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo. Guardando parcial simetria com o

⁶⁰ TRF4. Apelação/Reexame Necessário Nº 2006.71.00.036348-6/RS. 3ª Turma. Relator: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ. Julgado em 17 de novembro de 2009.

princípio da proibição de excesso (*Übermassverbotes*), a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados (*Zielkonformität*), mas, também, apta a realizá-los (*Zwecktauglichkeit*). Igualmente se mostra inadequada a insuficiência ou a omissão antijurídica causadora de danos;

- b) *O subprincípio da necessidade (Erforderlichkeit)*: o que esse subprincípio impõe não é tanto a necessidade dos fins, porém a inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público. Quando há muitas alternativas, o Estado, na tomada das medidas de precaução, deve optar em favor daquela que afetar o menos possível os interesses e as liberdades em jogo; e
- c) *O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*: a cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, contudo desproporcionais em relação ao custo/benefício. Sem incorrer em simplificador e ingênuo cálculo utilitário ou mera análise econômica, a proporcionalidade em sentido estrito indaga pelo “preço a pagar”, no caso da precaução. Faz a conta do lucro e da perda, ao apurar se os ônus interventivos não são desmesurados.

Defensor da natureza objetiva da responsabilidade estatal, tanto por comissão quanto por omissão, Freitas (2006, p. 7) afirma que “nas relações administrativas em geral, o exame tríplice da proporcionalidade transcende os juízos de culpa ou dolo do Poder Público”. Para ele “a argumentação com base em culpa individual ou ‘anônima’ oculta uma superação indecisa dos parâmetros subjetivistas”, pois o ponto central reside somente em saber se o nexo causal se estabeleceu, cuja formação decorre automaticamente da ausência de ação antecipada, tempestiva e eficaz do Estado, com força para evitar a ocorrência do dano.

3.2 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR OMISSÃO

Deve estar claro que o instituto da responsabilidade, ou mais precisamente a responsabilização por atos (lícitos ou ilícitos) que causem danos a alguém não prescinde de uma conduta voluntária exterior anterior, sendo certo que “não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica” (STOCO, 2004, p. 131). Esta conduta, no entanto, não precisa se constituir em um *facere* (ação), podendo ter a natureza de um *non facere* (omissão): “uma e outra conduta se situam no campo naturalístico do comportamento humano, isto é, no mundo exterior, por serem um ‘trecho da realidade’ que

o Direito submete, ulteriormente, a juízo de valor, no campo normativo” (MARQUES, 1997, p. 65). “Não se pode [...] negar a existência da omissão, do 'non agere' no mundo real. E se a inércia, ou a *non facere* foi *conditio sine qua non* da lesão a um interesse penalmente tutelado, enquadrando-se por isso numa figura típica, traduz ela uma conduta criminosa” (MARQUES, 1997, p. 77).

Destarte, nem toda a omissão é relevante para o Direito, apenas aquela apta a atingir um bem juridicamente tutelado (STOCO, 2004, p. 131), de forma que só adquire relevância jurídica e faz responsável o omitente “quando este tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25).

Com esta compreensão, conclui Cavalieri Filho (2012, p. 26) que “só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir”, ou seja, se “estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado”, visão compartilhada por Carvalho Filho (2014, p. 551), para quem, como já visto, o agente que se pretende seja responsabilizado deve ter “a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato”.

No mesmo sentido pensa José Frederico Marques (1997, p. 82), para quem “a omissão é relevante quando existe a obrigação ou dever de evitar o resultado, o que pode dar-se quando emana de um preceito legal específico, quando existe uma obrigação contratual e quando um ato precedente impõe esta obrigação”. E para os fins que se pretendem aqui, não importa que a conduta seja *propriamente* omissiva [a omissão pode consubstanciar-se no verbo da descrição típica, a indicar uma conduta moldada no *non facere*] ou *impropriamente* omissiva [a omissão é causa de um evento previsto em descrição típica de delito comissivo, enquadrando-se como *prius* e antecedente do evento] (MARQUES, 1997, p. 79-81). O que importa é a inércia do Estado.

A relevância da omissão como ensejadora da responsabilização do Estado ganha reforço com o tratamento que o Direito Criminal dá à matéria, muito embora nossa abordagem não se limite às condutas tipicamente ilícitas, senão que todas as que produzem danos. Assim o Código Penal brasileiro tratou a omissão [destaques nossos], *in verbis*:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a

quem os praticou.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Em termos de responsabilidade do Estado, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 1.030) sintetiza a questão afirmando que

se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em, ajustar-se aos padrões devidos.

Juarez Freitas (2012, p. 281) faz interessante abordagem da omissão como causa ensejadora da responsabilidade objetiva do Estado, merecendo nota que, para o eminente jurista, sendo aceitáveis abstenções lícitas e positivas, há outras “categóricamente antijurídicas e interditadas”, as quais chama de “omissões desproporcionais” [ver subcapítulo 3.4], que precisam ser combatidas como forma de dar início ao “ciclo do Estado historicamente mais produtivo e socialmente homeostático”, em uma “nova versão do Estado do bem-estar, agora em sentido multidimensional, que não se coaduna com déficits de democracia, nem com planos simplistas de austeridade pela austeridade, que só tornam mais difícil equacionar o problema das dívidas públicas”.

E talvez como forma de atenuar as críticas à aceitação da natureza objetiva da responsabilização estatal, tanto por ação quanto por omissão, Freitas (2012, p. 281-282) faz questão de esclarecer que, presentes os três requisitos da configuração da responsabilidade (nexo causal direto, ação ou omissão de agente público e dano juridicamente iníquo), dos quais emerge o dever reparatório ou compensatório, a presunção contra o Estado não é a relativa à sua *culpabilidade*, mas ao *nexo de causalidade*, incumbindo ao Poder Público o ônus da prova da sua não formação, admitindo, portanto, as excludentes⁶¹.

Importa lembrar que em se tratando de se sustentar a natureza objetiva da responsabilidade por omissão, tem papel relevante na compreensão da tese a aceitação da definição de que “a responsabilidade é sempre uma reação provocada pela infração a um

⁶¹ São excludentes do nexo causal, para Freitas: “(a) a culpa exclusiva da vítima (excludente total); (b) a culpa concorrente da vítima (excludente parcial); (c) o ato ou fato de terceiro (excludente, no geral das vezes, embora haja casos de responsabilidade civil do Estado decorrente diretamente da lei, em que pese o dano ter sido produzido por terceiros); (d) a força maior (irresistível) ou o caso fortuito (desde que não atribuível a razões internas); e (e) a impossibilidade motivada de cumprimento do dever (não basta a simples alegação de reserva do possível, por que se impõe nutrir, como regra, reservas à reserva do possível)” (2012, p. 277-278).

dever preexistente” e que “a obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta” (DIAS, 2006, p. 117-118). É quando emerge a ideia da *prevenção* como elemento inseparável da responsabilidade, porque “representa o esforço do legislador no sentido de evitar, de prevenir a infração” (DIAS, 2006, p. 119-120). O dever de prevenir tem função destacada na determinação dos casos em que a omissão se configura como causa do dano, portanto configuradora da responsabilidade estatal decorrente da inexecução de uma obrigação de agir por quem tinha o dever de atuar.

Por fim, nesta parte, importante registrar que também pelo prisma da posição estado-*fornecedor* este se credencia como parte legítima para integrar o polo devedor da responsabilização objetiva, consoante até aqui foi dito. Assim é porque a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) prevê expressamente que fornecedor é *toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolve atividade de prestação de serviços*, estes entendidos como *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração*⁶², e que, *nesta condição, responde, independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores *por defeitos relativos à prestação dos serviços*, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos⁶³. E completa o *codex* consumerista estabelecendo a obrigatoriedade de *os órgãos públicos*, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, *fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*, ficando obrigados a reparar os lesados em caso de descumprimento de tal preceito⁶⁴.

⁶² BRASIL. Lei Nº 8.078/90. “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

⁶³ BRASIL. Lei Nº 8.078/90. “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (Destacamos).

⁶⁴ BRASIL. Lei Nº 8.078/90. “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”.

Nada obstante, segundo parte da doutrina, sendo expoente representante a doutra Cláudia Lima Marques, não é todo o serviço público que está sujeito à incidência das normas do CDC, mas apenas aqueles serviços pagos, ou, como afirma a doutrinadora, citando o §2º, do artigo 3º, do CDC, os prestados *mediante remuneração*. Diz a citada autora que “em interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista pelo CDC” (MARQUES, 2006, p. 564). Não nos parece, contudo, que tal entendimento deva ser recebido com pacífica aceitação, pois os serviços prestados pelo Estado como contrapartida ao pagamento de tributos, ainda que não sejam vinculados diretamente ao “preço” cobrado [como seria o caso da educação, da saúde e da segurança, fundamentalmente], são sempre prestados “mediante remuneração”, na exata dicção do artigo 2º, do CDC. E é na própria argumentação da eminente Cláudia Lima Marques que encontramos o germen que torna a questão polêmica. Afirma a autora (2006, p. 394) que a fórmula adotada pelo legislador para incluir todos os serviços de consumo foi a expressão “mediante remuneração”, abandonando, destarte, a tradicional classificação de contratos *gratuitos* e *onerosos*, optando, então, por *remunerados* e *não remunerados*, diante da qual pondera que

Parece-me que a opção pelo termo “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos), ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. O termo “remuneração” permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo. [Aspas no original]

Neste sentido, e muito embora a medida dos serviços públicos aos quais está obrigado o Estado, especialmente aqueles de natureza universal como a segurança pública (art. 144, CF/88), a saúde (art. 196, CF/88), a educação (art. 205, CF/88), e a seguridade social (art. 195, CF/88), seja impossível de quantificar, já que não se pode dizer o quanto o Estado entrega a cada cidadão, individualmente, de cada um destes serviços, todos são financiados “por toda a sociedade, de forma direta e indireta” (art. 195, CF/88), com a “receita resultante de impostos” (art. 212, CF/88). Daí porque se discorda também de Bernardo Ribeiro de Moraes (2000, p. 307), para quem “existem serviços que o Estado deseja prestar gratuitamente a todos” e “outros, ao contrário, [presta] onerosamente, seja exigindo parte do total das despesas ou o total despendido”. Afirma o tributarista que

[...] o Estado escolhe o instrumento adequado: se não elabora lei criando obrigações, a atividade estatal será gratuita; se decreta imposto, a atividade estatal será custeada pelos contribuintes desta espécie tributária; se institui taxa, a atividade estatal será custeada por outro grupo de contribuintes, exclusivamente ligados à respectiva atividade estatal; se escolhe o preço público, o custeio da atividade estatal deixa de ser compulsório. A opção é política, estando às vezes, tal opção, estampada na Constituição (conceito de taxa, de contribuição de melhoria, de intervenção na economia Etc.), caso em que a norma constitucional já indica o caminho (instrumento) a ser obrigatoriamente escolhido.

Mas, não há serviço público gratuito. O Estado se financia, como visto, com os recursos recolhidos dos pagadores de tributos e preços públicos, sendo irrelevante que alguns serviços sejam vinculados [como nos casos das taxas] e outros não [como nos casos dos impostos]. Ou seja, o Estado *sempre* é remunerado pela sociedade para que preste indistintamente os serviços pelos quais está constitucionalmente obrigado⁶⁵. Quer dizer, os cidadãos recebem [ou deveriam receber] serviços pelos quais pagaram diretamente [v.g. art. 145, II, CF/88], ou indiretamente [v.g. art. 153, III, §2º, I, CF/88], neste caso caracterizando o que Marques chama de sinalagma escondido, relação que é especialmente verdadeira no caso de “serviços públicos gratuitos” [v.g. art. 5º, LXXVI; art. 17, §3º; e art. 208, §1º; todos da CF/88] e “universais” [v.g. art. 194, I; 196; 208, II; 211, §4º; 212, §3º; 214, II; todos da CF/88].

Sendo polêmica a matéria, faz-se o registro para discussões futuras, sendo suficiente, para o nosso estudo, a caracterização pacífica quanto à natureza de serviço público remunerado atribuída ao saneamento básico, financiado mediante *taxa*, já que lhe corresponde um serviço específico (vinculado) e divisível, posto à disposição do cidadão (art. 145, II, CF/88; arts. 77 e 79, ambos do Código Tributário Nacional - CTN). Portanto, ao menos quanto ao saneamento, pacífica a aplicação do CDC à relação Estado-fornecedor e contribuinte-consumidor, da qual exsurge, segundo nosso entendimento, a natureza objetiva da responsabilidade do Estado pela prestação do serviço, seja em decorrência de sua ação ou omissão.

Neste contexto em que se demonstrou simpatia pela corrente doutrinária que aceita a omissão estatal como causa adequada da responsabilidade objetiva do Estado, cabe, ainda, analisar a discussão travada entre doutrinadores a respeito do tipo de omissão apta a gerar a responsabilização objetiva, sendo certo que há, no mínimo, três categorias de omissão: a genérica, a específica e a desproporcional.

⁶⁵ Ver subcapítulo 2.4, quando se sustentou que cidadão e Estado contratam entre si, em obrigação de natureza sinalagmática, pela qual o cidadão paga um preço ao Estado, na forma de tributos, para que este lhe entregue os serviços prometidos.

Antes disso, porém, importa destacar que, conforme o magistério de Cavalieri Filho (2012, p. 267),

o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa) [...]. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva. [*omissis* nossos].

Nesta quadra, em que a culpa deixa de ser elemento determinante, é que se levanta a discussão quanto ao(s) tipo(s) de omissão(ões) apta(s) a ensejar a responsabilidade objetiva do Estado.

3.3 OMISSÕES GENÉRICA E ESPECÍFICA

Cavalieri Filho (2012, p. 268) ensina que a omissão genérica tem lugar “nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre com o resultado”. Nestes casos, ainda segundo o administrativista (2012, p. 269), “a inação do Estado, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, razão pela qual deve o *lesado* provar que a falta de serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido”. E continua (2012, p. 286):

A administração Pública só poderá vir a ser responsabilizada por esses danos se ficar provado que, por sua *omissão genérica* ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis, ou de tomar providências que lhe seriam possíveis. Pela *omissão genérica* a responsabilidade do Estado deve ser considerada dentro de suas possibilidades de atendimento. Ele passa a ser responsável quando, tendo condições de prestar um serviço, não o faz. Deve-se ter em conta, entretanto, que o *grau de previsibilidade* do Estado (limite da culpa) é muito maior do que o do particular, pois ele tem (ou deve ter) a estrutura necessária para prevenir e reprimir o ilícito. [destaques no original].

Trata-se, portanto, das hipóteses de ausência do serviço ou a sua prestação defeituosa, no que a doutrina chama de *faute du service* [o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente], quando, então, a responsabilidade estatal é determinada pela teoria da culpa anônima ou da falta do serviço, quer dizer, responsabilidade subjetiva. Cavalieri Filho traz como exemplos de omissão genérica (2012, p. 268): negligência na segurança de balneário público – mergulho em lugar perigoso, conseqüente tetraplegia; o

infortúnio ocorreu quando a vítima, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível (REsp. 418.713-SP); queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4.846/2008, TJRJ); estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei – *faute du service public* caracterizada; a omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos e idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão (REsp. 409.203/RS); poste de ferro com um sinal de trânsito cai sobre idosa no calçadão de Ipanema – a base de metal que sustentava o sinal estava bastante enferrujada e acabou quebrando com o apoio da idosa (*Globo*, 12/7/2010). Refere o autor que a reportagem percorreu os nove quilômetros da Praia da Barra, no estado do Rio de Janeiro, constatando que cerca de 40 postes de iluminação pública estavam com sua estrutura comprometida pela corrosão causada pela maresia, o que caracterizava a omissão genérica do serviço de conservação da prefeitura.

Com a mesma compreensão, de que eventos caracterizados como resultantes de omissões genéricas da Administração requerem, para configuração da responsabilidade, a demonstração da culpa do(s) agente(s) estatal(is), Carvalho Filho (2014, p. 573-574), conquanto admita não haver dúvidas de que o Estado é omissor no cumprimento de vários de seus deveres genéricos (há carências na educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim todos os direitos sociais previstos no artigo 6º, da CF), entende que a solução “não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica”. Para o autor, “o atendimento dessas demandas, reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes [ou conta, mas investe mal]”⁶⁶. Para Carvalho Filho, “tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes”⁶⁷, posição que aceita a indevida separação do agir estatal da ação de seus

⁶⁶ Contrariando este entendimento, consoante exposto no subcapítulo 3.1, se o Estado conta com recursos e os investe mal, não deve ser esta “escolha errada” uma excludente para se eximir a Administração de sua responsabilidade, haja vista que as escolhas – políticas ou administrativas – têm consequências das quais não pode o agente se furtar, especialmente com base em argumento que escamoteia a ineficiência administrativa (sabendo-se que a eficiência é princípio constitucional de observância vinculativa para a Administração, consoante artigo 37, CF).

⁶⁷ A nosso ver, a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos deve estar sempre presente, e não apenas no âmbito político, mas civil e criminalmente. Pois, não bastará, como não basta hoje, a responsabilização da pessoa jurídica estatal, sendo imperioso que se vá mais além, individualizando a punição

agentes. Neste ponto, releva enfatizar o que já se disse mais cedo, pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando que o que o agente [do Estado] quis, entende-se que assim quis o Estado; o que o agente [do Estado] fez, assim fez o Estado, de modo que não se considera que tão só o agente agiu conforme ou desconforme com o direito, mas considera-se, isto sim, que o Estado agiu [ou deixou de agir] bem ou mal: “não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade” (BANDEIRA DE MELLO, C. A., 2013, p. 1024). Não faz sentido, como parece querer Carvalho Filho, separar as escolhas políticas que fazem os agentes do Estado do resultado que tais escolhas produzem no mundo real, já que um não existe sem o outro, como já enfatizado. Neste passo, como ensina Celso Bandeira de Mello, “acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público” (2013, p. 1026).

Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 267), citando o magistério de Guilherme Couto de Castro, sustenta “não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo⁶⁸. Assim o será quando se tratar de omissão genérica, mas não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir”.

A diferença é bastante significativa, já que quando for caso de omissão específica,

nas pessoas físicas dos seus agentes. E não se está falando na apuração de culpa pela via regressiva, mas na objetivação da conduta dos causadores dos danos. Ora, o Estado não age por si, mas sempre pela vontade de quem detém o poder de movimentá-lo. Logo, o agir da Administração é sempre o agir de alguém, devendo sobre este alguém incidir *pari passu* a responsabilidade pelos atos lesivos eventualmente imputados ao ente público. Outro ponto de fundamental importância é a garantia de realização das pretensões que requerem a tutela jurisdicional. Quer dizer, meios que viabilizem o cumprimento das decisões judiciais e, logo, sua eficácia, sendo esta uma das mais evidentes fragilidades do sistema processual atual na efetivação da responsabilização do infrator em se tratando de interesses difusos. E também por este aspecto finalístico da responsabilidade é que se entende seja necessário evoluir para a adoção de procedimentos judiciais que operem *in personam*, rompendo o véu protetor da despersonalização da conduta lesiva. Esta nova abordagem, notadamente com relação à conduta dos agentes públicos, assenta raízes no sistema do *common law* inglês, especialmente no princípio que não distinguia o Direito Público do Direito Privado, permitindo um entrelaçamento do necessário respeito às decisões judiciais com o respeito pelo direito alheio, concretizado por meio de ordens judiciais (*injunctons*), cuja coercibilidade repousa justamente no seu caráter personalíssimo (LUNELLI, 2012, p. 155). É o caso, entre nós, das astreintes.

⁶⁸ Segundo Cavalieri, ilustres juristas entendem que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo, entre eles: Hely Lopes Meirelles: “O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público” (*Direito Administrativo brasileiro*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 630 – grifamos); Yussef Said Cahali: “Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordam todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento *comissivo* ou *omissivo* da Administração Pública e o evento danoso verificado com consequência [...]” (*Responsabilidade civil do Estado*, 2ª tir., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 40). No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 190) e Odete Medauar (*Direito Administrativo moderno*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 430), dentre outros.

segundo Cavalieri Filho, a responsabilidade, então, será objetiva. Explica o autor que haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante, e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo, casos em que a omissão estatal se erige como *causa adequada* de não se evitar o dano. Ou seja, “a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado” (2012, p. 268). São exemplos de omissão específica, segundo Cavalieri Filho (2012, p. 268): morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58.957/2008, TJRJ); omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio [...]; com a prisão do indivíduo, assume o Estado o dever de cuidar de sua incolumidade física, quer por ato do próprio preso [suicídio], quer por ato de terceiro [agressão perpetrada por outro preso]; assim, ante a rebelião que eclodiu no pavilhão 9, da Casa de Detenção, tinha o Estado o dever de proteger a incolumidade física dos presos e dos próprios revoltosos, uns dos atos dos outros; sua intervenção no episódio era, portanto, de rigor; e ocorrendo ofensa à integridade física e morte do detento, é seu dever arcar com a indenização correspondente (AI 299.125, Rel. Min. Celso de Mello); suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar (REsp. 494.206/MG); paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte (Ap. Civ. 35.985/2008, TJRJ); acidente com aluno nas dependências de escola pública – a pequena vítima veio a morrer afogada no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal (Ap. Civ. 3.611/1999, TJRJ).

Cavalieri Filho (2012, p. 268) sintetiza a questão dizendo que “a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda”. Carvalho Filho, muito embora defenda que nos casos de omissão do Estado a culpa deverá estar sempre presente para ensejar sua responsabilização⁶⁹, tangencia o conceito de omissão específica, mesmo que argumente com a presença do elemento culpa, pois, para ele haverá casos em que “mesmo quando presentes os elementos da responsabilidade subjetiva, estarão fatalmente presentes os elementos da responsabilidade objetiva, por ser esta mais abrangente que aquela” (2014, p. 572). É o caso,

⁶⁹ “Na verdade, nenhuma novidade existe nesse tipo de responsabilidade. Quer-nos parecer, assim, que o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, mas, quando se tratar de conduta omissiva, estará ele na posição comum de todos, vale dizer, sua responsabilização se dará por culpa” (CARVALHO FILHO, 2014, P. 572).

por exemplo, do descumprimento, ou retardamento, de ordem judicial pela Administração, hipótese em que o lesado tem direito a ser indenizado pela conduta omissiva da Administração. Assim será também, ainda segundo Carvalho Filho, quando o Estado se omitir diante de advertência quanto à possibilidade de ocorrência de fato causador de danos, sendo certo que sua conduta diligente poderia ter impedido a sua ocorrência. “Aqui a responsabilidade do estado por omissão é concreta, não podendo fugir à obrigação de reparar os danos” (2014, p. 573). Cita como exemplo o da professora que tendo recebido reiteradas ameaças de aluno as reportou à direção da escola, que, no entanto se omitiu, vindo a se consumir as agressões, caso em que tem o Poder Público responsabilidade por sua omissão. Este tipo de culpa, que para Carvalho Filho deve estar sempre presente em casos de omissão administrativa, para nosso estudo poderia ser chamada de *culpa evidente*, cuja ostensividade dispensaria a análise da culpa *strictu sensu*, já que contém os mesmos elementos da *omissão específica* de Cavalieri Filho, tratando-se mais de diferenças terminológicas do que propriamente divergências conceituais.

Julgado da Corte de Apelação paulista⁷⁰ traz exemplo do reconhecimento da responsabilidade estatal objetiva por omissão que em tudo se enquadra na definição de omissão específica (Cavalieri Filho), ou no que aqui se chamou de culpa evidente [embora a omissão do agente seja provada, a prova seria dispensável diante da evidência do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano resultante]. O caso interessa também pela demonstração da irresponsabilidade da Administração no controle da ocupação territorial, omissão que caracteristicamente afeta milhares de pessoas país afora, não sendo raros os casos de tragédias urbanas decorrentes de catástrofes ambientais pela ocupação indevida e descontrolada do território. No caso, tratou-se de ação de indenização por danos materiais proposta pelos autores em face da Prefeitura Municipal de Monte Alto, SP, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais pelo imóvel destruído em razão de desmoronamento de terra causado por omissão da ré. O deslizamento de terra, conforme a decisão da Corte paulista, caracterizou a responsabilidade da Prefeitura “por omissão no seu dever de fiscalizar a ocupação do solo e de adotar medidas impeditivas do desastre verificado. [...] A aprovação da implantação de loteamento, sem a verificação das condições de segurança do local, por si só, já evidencia a culpa da administração”. O Tribunal fixou a responsabilidade do Município pela não observância do disposto no artigo 30, VIII, da CF/88 (“art. 30. Compete aos Municípios: [...] VIII - promover, no que couber, adequado

⁷⁰ TJSP. Apelação/Reexame Necessário nº 0000610-53.2008.8.26.0368 - Monte Alto. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Manoel Ribeiro. Julgado em 29 de outubro de 2014.

ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;”), constatando que “a Administração Pública não fora diligente na fiscalização da área, tampouco observou os aspectos geológicos da região antes de promover a (autorização para) ocupação do espaço, descumprindo os requisitos técnicos legais”, caracterizando a omissão que “gerou o nexo de causalidade entre a falta de cautela do Poder Público ao aprovar o loteamento diante do risco de erosão e os danos gerados à autora”.

3.4 OMISSÃO DESPROPORCIONAL

Há ainda outra categoria de omissão estatal, trabalhada por Juarez Freitas, que, por sua configuração, acaba por abarcar as categorias anteriores. Trata-se do que o jurista chama de *omissão desproporcional*, caracterizada por ensejar “violações sistêmicas”, não raro inconstitucionais, devendo, por isso, serem proclamadas com os respectivos efeitos (2012, p. 280). Já se viu anteriormente [subcapítulo 2.4] que Freitas repudia a separação dos regimes para condutas comissivas e omissivas, pois defende que a responsabilidade do Estado é una, e que da leitura sistemática do nosso modelo constitucional fica afirmada “a presunção *juris tantum* do nexo de causalidade, viáveis as excludentes, tanto em relação às condutas comissivas como no atinente às omissivas” (2012, p. 278). Ou seja, não há que se falar em omissão genérica ou específica. Há simplesmente *omissão* da Administração, e ela será antijurídica quando ultrapassar os limites de abstenção que a Constituição traçou para o Estado, caracterizando o que o autor chama de *arbitrariedade por omissão* (2012, p. 280). Deve estar claro, contudo, que tal posição não dispensa a presença dos requisitos essenciais à verificação da responsabilidade, quais sejam o nexo causal direto [primeiro requisito] entre a ação ou omissão do agente público [segundo requisito] e o dano juridicamente iníquo [terceiro requisito]. Mas, para Freitas, sempre e sempre será caso de responsabilidade objetiva, facultada à Administração, e não ao administrado, parte vulnerável, o ônus da prova da não formação do nexo causal, admitidas, claro, as excludentes de rigor, como já tratado [ver nota de rodapé nº 61].

4 A CONCRETIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL POR DANO AO AMBIENTE: CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR OMISSÃO

É possível se inferir de todo o raciocínio desenvolvido até aqui que a questão da antijuridicidade da omissão estatal está indissociavelmente vinculada à ideia da prevenção, a qual é considerada por José de Aguiar Dias como *princípio* da responsabilidade civil, tal sua fundamentalidade na defesa da ordem jurídica e na luta contra a injustiça (2006, p. 120-121).

Assim, considera-se que nos casos em que há omissão estatal na prevenção do dano ambiental, esta será sempre antijurídica, pois não é dado à Administração ignorar as hipóteses de incidência de seu dever legal de obstar a ocorrência do dano [vinculação prestacional]. O fundamento para esta posição está na compreensão de que, em matéria de responsabilidade [jurídica], “omissão é negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade. [...] Genericamente encarada, a omissão pressupõe a iniciativa” (DIAS, 2006, p. 149).

Mas este entendimento não é aceito pacificamente, como é exemplo decisão do Tribunal Federal da 5ª Região (TRF5)⁷¹ em caso de surto de cólera ocorrido no estado do Rio Grande do Norte, com efeitos graves sobre as populações atingidas. Tratou-se de Ação Civil Pública (ACP) movida pelo Ministério Público Federal (MPF) em face da União Federal, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), o Estado do Rio Grande do Norte, e os Municípios de Natal, Acari, Carnaúba dos Dantas, Cruzeta, Equador, Caicó, Jardim do Seridó, Ouro Branco, Parelhas, São Jorge do Sabugi, São José do Seridó, Santa Cruz e Serra Negra do Norte, objetivando a condenação dos réus a que: a) promovessem, através da mídia, campanha informativa onde fosse esclarecido à população sobre a gravidade do contágio, demonstrando toda a extensão do problema relativo à cólera; b) realizassem amplos investimentos em saneamento básico, tais como tratamento de água, construção de fossas e sumidouros e instalações sanitárias; e c) fossem indenizadas as famílias das vítimas acometidas pela doença, em particular as dos falecidos, nos termos do artigo 37, § 6º, da CF/88, do artigo 159 c/c o artigo 1.059, ambos do Código Civil Brasileiro. O fundamento da Corte recursal para negar provimento à ACP foi o de admitir como suficientes as provas produzidas pelos réus, demonstrando que “efetivaram as providências necessárias à profilaxia e ao combate à epidemia da cólera na medida de suas possibilidades orçamentárias e das

⁷¹ TRF5. Apelação cível nº 403993-RN. Relator: Des. Federal Geraldo Apoliano. Julgado em: 20 de maio de 2010.

disponibilidades de pessoal, cada um na sua esfera própria de atuação (federal, estadual e municipal)”, o que afastaria a alegação de que tivessem ocorrido omissões dos Poderes Públicos. Assim, concluiu o Tribunal que “para a configuração da responsabilidade dos entes públicos, necessária se faz a presença dos pressupostos: ação ou omissão estatal; a ocorrência de dano; e o nexó de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o dano, de sorte que, demonstrados tais requisitos, cabe ao Poder Público o ônus de indenizar o prejudicado”, não sendo o caso, diante da comprovação da *não omissão* estatal. Tais fundamentos são atacáveis exatamente com base no princípio da prevenção, já que indissociável da noção de responsabilidade civil, como visto. A Corte federal, *concessa maxima venia*, não observou o descumprimento, pelos entes públicos envolvidos, do dever de terem se antecipado à possibilidade de ocorrência da epidemia de cólera (ou de qualquer outra, com as mesmas causas), o que teria sido possível caso as regiões atingidas pela doença estivessem previamente dotadas de estruturas de saneamento e higiene adequadas, como era seu direito constitucionalmente garantido, e cuja ausência ou inadequação caracteriza omissão estatal. Em verdade o que fez o Tribunal foi excluir a responsabilidade dos entes envolvidos por considerar que tomaram as providências possíveis para *combater* a doença, olvidando-se, como dito, que deveriam ter agido *preventivamente* para evitá-la.

E tão central quanto a importância da prevenção na fixação da responsabilidade estatal por omissão, é a noção – já amplamente aqui discutida – de que a culpa não é elemento indissociável da ideia de prevenção (DIAS, 2006, p. 121). Para Herman Benjamin⁷², “na responsabilidade civil ambiental, regime totalmente especial, a culpa não entra pela porta da frente, tampouco pela dos fundos, ou mesmo a título de temperamento dos deveres do Estado”. Assevera o jurista e magistrado que “eventual mitigação da responsabilidade estatal repudia o aproveitamento ou contrabando eufemístico, nem por isso menos indevido, da culpa”. Assume o Ministro da Corte de Uniformização brasileira que “seja a contribuição do Estado ao dano ambiental direta ou indireta, sua responsabilização sempre observará, na linha de fator de atribuição, o critério objetivo”, e conclui:

Agir no sentido de prevenir (e, cada vez mais, se fala em precaução), mitigar o dano, cobrar sua restauração e punir exemplarmente os infratores. A responsabilização estatal decorre de omissão que desrespeita estipulação *ex vi legis*, expressa ou implícita, fazendo tábula rasa do dever legal de controle e fiscalização da degradação ambiental, prerrogativa essa em que o Estado detém quase um monopólio. Ao omitir-se contribui, mesmo que indiretamente, para a ocorrência, consolidação ou agravamento do dano. Importa ressaltar, mais uma vez, que não há porque investigar culpa ou dolo do Estado (exceto para fins de responsabilização

⁷² STJ. Recurso Especial Nº 1.071.741/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 24 de março de 2009.

pessoal do agente público), pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, que afasta o regime comum, baseado no elemento subjetivo, de responsabilização da Administração por comportamento omissivo.

Com base nesta compreensão – que, admite-se, não é a majoritária na doutrina – sugere-se o estabelecimento de critérios objetivos para aferição da responsabilidade estatal objetiva por omissão⁷³, o que certamente ajudará a adequação da tese à nova posição constitucional dos direitos fundamentais, agora imediatamente exigíveis (art. 5º, §1º, CF/88).

Neste exercício, à semelhança do teste da proporcionalidade [ver subcapítulo 3.1], deve-se verificar, à vista do caso concreto, a ocorrência de um dos seguintes critérios, os quais, frisa-se, são suficientes, isoladamente, para ensejar a responsabilização objetiva por omissão estatal, sendo certo, contudo, que a sua concomitância agrava o grau da responsabilidade: a) o direito atingido é dotado de jusfundamentalidade; b) a existência de expressa(s) hipótese(s) legal(is) de responsabilização objetiva; c) a existência de um dever contratual de agir; d) a existência de um ato precedente do Estado indutor da conduta do administrado; e e) omissão no agir da Administração para evitar o dano, ou mitigá-lo, quando esta for a hipótese possível:

- a) *o direito atingido é dotado de jusfundamentalidade*: a jusfundamentalidade refere-se ao conceito de mínimo existencial (aqui mínimo existencial socioambiental), portanto, pertencente ao núcleo essencial de um direito (a uma prestação) autônoma e imediatamente exigível (art. 5º, §1º, CF/88), sendo que da insuficiência de proteção deste mínimo existencial emerge a natureza objetiva da responsabilidade estatal. É o caso, por exemplo, do direito à habitação decente, à saúde básica, à alimentação nutritiva, entre outros;
- b) *a existência de expressa(s) hipótese(s) legal(is) de responsabilização objetiva*: critério mais evidente e objetivo de aferição da omissão estatal pela incidência direta da norma no caso concreto (art. 37, §6º, CF), como na hipótese dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados pela atividade do agente estatal (art. 3º, IV, c/c art. 14, §1º, ambos da Lei nº 6.938/81). Por exemplo, no caso de derramamento de óleo no mar por empresa estatal (ou concessionária) exploradora de petróleo; ou de rompimento de barragem sob administração estatal (ou de concessionária), com inundação e destruição de um bairro ou mesmo de cidades inteiras;

⁷³ Registra-se que os critérios se aplicam automaticamente nos casos de responsabilidade por dano ambiental, não obstante possa ser aferida sua adequação para os demais casos de omissão praticada pelo Estado, como causa adequada de danos a outros direitos fundamentais.

- c) *a existência de um dever contratual de agir*: casos nos quais o Estado deixa de prestar de forma satisfatória os serviços pelos quais é remunerado pela sociedade, desimportando se esta remuneração é direta (v.g. mediante taxa, ou tarifa) ou indireta (v.g. mediante impostos). Exemplo específico é a cobranças de taxa, ou tarifa, de esgoto, sem a contrapartida do serviço, com danos à saúde da população atingida pela ausência, ou precariedade do serviço;
- d) *a existência de um ato precedente do Estado como indutor de conduta do administrado*: são os casos em que a Administração, em decorrência de uma ação sua antecedente, cria as condições para a ocorrência do dano, o qual, de fato, vem a se concretizar em consequência de sua omissão posterior em evitá-lo. É a hipótese, mencionada por José Frederico Marques, citando Aníbal Bruno (1997, p. 81), da incidência do princípio “de que quem cria pelo seu próprio comportamento o perigo de um resultado lesivo tem o dever jurídico de impedir que ele se produza”. Exemplo de tal comportamento lesivo é o licenciamento e posterior assentamento de famílias em área de risco, como é o caso de conjuntos habitacionais construídos sobre aterros onde existiam lixões, com elevado risco para os moradores em decorrência da concentração de gás metano no subsolo, ou vazamento de chorume, sem que a Administração atue para prevenir a ocupação e/ou evitar os danos consequentes;
- e) *omissão no agir da Administração para evitar o dano, ou mitigá-lo, quando esta for a hipótese possível*: critério de também fácil compreensão e verificação, refere-se ao cumprimento eficiente dos deveres gerais de cautela (prevenção e precaução), cuidado e vigilância, a cargo do Estado constitucional, detentor do dever legal de controle e fiscalização das atividades dos administrados e das suas próprias, pela ação ou omissão de seu agentes. Em matéria de meio ambiente os exemplos pululam, como os trazidos pela jurisprudência inserida ao longo do estudo (e também no Anexo). Assim é o caso em que a Administração concede a licença de operação a empreendimentos que não atenderam às condicionantes da licença ambiental, vindo a causar danos ambientais em decorrência de sua atividade (v.g. falta de tratamento de efluentes). Ou quando o Município permite a consolidação de ocupações irregulares em áreas de risco (v.g. encostas, lixões, beira de rodovias), ou em espaços urbanos desprovidos de infraestrutura (v.g. sem saneamento básico – coleta de esgoto), ou, ainda, quando coleta, mas não trata, o esgoto doméstico, permitindo a sua destinação *in natura* para corpos hídricos que compõe sistemas de abastecimento de água para a própria comunidade, ou comunidades, a jusante.

Deve estar claro que a verificação dos critérios ora sugeridos admite defesa, isto é, pode o Estado alegar as excludentes de rigor, as quais, na lição de Juarez Freitas (2012, p. 282), devem se referir não à culpabilidade, mas ao nexo de causalidade, já que, tratando-se de responsabilidade objetiva, não há que se falar em culpa.

Importa, também, ratificar que a omissão de que se trata aqui é a antijurídica, portanto apta a atingir um bem juridicamente tutelado, não sendo objeto de incidência da norma as omissões lícitas – melhor seria *abstenções* – e até exigíveis em face do Estado, como no caso dos direitos de defesa dos cidadãos.

CONCLUSÕES

Ao final, os resultados da pesquisa desenvolvida permitem a elaboração de um mapa da situação do país no qual se identificam algumas das principais causas da ineficiência da política de saneamento brasileira, bem como do atual estágio de compreensão sobre a responsabilidade estatal pelos danos decorrentes desta ineficiência.

Pelo lado das políticas públicas, objeto do Capítulo 1, especificamente a política federal de saneamento, constata-se que a realidade é decepcionante para um país que tem uma política pública federal formalmente estabelecida já há 7 anos, e que, muito antes dela [desde a década de 1950], outras ações foram empreendidas para atacar o problema da carência de saneamento. Isto sem se mencionar o tamanho e a ingerência do Estado brasileiro, o qual, não obstante estar formal e legalmente estruturado em ministérios, secretarias, estatais, autarquias e departamentos concebidos e dedicados à tutela da questão ambiental, tem falhado ostensivamente na sua missão constitucional de dotar o país com uma infraestrutura de saneamento adequada às necessidades da população.

Parece, sobretudo, que, não obstante a existência de uma política específica para o setor, tem faltado aos *policy-makers* governamentais a compreensão de que só obterão resultados efetivos desta política se forem respeitados o que a doutrina chama de *ciclos* ou *processo de políticas públicas*, por meio dos quais a política pública é decomposta em uma série de etapas sequenciais, sendo as mais conhecidas: identificação de um problema, formulação de soluções, tomada de decisões, implementação e avaliação. Para a situação brasileira, pode-se afirmar que o ponto de maior fragilidade esteja, hoje, na fase de avaliação das ações empreendidas como forma de medir os resultados práticos que têm produzido. E talvez esta fragilidade esteja na falta de compreensão de que a avaliação de uma política não deve ser realizada somente ao final do processo, mas em todos os momentos do seu ciclo, já que os insucessos podem ocorrer em qualquer estágio do ciclo político e não têm sua origem necessariamente no mesmo estágio.

Além deste aspecto, é forçoso reconhecer que a avaliação de políticas apresenta distorções, especialmente quando se trata de conhecer as suas reais intenções, que muitas vezes não tem a pretensão de revelar os seus efeitos, mas, ao contrário, pode ser empregada para mascarar ou esconder certos fatos que deponham contra o governo que a patrocina. Esta subjetividade faz da avaliação uma atividade inerentemente política, muito embora, se aplicada sob uma premissa racionalista [objetiva, sistemática e empírica], possa conservar seus elementos técnicos. Desta forma, consoante defende Howlett, a avaliação deve levar em

conta os limites da racionalidade e as forças políticas que a moldam, sem cair no extremo de acreditar, porém, que a natureza subjetiva das apurações políticas impede que aconteçam avaliações significativas.

A fim de neutralizar a influência excessiva deste componente político, que pode distorcer ou até mesmo impedir o avanço de uma boa política, a avaliação deve incluir a participação de todos os atores envolvidos, o que só é alcançável via mobilização social. E a razão é óbvia, já que se destinando à solução de um problema que afeta uma quantidade relevante de pessoas, importa verificar se o impacto da política equivale às expectativas dos beneficiários que pretende atingir, já que, como lembram Dias e Matos, são eles os credores de satisfação ou de prestação de contas dos *policy-makers*.

No caso da PFSB, os seus princípios orientadores estão perfeitamente alinhados com as mais modernas concepções de equacionamento desta que não é uma questão local, mas muito característica das nações em desenvolvimento. O que está desajustado é o *comprometimento político* do Estado com a solução do problema da falta de infraestrutura adequada de saneamento, sintoma que talvez decorra da falta de continuidade metodológica na avaliação e revisão dos procedimentos necessários à progressividade da política de saneamento.

A sociedade brasileira precisa participar da construção das políticas públicas, no sentido de que as pessoas precisam se sentir envolvidas e partes das soluções dos problemas que as afligem, caso contrário relegarão a construção de seus caminhos a terceiros, os quais nem sempre têm o bem comum como prioridade. No final, trata-se de escolhas que a sociedade deve fazer em relação ao futuro que quer construir.

Quanto ao ambiente legal em que se insere o tema da dissertação, a pesquisa demonstrou que a mudança mais significativa introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pós-Constituição de 1988 foi exatamente a constitucionalização do Direito em todos os seus ramos, a significar que não é mais possível interpretar, para aplicá-la, qualquer norma sem antes se fazer uma visita à Carta da República para assegurar que sua aplicação se fará *conforme a Constituição*.

Neste ambiente normativo constitucionalizado emergiu com evidência impositiva o catálogo dos direitos fundamentais, a serem considerados com precedência sobre os demais, inclusive para ordenar a ação do Estado enquanto guardião da Constituição. A força normativa da Constituição provocou relevante alteração na projeção do Estado sobre a sociedade, cujo poder houve-se conformado como consequência desta que, na lição de Canotilho, é uma das mais importantes dimensões do moderno constitucionalismo: a

limitação de poder. Limitação esta que não se restringe à ideia de ação negativa do Estado em respeito aos direitos de defesa [ou negativos] dos cidadãos, notadamente os direitos fundamentais de primeira geração. A partir da constitucionalização dos direitos o Estado se viu compelido a agir, em exercício de sua função promocional, especialmente na garantia dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações [direitos positivos], ambiente em que se desenvolveu o capítulo 2 desta dissertação.

Deve estar claro, contudo, que a ineficiência estatal na administração de políticas públicas, especialmente aquelas concebidas para a efetivação de direitos fundamentais, desgarrada da diretiva constitucional, não enseja a automática e indiscriminada responsabilização da Administração, e de seus agentes, pelos danos que vierem a causar. Mas não é que não haja responsabilidade, e tampouco que se trate de investigar a presença da culpa. O que se exige é a verificação de critérios objetivamente aferíveis a fim de constatar o dano, classificar a responsabilidade e dosar a sanção a ser aplicada ao Estado, sendo certo que não se cogita mais a hipótese de irresponsabilidade estatal, conclusão a que se chega pela análise do capítulo 3 em integração sistemática com os capítulos que o precederam.

Conclusivamente, falta ao Estado brasileiro uma consciência uniforme sobre a importância do saneamento básico como instrumento de inclusão social e desenvolvimento. De fato, os inconvenientes da falta de planejamento de longo prazo e a baixa consistência normativa da política pública de saneamento, quando submetida às visões de curto prazo que caracterizam a gestão da coisa pública, normalmente restritas à duração de um, ou dois, mandatos, resultam em prejuízo do interesse coletivo. Contribui para esta perda a falta de mobilização social como controladora da gestão pública, o que também pode ser explicado pelo ainda baixo grau de coesão da sociedade brasileira na defesa de interesses difusos, portanto de difícil quantificação e conseqüente valoração.

A falta de comprometimento dos sucessivos governos, em todos os níveis, com visões estratégicas de desenvolvimento – e lembra-se aqui que no nível que se trata nesta dissertação desenvolvimento é um conceito que pressupõe uniformidade –, compromete a concretização de direitos ligados à plenitude da realização humana em seus níveis mais básicos, como é caso emblemático o comprometimento da saúde das populações mais vulneráveis pela ausência ou precariedade de saneamento básico.

A questão, sabe-se, não é de simples equacionamento, haja vista os atavismos da sociedade brasileira, especialmente políticos e culturais, ora expostos. Há quase uma anomia social que impede a consolidação dos avanços, notadamente os que deveriam resultar dos progressos legislativos, com a conseqüente transformação da realidade. Conclui-se que nem a

sociedade brasileira, enquanto destinatária, nem o Estado, como veículo indutor, estavam preparados para as substanciais alterações propostas pela Constituição de 1988, sobretudo aquelas atinentes aos direitos fundamentais [econômicos, sociais, culturais e ambientais]. Nesta quadra, imaginando-se que o Brasil ainda se encontra no período de *vacatio* necessário para adaptação à sua novel Constituição, posto que ainda muito jovem em seus tenros 26 anos de vida, espera-se que este impasse possa ser resolvido com o tempo. Sim, porque a alternativa é substantivamente mais desoladora: a de que o país tenha concebido uma Constituição que ele próprio jamais poderá cumprir, o que fatalmente ocorrerá caso a sua leitura consolide a tendência de reservar ao Estado a função de provedor universal, a despeito da experiência histórica a demonstrar a inviabilidade de tal concepção.

Mas é preciso caminhar, e nesta construção da legitimação da norma constitucional tem importante contribuição a lição de Konrad Hesse, quando afirma que toda Constituição deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. No caso brasileiro, sendo certo que é possível se identificar uma evolução na percepção social quanto à importância do meio ambiente, cujo selo está petrificado no artigo 225, da Constituição de 1988, o Poder Judiciário assume papel relevante no estímulo daquele desenvolvimento proposto pelo mestre alemão, atuando como instrumento de efetivação normativa.

O papel reservado ao Judiciário, contudo, não deve ser confundido com o que tem sido chamado de ativismo judicial, o qual, segundo Lênio Streck, caracteriza-se como uma interferência indevida do Poder Judiciário, quando se substitui aos poderes que são do legislador e, por exemplo, acaba interferindo nas esferas dos demais Poderes e fazendo com que se fragmente o sistema. A conclusão para a qual aponta a pesquisa é que ao Judiciário, sempre circunscrito aos limites constitucionais [portanto, longe de um pan-principiologismo desprovido de normatividade], cabe o papel relevante de fazer o Estado agir, além de enquadrá-lo sancionatoriamente, quando não o fizer. Assim, sempre que se deparar, quando provocado, com casos de omissão do Estado-Administrador [proibição de insuficiência de proteção] e do Estado-Legislator [proibição de déficit] na formulação, regulação e efetivação das políticas públicas, neste caso, de saneamento, o Judiciário tem o dever constitucional de ordenar a atividade dos demais Poderes, a fim de evitar que a omissão apontada venha a “comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”, como assentou o Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, conclui-se que a responsabilização estatal por dano ambiental não mais é matéria a ser submetida à discussão, sendo pacífica sua previsão no ordenamento jurídico, assim aceita pela doutrina e unanimidade da jurisprudência. O que ainda é motivo de embate doutrinário é a natureza desta responsabilidade, especialmente no caso de conduta omissiva, sendo majoritária a corrente defensora da necessidade de apuração de culpa nos casos em que o Estado deixa de agir, ou seja, responsabilidade subjetiva. A jurisprudência, contudo, notadamente nas Cortes superiores, tem apontado para o sentido contrário, aceitando como objetiva a responsabilidade por omissão nos casos de dano ambiental causado pela não ação estatal, consoante demonstra a farta coletânea de julgados trazida a lume.

E, sendo objeto da pesquisa a investigação sobre a influência que o tratamento jurídico dado à responsabilização do Estado diante de sua omissão na efetivação da política pública de saneamento tem sobre a manutenção da atual precariedade do tratamento de esgoto no Brasil, com seus reflexos nas condições de saúde da população mais vulnerável e no desenvolvimento uniforme do país, entende-se como mais benéfica para a sociedade a consolidação daquela tendência jurisprudencial da responsabilidade estatal objetiva. Os prejuízos ao desenvolvimento, logo ao futuro, do país, a persistir esta situação de virtual estagnação do saneamento básico, justificam, como diria Canotilho, esta interpretação mais amiga ao meio ambiente. Mesmo porque, tal posicionamento não se baseia apenas em idealismo verde, mas é conclusão baseada em disposições constitucionais expressas, e em estatísticas cruéis sobre os prejuízos impostos ao país e aos seus cidadãos pela falta de estrutura sanitária adequada, como exaustivamente documentado pela pesquisa ora em conclusão.

Quanto à questão da responsabilidade por dano, a pesquisa permitiu o estabelecimento de duas premissas consideradas inafastáveis para o trato da responsabilidade estatal objetiva por omissão, quais sejam: a antijuridicidade da omissão estatal está indissociavelmente vinculada à ideia da prevenção [e em alguns casos, da precaução]; e, a culpa, não sendo elemento indissociável da ideia de prevenção, não integra a equação da responsabilidade estatal por omissão.

Ao lado destas premissas, foi possível colher dos diversos entendimentos doutrinários oferecidos pela pesquisa, bem como das teses aplicadas pelos Tribunais, e, certamente, pelas normas legais atinentes à matéria, pontos de consensos, os quais permitiram, então, a sugestão de cinco critérios objetivos para aferição da incidência da responsabilidade estatal objetiva por omissão em matéria de dano ambiental. A exemplo do teste da proporcionalidade, a ocorrência destes critérios pode ser testada por um exame de

verificação, o qual deve procurar identificar a incidência, no caso concreto, de um ou mais dos seguintes critérios: : a) o direito atingido é dotado de jusfundamentalidade; b) a existência de expressa(s) hipótese(s) legal(is) de responsabilização objetiva; c) a existência de um dever contratual de agir; d) a existência de um ato precedente do Estado indutor da conduta do administrado; e e) omissão no agir da Administração para evitar o dano, ou mitigá-lo, quando esta for a hipótese possível [ver capítulo 4].

Quanto à confirmação das hipóteses iniciais, a conclusão da pesquisa permite que se chegue, de maneira objetiva, aos seguintes resultados. A primeira hipótese [*a política pública de saneamento brasileira não está estruturada para o adequado enfrentamento da questão do esgotamento sanitário no país*] não se verificou, haja vista a demonstração de que a estrutura da PFBSB mostra-se aparelhada com instrumentos adequados ao ataque da inexistência e/ou precariedade do saneamento no território nacional. Já a segunda hipótese [*a atual estrutura de tratamento de esgoto no Brasil não é suficiente para o atendimento das necessidades da população*] confirmou-se com incômoda evidência, revelada pelos dados estatísticos trazidos no subcapítulo 1.3, os quais revelam a urgência de se aumentarem os investimentos no setor a fim de cobrir o enorme déficit existente na estrutura de saneamento no Brasil. Também com conclusão positiva, a terceira hipótese [*o arcabouço legal existente no ordenamento jurídico brasileiro está apto à persecução punitiva (Estado-Juiz) em face da omissão do Estado-Administrador (proibição de insuficiência de proteção) e do Estado-Legislator (proibição de déficit) na formulação, regulação e efetivação das políticas públicas de saneamento*] mostrou-se verdadeira, já que as dificuldades à efetivação da responsabilidade estatal por danos causados a direitos fundamentais vinculados ao meio ambiente não decorrem da insuficiência de normas, mas, sim, da falta de consensos sobre a sua incidência, fruto de uma cultura ainda incipiente sobre a matéria, e das divergências doutrinárias sobre o papel do Estado na questão ambiental. Tal conclusão resume a confirmação da quarta hipótese, síntese da pesquisa [*no contexto das hipóteses formuladas há um déficit puniendi na responsabilização do Estado-Administrador e do Estado-Legislator*], a qual, não obstante o atual cenário desfavorável, tende a evoluir para situação de maior efetividade, a depender da evolução da percepção social quanto à importância da questão para o país.

A pesquisa foi exitosa em atingir os objetivos propostos, delineando com clareza a importância do saneamento básico na garantia de adequadas condições de saúde à população (mínimo existencial socioambiental), matéria tratada no subcapítulo 1.2. Com igual sucesso, no subcapítulo 1.3, fez-se o diagnóstico da situação do esgotamento sanitário no Brasil. A identificação dos deveres do Estado como formulador, indutor e garantidor de políticas

públicas adequadas de saneamento básico, inserido no ordenamento jurídico pátrio foi adequadamente explicitada no subcapítulo 1.4 e no capítulo 2. Ao final, no capítulo 3, a pesquisa pode demonstrar e caracterizar a omissão do Estado, apontando as hipóteses de sua responsabilização objetiva no capítulo 4.

Finalmente, coalescendo os repertórios doutrinário, jurisprudencial e estatístico, conformados pelo ambiente institucional vigente, chega-se à conclusão maior de que a questão da efetivação da política pública de saneamento, assim como outras ligadas aos direitos fundamentais listados no catálogo constitucional, depende da harmonização das expectativas do Estado e da sociedade, aptas a formar consensos sobre o país em que se quer viver e legar para as futuras gerações. Isto não significa, contudo, querer transformar o Estado no provedor universal de todos os direitos constitucionalmente postos, os quais, como dito, não saltarão da Constituição para a vida real, independentemente das condições e possibilidades de sua realização.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil: informe 2012. Ed. Especial.* – Brasília: ANA, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil.* – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. 333 p.

ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução: manual de instruções. In: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente.* – Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano XI, n. 22, 2008, p. 9-58.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos.* – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ASSOCIAÇÃO CONTAS ABERTAS. Disponível em:
< <http://www.contasabertas.com.br/website/>>. Acesso em: 18 out. 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* – 7. ed. – São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 30. ed. – São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha de. *Princípios gerais de direito administrativo.* – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARLOW, Maude. *Nosso direito à água: um guia para as pessoas colocarem em prática o reconhecimento do direito à água e ao saneamento pelas Nações Unidas.* In: Revista Internacional de Direito Ambiental – v.1, n. 1 (jan/abr. 2012). – Caxias do Sul, RS: Plenum, 2012. p. 188.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira.* In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro.* – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

_____. *Informativo de jurisprudência n° 0543.* Período: 13 de agosto de 2014. – Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial N° 1.389.952-MT. Disponível em:< <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é : o que não é.* – Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BRASIL. *Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966.* Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

_____. *Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981.* Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

BRASIL. *Lei* n° 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

_____. *Constituição* Federal da República de 1988.

_____. *Lei* n° 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

_____. *Lei* n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

_____. *Lei* n° 10.257, de 10 de julho de 2001. Institui o Estatuto da Cidade.

_____. *Lei* n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. *Lei* n° 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico.

_____. *Indicadores de Desenvolvimento Sustentável Brasil 2012*. IBGE: Rio de Janeiro, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. – Coimbra: Livraria Almedina Editora, [20--?].

_____; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. In: LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. *As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais*. In: Revista Sequência, n. 55, p. 195-218, dez. 2007, p. 207, notas 40 e 41. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15053/13724>. Acesso em: 23 ago. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. – 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

CHAGAS PINTO, Bibiana Graeff. *Saneamento básico e direitos fundamentais: questões referentes aos serviços públicos de água e esgotamento sanitário no direito brasileiro e no direito francês*. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Anais do 10º Congresso Internacional de Direito Ambiental (Direitos humanos e ambiente)*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 408.

CONJUNTURA DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL: Informe 2012. Ed. Especial. – Brasília: ANA, 2012.

Contribuição da pós-graduação brasileira para o desenvolvimento sustentável: Capes na Rio +20 – Brasília: Capes, 2012.

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. – 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. – São Paulo: Atlas, 2012.

VARELLA, Drauzio. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/letras/c/colera/>>. Acesso: em 17 dez. 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. *A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente*. In: *Direito e mudanças climáticas [recurso eletrônico]: responsabilidade civil e mudanças climáticas*. LAVRATTI, Paula Lavratti; PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). – São Paulo : Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010, p. 77-114. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131201175520_2338.pdf>. Acesso: em 22 nov. 2014.

FERREIRA, Ximena Cardoso. *A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente*. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 47 (jul./set. 2007). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 152.

FREIRIA, Rafael Costa. *Direito, gestão e políticas públicas ambientais*. – São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2011.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. – 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Princípio da Precaução: vedação de excesso e de inoperância*. – Interesse Público IP. – Belo Horizonte, n. 35, ano 8, Janeiro/Fevereiro, 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49314>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por uma conduta omissiva*. – *Revista CEJ*, V. 7 n. 23 out./dez. 2003, p. 45-49. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/577>>. Acesso: em 13 nov. 2014.

GODOY, André Vanoni de. *A importância da construção de políticas públicas ambientais específicas*. In: *Juris Plenum Administrativo*. – Ano I, n. 4 (out./dez. 2014). – Caxias do Sul, RS : Editora Plenum, 2014, p. 35-64.

_____. *Licenciamento ambiental e zoneamento ecológico-econômico: uma aliança necessária*. – *Revista de Doutrina da 4ª Região*. – Porto Alegre, n. 32, outubro, 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/andre_godoy.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

_____. *A eficácia do licenciamento ambiental como um instrumento público de gestão do meio ambiente*. – Brasília: OAB Editora, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o “princípio da precaução”*. In: _____. *Direito ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 189-228.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. – Trad. Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOWLETT, Michael. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Tradução técnica Francisco G. Heidemann. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 199-219.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso: 09 nov. 2013.

_____. *Atlas de Saneamento 2011*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm>. Acesso: em 3 nov. 2014.

INSTITUTO TRATA BRASIL. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/>>. Acesso: em 11 jan. 2014; 18 out. 2014.

KRELL, Andreas J.. *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais* / Andreas J. Krell et. al.; Ingo Wolfgang Sarlet, org. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KRONEMBERGER, Denise. *Análise dos Impactos na Saúde e no Sistema Único de Saúde Decorrentes de Agravos Relacionados a um Esgotamento Sanitário Inadequado dos 100 Maiores Municípios Brasileiros no Período 2008-2011*. – Instituto Trata Brasil, Jan. 2013. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/drsai/Relatorio-Final-Trata-Brasil-Denise-Versao-FINAL.pdf>>. Acesso: em 23 dez. 2013.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. *As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais*. In: Revista Sequência, n. 55, p. 195-218, dez. 2007. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15053/13724>. Acesso em: 23 ago. 2013.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente*. In: Revista de Direito Ambiental, n. 45 (jan.-mar./2007). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

_____. *Direito Ambiental* / Márcia Dieguez Leuzinger e Sandra Cureau. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, capítulo III.

LUNELLI, Carlos. *Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental. A contribuição do contempt of court*. In: LUNELLI, Carlos; MARIN, Jefferson. *Estado, Meio Ambiente e Jurisdição*. Caxias do Sul: EDCUS, 2012.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. – 11. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *Direito Ambiental* / Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder, Sílvia Capelli. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MARIN, Jeferson. *A necessidade de superação da estandardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental*. In: LUNELLI, Carlos; MARIN, Jefferson. *Estado, Meio Ambiente e Jurisdição*. Caxias do Sul: EDCUS, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. – Campinas: Bookseller, 1997, v. 2.

MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. – Primera Edición. – Madrid: Trivium, 1991, Volumen I.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. – 24. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípios fundamentais do direito do ambiente*. – Disponível em Revista Justitia – vols. 181/184 – jan/dez 1998. Disponível em:
<http://www.italolopes.com/ucb/auxiliar/aux_princ_dir_amb.pdf> Acesso em: 01/05/2008.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Pacto pelo saneamento básico: mais saúde, qualidade de vida e cidadania*. Disponível em:
<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/PACTO_-_PLANSAB_-_20081216_Final_Internet.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2014.

_____. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)*. Disponível em:
<<http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=4>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB)*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/plano-nacional-de-saneamento-basico>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho. *Recensão de Laws of fear – beyond the precautionary principle*, de Cass Sunstein. In: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. – Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano XI, n. 22, 2008, p. 155-160.

MORAES, Bernardo Riberio de. *Compêndio de direito tributário*. – 6. ed., rev. aumentada e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOIVILLE, Cristine. *Ciência, decisão, ação: três observações em torno do princípio da precaução*. In: VARELLA, Marcos Duas (Org). **Governo dos riscos**. – Rede latino-americana-europeia sobre governos dos riscos. – Brasília, 2005, capítulo 3.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de 21 de março de 1994*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2013.

PERELMAN, Chäim. *Ética e Direito*. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTUGAL. *Constituição (1976)*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/DesenvolvimentoHumano.aspx?indiceAccordion=0&li=li_DH>. Acesso em: 26 dez. 2013.

ROTARY INTERNATIONAL. *End Polio Now*. Disponível em: <<http://www.endpolio.org/pt>>. Acesso: em 11 jan. 2014.

SACHS, Ignacy. *A terceira margem: em busca do ecodesenvolvimento*. Tradução de Rosa Freire d'Aguiar. – São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. – 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia de proibição de retrocesso em matéria socioambiental*. In: *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.) – Caxias do Sul: Educus, 2011, p. 9-49.

_____. *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. / Andreas J. Krell et al. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Andreas J. Krell et al. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos* / Leonardo Secchi. – São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS (SAE). Disponível em: <www.sae.gov.br>. Acesso em: 06 nov. 2013.

SECRETARIA NACIONAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2012*. – Brasília: SNSA/MCIDADES.SNSA, 2014, p. 15.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta ; revisão técnica Ricardo Dominelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Anderson Furlan Freire da. *Direito Ambiental* / Anderson Furlan, William Fracalossi. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lênio. *Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia*. In: *Revisa Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.) – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UNITED NATIONS. *Millennium Development Goals (MDGs)*. Disponível em: <<http://www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml>>. Acesso em: 4 jan. 2014.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Privatização do saneamento*. In: *Estado, meio ambiente e jurisdição* / org. Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Marin. – Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.

WORLD BANK (WDR) 2003: *Sustainable Development in a Dynamic World*. – World Development Report Archives. – THE WORLD BANK, 2003. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTWDRS/0,,contentMDK:23062331~pagePK:478093~piPK:477627~theSitePK:477624,00.html>>. Acesso em: 26 dez. 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Water, sanitation and hygiene: Burden of disease by country*. – Global Health Observatory Data Repository, World Health Organization, 2013. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.168>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

_____. *Lack of water and inadequate sanitation*. Disponível em: <<http://www.who.int/ceh/risks/cehwater/en/>>. Acesso em: 23 dez. 2103.

_____. *Region of the Americas: Brazil statistics summary (2002 - present)*. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.country.country-BRA>>. Acesso em: 26 dez. 2013.

_____. *Progress on sanitation and drinking-water 2013 update*. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/notes/2013/sanitation_mdg_20130513/en/>. Acesso em: 4 jan. 2014.

ANEXO

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência comentada.

Majoritariamente, a jurisprudência adota a Teoria do Risco Administrativo (albergada no artigo 37, §6º, CF/88) como fundamento para a adoção da responsabilidade do Estado por omissão. Mas, apenas excepcionalmente as Cortes adotam tal Teoria na sua aplicação mais extremada, sem a indagação acerca da culpa (ou dolo) da Administração, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre o dano alegado e a omissão do Estado. Neste sentido decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Apelação Nº 0027802-77.2011.8.12.000)⁷⁴, ao condenar o Estado a indenizar agente penitenciário pelos danos morais sofridos em razão de ter sido feito refém durante rebelião em presídio estadual, ainda que comprovadamente “o Estado e seus agentes não foram diretamente responsável (sic) pelas condutas que ensejaram os suscitados danos morais. As condutas foram praticadas pelos próprios presos durante o motim”. E o fato de o dano ter sido indireto, ou seja, não ter decorrido de conduta diretamente imputável a agentes da Administração, segundo o TJMS, é que caracteriza a “omissão decorrente da ineficiência do sistema prisional que possibilitou a realização da rebelião”. Segundo a Corte, a tese a ser aplicada é a da Teoria do Risco Administrativo, “segundo a qual é suficiente que o ofendido demonstre a ocorrência de evento danoso e injusto provocado pela ação ou omissão do Poder Público, não sendo necessária a análise da incidência de culpa ou dolo por parte da Administração”. Destaca o julgado que a possibilidade de indenização decorre justamente dos riscos gerados pela atividade pública aos administrados, que lhe impõem encargos não suportados pelos demais.

⁷⁴ E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFICIAL PENITENCIÁRIO REFÉM EM REBELIÃO PRISIONAL – AGRAVO RETIDO – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE PRESCRIÇÃO – MÉRITO – DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DANO MORAL CONFIGURADO – FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. I. O Estado de Mato Grosso do Sul é parte legítima para responder por ação indenizatória decorrente de danos causados a seu servidor durante o expediente de trabalho. [...] III. De acordo com a teoria do risco administrativo, comprovado o nexo causal entre a conduta omissiva da Administração e os danos suportados pelo agente público, está configurado o dever de indenizar. [...]. (TJMS. 2ª Câmara Cível. Apelação - Nº 0027802-77.2011.8.12.0001. Relator: Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli. Julgado em 2 de setembro de 2014).

Em sentido contrário, caso semelhante em que agente penitenciário foi mantido refém durante uma rebelião, o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação/Reexame Necessário nº 0010311-11.2010.8.26.0322)⁷⁵, embora tenha reconhecido a responsabilidade do Estado por omissão, asseverou que tal condenação era devida “a partir do momento em que estejam presentes os elementos que caracterizam a culpa”, a qual “origina-se, na espécie, de descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano”. Para o Tribunal paulista, “nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas”, e conclui afirmando que “quando se fala no dever jurídico da atuação do Estado no sentido de prevenir certo evento danoso [...] para a sua responsabilização se faz mister a averiguação de que [...] agiu com imprudência, imperícia, negligência ou ainda dolo, caracterizando seu agir ilícito e, portanto, passível de responsabilidade com fundamento na teoria subjetiva”.

Comprovando o que se procurou demonstrar até aqui, relativamente à falta de uniformidade doutrinária e jurisprudencial quanto à necessidade de demonstração de culpa na conduta omissiva dos entes públicos a ensejar sua responsabilização, interessante julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Cível Nº 403993/RN)⁷⁶, em caso de surto de cólera ocorrido no estado do Rio Grande do Norte, com efeitos graves sobre as populações atingidas. Releva destacar que o julgado é claro ao admitir a realização de prova, pelos entes estatais, das excludentes de sua responsabilidade, como de fato ocorreu no caso concreto. Tratou-se de Ação Civil Pública (ACP) movida pelo Ministério Público

⁷⁵ EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por danos morais sofridos por agente penitenciário, que foi mantido como refém em rebelião de presidiários - Omissão estatal caracterizada - Falta de vigilância e segurança dentro das cadeias públicas - Comprovação do nexo de causalidade entre a omissão do Estado e o evento lesivo - Dano moral configurado e bem fixado - Juros que devem ser contados a partir da citação, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 - Recursos parcialmente providos.(TJSP. 2ª Câmara de Direito Público. Apelação/Reexame Necessário nº 0010311- 11.2010.8.26.0322. Relator: Des. Samuel Junior. Julgado em: 06 de março de 2012).

⁷⁶ EMENTA - ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALIDADE DA CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ACARI. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNASA. COMBATE AO CÓLERA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À EPIDEMIA DO CÓLERA EM 1999. CAMPANHA INFORMATIVA. RECURSOS FINANCEIROS-ORÇAMENTÁRIOS. ATUAÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. MORTES. FATALIDADES QUE OCORREM EM EPIDEMIAS. RECURSOS PROVIDOS. [...] Legitimidade passiva da FUNASA, em face de sua condição de Autarquia da União especializada no combate a epidemias e propagadora do sanitarismo. 5. A União Federal, a Fundação Nacional de Saúde –FUNASA, o Estado do Rio Grande do Norte e os vários Municípios que figuram na lide como litisconsortes, demonstraram que fizeram o que estava aos seus respectivos alcances para erradicar ou, ao menos para impedir a disseminação do cólera, em suas áreas de atenção. 3. O falecimento de algumas pessoas do Estado, em face da doença, embora extremamente lamentável, não faz certo que tenha decorrido de ação ou de omissão do Poder Público, em feito a ensejar a indenização. 5. Apelações e Remessa Necessárias providas. (TRF5. Apelação cível nº 403993-RN. Relator: Des. Federal Geraldo Apoliano. Julgado em: 20 de maio de 2010).

Federal (MPF) em face da União Federal, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), o Estado do Rio Grande do Norte, e os Municípios de Natal, Acari, Carnaúba dos Dantas, Cruzeta, Equador, Caicó, Jardim do Seridó, Ouro Branco, Parelhas, São Jorge do Sabugi, São José do Seridó, Santa Cruz e Serra Negra do Norte, objetivando a condenação dos réus a que:

- a) promovessem, através da mídia, campanha informativa onde fosse esclarecido à população sobre a gravidade do contágio, demonstrando toda a extensão do problema relativo à cólera;
- b) realizassem amplos investimentos em saneamento básico, tais como tratamento de água, construção de fossas e sumidouros e instalações sanitárias; e c) fossem indenizadas as famílias das vítimas acometidas pela doença, em particular as dos falecidos, nos termos do artigo 37, § 6º, da CF/88, do artigo 159 c/c o artigo 1.059, ambos do Código Civil Brasileiro.

No juízo primitivo, a sentença julgou improcedentes o primeiro pedido, porque o surto de cólera ocorrera em 1999 e, tendo a ação sido julgada em 2005, seria desnecessária a campanha informativa em face do decurso do tempo; o segundo pedido, em face da sua indeterminação e da reserva do possível sob o fundamento da impossibilidade efetiva das necessidades urbanas serem atendidas tão logo surgissem, fosse pelo decurso do tempo, fosse em face dos custos respectivos. O terceiro pedido foi julgado procedente, ao argumento de que as barreiras sanitárias, inclusive as de cunho informativo, poderiam ter sido antecipadas em período anterior à epidemia de cólera, a fim de oferecer subsídios mínimos à população do Estado do Rio Grande do Norte. Destaca-se a invocação do argumento da reserva do possível como fundamento para o indeferimento de um dos pedidos, em caso clássico da sua utilização como “excludente” de responsabilidade, consoante amplamente tratado no subcapítulo 2.2. É de se repudiar tal aplicação da reserva, pois se aparentemente mostra-se razoável o argumento “da impossibilidade efetiva das necessidades urbanas serem atendidas tão logo surgissem, fosse pelo decurso do tempo, fosse em face dos custos respectivos”, ele esconde o fato de que o Estado foi omissos na prevenção da epidemia, a qual sabidamente é comum em regiões de acampamentos e aglomeração humana, onde as condições de higiene e saneamento básico são precárias ou inexistentes, e que, portanto poderia ter sido evitada com saneamento básico adequado e medidas simples de higiene⁷⁷. Já na parte em que julgou procedente a ACP (terceiro pedido), pode-se inferir que o juízo considerou terem sido as autoridades públicas omissas quanto ao seu dever de prevenir a ocorrência dos danos decorrentes da transmissão da

⁷⁷ Segundo informa o Dr. Drauzio Varella, a cólera é uma doença infectocontagiosa aguda do intestino delgado, causada por uma enterotoxina produzida pela bactéria vibrio colérico (*Vibrio cholerae*). A transmissão é fecal-oral e se dá através da água e de alimentos contaminados pelas fezes ou pela manipulação de alimentos por pessoas infectadas, sejam elas sintomáticas ou não.

cólera, haja vista não terem desenvolvido barreiras sanitárias, e também de cunho informativo, com antecedência razoável para subsidiar a população vulnerável quanto aos perigos da doença. Perceba-se que o acerto da fundamentação na parte em que acolheu o pedido – admite que a Administração deveria ter sido diligente em antecipar medidas evitatórias da epidemia – poderia ser invocado como contraditório ao argumento absolutório anterior do próprio juízo, já criticado, da reserva do possível, a qual é um sintoma, via de regra, da falta de planejamento por parte da Administração. Em grau de apelação, o Tribunal recursal reformou o entendimento do juízo singular, distanciando-se dos fundamentos da sentença *a quo*, e declarando a improcedência total da ACP. O fundamento da Corte recursal para negar provimento à ACP foi o de admitir como suficientes as provas produzidas pelos réus, demonstrando que “efetivaram as providências necessárias à profilaxia e ao combate à epidemia da cólera na medida de suas possibilidades orçamentárias e das disponibilidades de pessoal, cada um na sua esfera própria de atuação (federal, estadual e municipal)”, o que afastaria a alegação de que tivessem ocorrido omissões dos Poderes Públicos. Assim, concluiu o Tribunal que “para a configuração da responsabilidade dos entes públicos, necessária se faz a presença dos pressupostos: ação ou omissão estatal; a ocorrência de dano; e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o dano, de sorte que, demonstrados tais requisitos, cabe ao Poder Público o ônus de indenizar o prejudicado”, não sendo o caso, diante da comprovação da *não omissão* estatal. Também aqui é possível questionar os fundamentos da decisão recursal com base no princípio da prevenção, o qual é indissociável da noção de responsabilidade civil. A Corte federal, *concessa maxima venia*, não observou o descumprimento, pelos entes públicos envolvidos, do dever de terem se antecipado à possibilidade de ocorrência da epidemia de cólera (ou de qualquer outra, com as mesmas causas), o que teria sido possível caso as regiões atingidas pela doença estivessem previamente dotadas de estruturas de saneamento e higiene adequadas, como era seu direito constitucionalmente garantido, e cuja ausência ou inadequação caracteriza omissão estatal. Em verdade o que fez o Tribunal foi excluir a responsabilidade dos entes envolvidos por considerar que tomaram as providências possíveis para *combater* a doença, olvidando-se, como dito, que deveriam ter agido *preventivamente* para *evitá-la*.

Em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (AC 2011.009290-4/0000-00)⁷⁸, a Corte reiterou o entendimento de que, em matéria ambiental, a

⁷⁸ E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – AGRAVO RETIDO – [...] SOLIDARIEDADE NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – INTERESSE RECURSAL EVIDENCIADO – [...]. IV – De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e com a jurisprudência pacífica do STJ, a responsabilidade civil pelo dano

responsabilidade do agente, seja ele de que natureza for, é objetiva, ainda que por omissão, o que por certo não exclui o Poder Público em todas as suas formas de atuação. Tratou-se de apelos voluntários interpostos por Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, e outros, contra sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais combinada com obrigação de fazer, proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, MS, por reconhecer procedentes os pedidos, condenando-o em face de sua omissão quanto ao cumprimento de seu dever de polícia ambiental, o qual, segundo o Tribunal, é “composto por um vasto e multifacetário leque de medidas administrativas de caráter preventivo, precautório, mitigatório, reparatório e sancionatório”. No caso, o Órgão ambiental estadual foi responsabilizado ao fundamento de que “houvesse ocorrido a efetiva fiscalização e tomadas as providências necessárias desde o início, com consequente suspensão da Licença ou fechamento do local até o cumprimento das condicionantes, o dano não teria ocorrido”, já que lhe “competia a responsabilidade de verificar o cumprimento das condicionantes previstas nas licenças ambientais expedidas a favor da siderúrgica demandada”. Importa destacar que a Corte recursal asseverou que “para a apuração do nexo de causalidade do dano ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem”. E conclui sentenciando que “a despeito da responsabilização do estado, por omissão, ser, por via de regra, subjetiva (por culpa), quando se refere à proteção ao meio ambiente, existe um dever estatal de agir, razão porque não há que se investigar culpa ou dolo do Estado, a teor do que determina o já citado art. 14, §1º da Lei nº 6.938/81, ratificado pela norma esculpida no art. 225 da CF”.

Outro caso de reconhecimento da responsabilidade estatal objetiva por omissão em tudo se enquadra na definição de omissão específica (Cavaliere Filho), ou no que aqui se chamou de culpa evidente (embora a omissão do agente seja provada, a prova seria dispensável diante da evidência do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano resultante). O caso interessa também pela demonstração da irresponsabilidade da Administração no controle da ocupação territorial, omissão que caracteristicamente afeta milhares de pessoas país afora, não sendo raros os casos de tragédias urbanas decorrentes de catástrofes ambientais pela ocupação indevida e descontrolada do território. No caso, tratou-

ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador é de natureza objetiva, solidária e ilimitada. [...]. (TJMS. Apelação cível Nº2011.009290-4/0000-00. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgado em 14 de junho de 2011).

se de ação de indenização por danos materiais proposta pelos autores em face da Prefeitura Municipal de Monte Alto, SP, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais pelo imóvel destruído em razão de desmoronamento de terra causado por omissão da ré. O deslizamento de terra, conforme a decisão da Corte paulista (Apelação/Reexame Necessário nº 0000610-53.2008.8.26.0368)⁷⁹, caracterizou a responsabilidade da Prefeitura “por omissão no seu dever de fiscalizar a ocupação do solo e de adotar medidas impeditivas do desastre verificado. [...] A aprovação da implantação de loteamento, sem a verificação das condições de segurança do local, por si só, já evidencia a culpa da administração”. O Tribunal fixou a responsabilidade do Município pela não observância do disposto no artigo 30, VIII, da CF/88 (“art. 30. Compete aos Municípios: [...] VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;”), constatando que “a Administração Pública não fora diligente na fiscalização da área, tampouco observou os aspectos geológicos da região antes de promover a (autorização para) ocupação do espaço, descumprindo os requisitos técnicos legais”, caracterizando a omissão que “gerou o nexo de causalidade entre a falta de cautela do Poder Público ao aprovar o loteamento diante do risco de erosão e os danos gerados à autora”.

O presente estudo inicialmente abordou a questão da importância das políticas públicas ambientais específicas, sendo destaque o saneamento básico, bem como tratou do fenômeno da mitigação da discricionariedade da Administração em virtude das limitações a ela impostas pela Constituição, destacando o papel do Estado-Juiz no controle da conformação do Estado-Administrador, tanto para fazer valer o direito de defesa dos cidadãos quanto para exigir do Estado as prestações a que está obrigado em face dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, que devem, por sua vez, ser objeto de atenção daquelas políticas públicas. Neste cenário, importante precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no julgamento da apelação em reexame necessário nº 2006.71.00.036348-6/RS⁸⁰, em Ação Civil Pública (ACP) que visava à condenação da União

⁷⁹ EMENTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Deslizamento de terra. Destruição de imóvel residencial. Responsabilidade civil do Município. Sentença de procedência parcial da demanda. [...] Administração que conhecia as condições de risco no local e omitiu-se no dever de fiscalização e promoção da ocupação ordenada e segura do solo urbano. Culpa caracterizada. Danos materiais e morais configurados. (TJSP. Apelação / Reexame Necessário nº 0000610-53.2008.8.26.0368 - Monte Alto. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Manoel Ribeiro. Julgado em 29 de outubro de 2014).

⁸⁰ EMENTA – DIREITO À SAÚDE E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. IMPLEMENTAÇÃO DE SANEAMENTO BÁSICO E AMBIENTAL NOS MUNICÍPIOS DE TORRES, CAPÃO DA CANOA E IMBÉ. POLUIÇÃO MARÍTIMA E DANOS À SAÚDE DA POPULAÇÃO. DEVER DO ESTADO E DA FUNASA DE COOPERAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA AOS MUNICÍPIOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. DISCRICIONARIEDADE VINCULA AOS

Federal e da Fundação Nacional da Saúde para que adotassem as medidas cabíveis com fins de inclusão dos Municípios de Torres, Capão da Canoa e Imbé, todos no RS, em programas de saneamento básico e ambiental, envolvendo fomento e disponibilidade de suporte técnico e financeiro para adequação dos sistemas de esgotamento sanitário municipal. O fundamento da ACP assentou-se na constatação de que “a omissão e/ou adoção de medidas insuficientes por parte do Poder Público implica danos ao meio ambiente, em face da poluição marítima, e à saúde da população”, estando o Poder Público, em face da Constituição Federal, vinculado “à implementação de políticas públicas que concretizem o saneamento básico, podendo essa omissão ocasionar danos ao meio ambiente e à saúde pública”. Esta vinculação, segundo o juízo da Corte Federal, é que assegura “o controle judicial da atuação do Estado, mesmo quando este sustenta que esteja havendo ingerência na esfera do seu poder discricionário, pois esse poder apresenta limitações, em especial quando se trata da realização de direitos fundamentais”. Para o Tribunal, “se é possível o controle da Administração no que se refere à omissão na implementação de políticas públicas, é incontestável o seu controle quando já existam programas de governo mas que não chegam a ser concretizados em sua plenitude”. O consistente voto, ainda tratando da importância das políticas públicas, e da possibilidade de controle jurisdicional sobre sua efetivação, informa que “é possível, inclusive, o controle jurisdicional das prioridades do Estado na implementação de políticas públicas; ainda que possa ser legítimo, em face da reserva do possível, o estabelecimento de critérios de prioridades, a concretização desses critérios deve atender ao princípio da proporcionalidade”. E ainda que admita a influência da reserva do possível como inibidora da realização de todos os direitos fundamentais, indistintamente e ao mesmo tempo, o julgado admite que “de fato, a reserva do possível, como cláusula restritiva aos direitos fundamentais, não significa a ineficácia ou não-aplicabilidade imediata do direito, mas apenas a necessidade de atendimento ao princípio da proporcionalidade”, juízo que está em consonância com a tese defendida ao longo do estudo. Merece destaque a escuridão técnica aplicada pelo autor da ACP, o Ministério Público Federal, que expressamente submeteu a questão *sub judice* ao teste da proporcionalidade⁸¹, cuja importância impende sua citação, *in verbis*:

PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RISCOS DE DANO AMBIENTAL E À SAÚDE PÚBLICA COMO CRITÉRIOS PARA PRIORIDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. A União e a FUNASA têm dever de implementar políticas públicas em saneamento ambiental, de forma integrada com os Municípios, consoante dispõe a Constituição Federal. Possível o controle jurisdicional na implementação de políticas públicas, inclusive quanto a critérios de prioridade, que devem atender ao princípio da proporcionalidade. Apelações e remessa oficial desprovidas. (TRF4. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2006.71.00.036348-6/RS. 3ª Turma. Relator: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ. Julgado em 17 de novembro de 2009).

⁸¹ Para facilitar a fluidez da leitura, relembra-se que o teste de proporcionalidade, mencionado por Humberto

sendo o saneamento uma questão primordial para que os cidadãos tenham uma qualidade de vida, representando o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a adoção de medidas concretas para a sua implementação se revela como adequada (apta a atingir os fins pretendidos, que, no caso, são, em última análise, o bem-estar da população), necessária (não há outro meio para a implementação do saneamento, senão através da disponibilização de recursos financeiros, técnicos e operacionais por parte da União e da FUNASA) e proporcional (o ônus imposto é desprezível em relação aos inúmeros benefícios trazidos à vida da população dos Municípios, em termos de saúde, econômicos etc.) quando confrontada com o interesse fiscal do Estado.

Ao final, o Tribunal improveu o recurso para confirmar a sentença de origem, que reconhecera a procedência da ACP, concluindo que “a falta e/ou insuficiência de tratamento de esgoto nos municípios referidos estaria ocasionando graves danos ambientais e à saúde da população”, sendo que a implementação da infraestrutura necessária, pelos Municípios, individualmente, estaria encontrando dificuldades devido à necessidade de maiores recursos financeiros e de apoio técnico, “deveres que competem também à União e à FUNASA, que devem atuar de forma integrada com os municípios em se tratando de ações de saneamento básico”, não apenas para dar “o suporte financeiro aos municípios, mas também o apoio técnico e operacional nas ações de saneamento básico”, reiterando a competência comum dos entes federados no trato da questão do saneamento (ditada fundamentalmente pelos artigos 21, XX; 23, IX; e 200, IV, da CF/88), consoante visto em detalhe nos capítulos iniciais deste estudo.

É de se notar que a questão da reserva do possível aparece com frequência na análise de questões que envolvam a efetivação de direitos fundamentais, seja pelo lado dos que a invocam como legítimo óbice à sua concretização, seja pelo lado dos Tribunais, ao deixarem claro, majoritariamente, que tal “excludente” não é genérica e, portanto, não pode ser livremente impositiva para todos os casos de limitação orçamentária e demandas ilimitadas. Neste sentido, a decisão já trazida a lume, da lavra do sempre citado em matéria de meio ambiente, o Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp. 1.389.952-MT, julgado em 03/06/2014. Com o mesmo entendimento, o julgamento, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da apelação em reexame necessário nº 2000.72.01.001059-8/SC⁸², em ACP que

Ávila e por Juarez Freitas (ver subcapítulo 3.1), pressupõe a análise da confluência necessária dos três exames: o *subprincípio da adequação entre meios e fins*, que exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador ou pelo administrador, e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo; o *subprincípio da necessidade*, o qual impõe a inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público, que deve optar em favor daquele que afetar o menos possível os interesses e as liberdades em jogo; e o *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*, que atenta para que os meios utilizados para se atingir determinado fim não sejam desproporcionais em relação ao custo/benefício de sua adoção, quer dizer, apurar se os ônus interventivos não são desmesurados em relação aos benefícios pretendidos.

⁸² EMENTA - DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO DE

tratou de dano ambiental decorrente da contaminação das águas do Rio Cachoeira e seus afluentes, e da Baía do Babitonga, em virtude do precário sistema de coleta e tratamento de esgotos, para o qual teriam concorrido o Município de Joinville/SC e a Companhia Catarinense de Águas e Esgotos - CASAN, concessionária responsável, à época, pela exploração do serviço de saneamento básico local. Interessa-nos aqui a condenação do Município de Joinville/SC com fundamento na deficiência da prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotos sanitários, e na omissão no exercício do poder de polícia em defesa do meio ambiente. Quanto ao primeiro fundamento, foi dado como causa certa principal do dano ambiental o lançamento dos esgotos domésticos *in natura* nos leitos dos rios, que, por sua vez ocorreu diante da inexistência da prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotos sanitários para a maior parte da população do município. Neste contexto, a Corte, com base no que dispõe o art. 30, IV, da CF/88, concluiu que “sendo, portanto, o dano ambiental decorrente da omissão do Poder Público Municipal, caracterizada pela falta de prestação de um serviço público, cuja responsabilidade pela administração e execução é sua, conforme preceito constitucional, não pode o mesmo se eximir do ônus de sua inércia”. E o fato de a exploração do serviço ter sido concedida a terceiros, segundo a Corte, “não exonera [o município] das responsabilidades quanto à ineficiência/precariedade do serviço público concedido, pois este continuou a ser de sua titularidade e sobre o mesmo possuía a faculdade de exercer o seu poder de fiscalização”. Quanto à segunda omissão, invocou-se o art. 23, inciso VI, bem como o art. 225, *caput*, ambos da CF/88. No caso, ao juízo dos Desembargadores federais, a responsabilização do Poder Público Municipal emergiu de sua omissão em adotar medidas de fiscalização quanto à poluição do Rio Cachoeira e seus afluentes (*v.g.* a existência de ligações clandestinas de esgotos domésticos), o que ensejou, também por este motivo, a responsabilidade solidária do Município e da concessionária pela degradação ambiental. O mesmo julgamento, em detalhado, técnico e judicioso voto, atacou duas matérias comumente arguidas pelos entes estatais da

BACIA HÍDRICA. DEFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTOS SANITÁRIOS. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. 1. Constatado que para a poluição da bacia hídrica do rio Cachoeira e da Baía da Babitonga, concorreu o precário sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários pelo Município de Joinville, mostra-se correta a intervenção do Poder Judiciário, determinando a execução de obras com vistas a proteção e/ou reparação do meio ambiente. 2. Na hipótese *sub judice*, não há como afastar da cadeia causal, geradora do prejuízo ao meio ambiente, a participação da companhia estatal prestadora do serviço de saneamento, uma vez que obrigou-se perante o poder concedente pela execução das obras pelas quais seria implementado o tratamento dos esgotos antes de seu lançamento nos cursos de água. 3. As razões que embasam a tese recursal não se mostram suficientes para afastar as medidas impostas na decisão recorrida. Apelações improvidas. (TRF4. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2000.72.01.001059-8/SC. Terceira Turma. Relatora: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 4 de maio de 2010).

administração para se eximirem de responsabilização, qual sejam, a violação da separação dos Poderes e a reserva do possível. Quanto à primeira, o Tribunal sentenciou que “a obrigação constitucional e legal de se executar obras para a proteção e/ou reparação do meio ambiente vale tanto para o particular como para a Administração Pública, não estando esta imune às sanções decorrentes do descumprimento das normas ambientais”, pois “o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu”. Segundo entenderam os juízes, tratando-se de matéria ambiental, impõe-se ao Poder Público o dever de agir para alcançar o fim previsto nas normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo que “tal ação não pode ser postergada por razões de oportunidade e conveniência, nem mesmo sob a alegação de contingências de ordem financeira e orçamentária, sobretudo se dessa atuação depender a cessação da renovação ou do agravamento de danos materiais”. Quanto à aceitação da reserva do possível pela jurisprudência pátria, sustentaram que “a adoção deste princípio (...) merece ressalvas, pois, (...) os direitos fundamentais constituem-se direitos subjetivos em face do Estado e, por expressa disposição constitucional, suas normas possuem eficácia imediata (CF, art. 5º, § 1º)”. Validando o que se defende neste estudo, especialmente sobre a necessidade de se implantar a gestão eficiente do Estado, diz o Tribunal que não há justificativas para a omissão do Poder Público Municipal tendo como argumento a reserva orçamentária, pois “a ampliação do sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários é um direito da comunidade e a alegação de falta de recursos financeiros não prospera, seja pela arrecadação da atividade do saneamento básico [...], seja pela existência de recursos públicos que muitas vezes são aplicados em obras de menor importância do que as do saneamento básico”.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a questão da natureza objetiva da responsabilidade do Estado por sua omissão em questões ambientais é menos tormentosa. No julgamento do REsp. 1071741/SP⁸³ o Ministro Herman Benjamin lavrou voto cuja complexidade e abrangência faz às vezes de verdadeira síntese sobre o instituto da responsabilidade estatal em matéria ambiental, razão pela qual se transcrevem aqui os principais destaques dos tópicos abordados pelo julgador, relacionados ao tema do presente estudo (dito voto foi utilizado como subsídio em outros julgados já mencionados

⁸³ EMENTA - AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO (RECURSO ESPECIAL Nº 1.071.741/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 24 de março de 2009).

anteriormente, neste estudo). A matéria do recurso em análise tratava da corresponsabilização do Estado quando, em consequência de sua omissão no exercício do dever-poder de controle e fiscalização ambiental, danos ao meio ambiente foram causados por particular que invadiu Unidade de Conservação de Proteção Integral (Parque Estadual), de propriedade pública, nela levantando construção e procedendo à exploração agrícola.

1. Existência do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental. À luz da Constituição Federal de 1988, a ordem jurídica abonou ao Estado, na fórmula de dever, a função de implementar a lei, inclusive contra si próprio ou contra interesses imediatos do Administrador de plantão. Neste contexto é que deve ser feita a atualização do princípio da indisponibilidade do interesse público, pelo qual se retira da órbita da representação estatal, a possibilidade de negociar com o interesse público, que não se presta ao papel de moeda de troca, nem de objeto de escambo. O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, “jorra diretamente do marco constitucional (em especial dos arts. 23, VI e VII, 170, VI, e 225) e da legislação infraconstitucional, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente)”. Tal dever-poder imposto à Administração envolve dois núcleos principiológicos da organização estatal contemporânea. A um, o fundamento da probidade administrativa que se espera do agente público, tanto ao agir, como ao se omitir e ao reagir. A dois, o princípio da legalidade, em si mesmo um limite à atuação do Estado, mas igualmente um motor a combater sua passividade, quando dele se esperam comportamentos positivos. Por imposição constitucional, o Estado brasileiro, em todas suas facetas e níveis, figura como guardião-garantidor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em síntese, no Direito brasileiro, a cargo dos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, existe um inequívoco dever-poder de controle e fiscalização ambiental (dever-poder de implementação), de natureza vinculada, indisponível, irrenunciável e imprescritível.

2. Conteúdo do dever-poder estatal de controle e fiscalização urbanístico-ambiental. “Compõe o poder de polícia urbanístico-ambiental um vasto e multifacetário leque de medidas administrativas de caráter preventivo, precautório, mitigatório, reparatório e sancionatório, passíveis, inclusive, de imposição cautelar e liminar”.

3. Responsabilidade do Estado por omissão no exercício do dever-poder de controle e fiscalização urbanístico-ambiental. No Direito brasileiro, e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada”,

sendo regida pelos princípios poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. 4. Solidariedade passiva e a corresponsabilização ambiental do Estado por omissão do dever-poder de controle e fiscalização. “Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem”. Cuida-se de responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. Logo, “o ente público é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos ambientais e urbanísticos que venha materialmente, direta ou indiretamente, a causar, sendo o Estado corresponsável em decorrência de sua omissão no seu dever de controlar e fiscalizar a integridade do meio ambiente ecologicamente equilibrado”, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis, inclusive no que se refere à improbidade administrativa. A solidariedade passiva ambiental, como de resto em outros campos da danosidade (sic), não depende de concerto prévio entre os responsáveis, nem exige que o comportamento causal de cada um dos responsáveis seja da mesma natureza, grau ou nocividade. “Na responsabilidade civil ambiental, regime totalmente especial, a culpa não entra pela porta da frente, tampouco pela dos fundos, ou mesmo a título de temperamento dos deveres do Estado”. Eventual mitigação da responsabilidade estatal repudia o aproveitamento ou contrabando eufemístico, nem por isso menos indevido, da culpa. “Seja a contribuição do Estado ao dano ambiental direta ou indireta, sua responsabilização sempre observará, na linha de fator de atribuição, o critério objetivo”. Vale dizer, se é certo que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, tirado da leitura do texto constitucional, enfrenta pelo menos duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 3º, IV, c.c. o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um dever de ação estatal – direto e mais rígido – que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. Nesse contexto, forçoso reconhecer a responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia. Ocorre aí inexecução de uma

obrigação de agir por quem tinha o dever de atuar. Agir no sentido de prevenir (e, cada vez mais, se fala em precaução), mitigar o dano, cobrar sua restauração e punir exemplarmente os infratores. A responsabilização estatal decorre de omissão que desprezeta estipulação *ex vi legis*, expressa ou implícita, fazendo tábula rasa do dever legal de controle e fiscalização da degradação ambiental, prerrogativa essa em que o Estado detém quase um monopólio. Ao omitir-se contribui, mesmo que indiretamente, para a ocorrência, consolidação ou agravamento do dano. Importa ressaltar, mais uma vez, que não há porque investigar culpa ou dolo do Estado (exceto para fins de responsabilização pessoal do agente público), pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, que afasta o regime comum, baseado no elemento subjetivo, de responsabilização da Administração por comportamento omissivo.

Pela reiterada presença dos argumentos da reserva do possível e da violação do princípio da separação dos Poderes, nos casos envolvendo responsabilidade da Administração, entende-se oportuno trazer a lume o tratamento dado ao tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), pela lavra do Ministro Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar (MC) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45⁸⁴. Dita ação constitucional tratou de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto presidencial de proposição legislativa destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária federal anual, especificamente no que atingia o orçamento para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Destaca-se que a decisão tem pertinência, inclusive, ao tema das políticas públicas, sua concepção e especialmente sua viabilização via orçamento público, cuja importância foi amplamente trabalhada neste estudo. Pois, asseverou o Ministro que a atribuição conferida ao Poder Judiciário, no caso, ao STF, via os remédios constitucionais, *in casu* a ADPF, para fazer o controle da efetividade legislativa e administrativa, “qualifica-se

⁸⁴ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (ADPF/45 - MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Decisão Monocrática. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 de abril de 2004).

como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política (...), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”. Isto não significa, contudo, segundo o Julgador, que se inclua, ordinariamente, entre as funções do Poder Judiciário, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, domínio pertencente, “primariamente”, aos Poderes Legislativo e Executivo. Mas, ressalva o Ministro, “tal incumbência, [...], embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. Nesta discussão, pondera o Julgador constitucional, não há que se olvidar o relevo do tema pertinente à reserva do possível, “notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração⁸⁵ (direitos econômicos, sociais e culturais)⁸⁶, cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”. Neste contexto, a Corte Suprema não deixa de considerar que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não obstante, e em linha com a posição defendida neste estudo, o STF assenta que “não se mostrará lícito [...] ao Poder Público, [...] mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”. Em síntese, consoante a lição de Celso de Mello, ora em tela, a cláusula da reserva do possível – fora da hipótese objetiva autorizadora – “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas

⁸⁵ O saneamento básico possui a transversalidade de integrar, ao mesmo tempo, o direito à saúde (direito de segunda geração), e o direito ao ambiente sadio (direito de terceira geração).

⁸⁶ Neste ponto, resgata-se (ver subcapítulo 2.1) que a fundamentalidade constitucional do direito ao ambiente provocou uma evolução da compreensão acerca dos direitos fundamentais e humanos, incorporando a tutela do ambiente ao núcleo privilegiado de proteção da pessoa (direitos econômicos, sociais, culturais e *ambientais*).

obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. No tocante à violação da independência dos Poderes que a interferência da atuação do Judiciário pudesse eventualmente caracterizar, Celso de Mello assenta que “não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo”. Ou seja, para a Corte Constitucional, se os Poderes do Estado, por sua inércia, omissão ou irrazoabilidade, comprometerem a eficácia dos direitos fundamentais, com isso afetando “o núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”⁸⁷, estará jurídica e eticamente justificada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, “em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

Jurisprudência ementada

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA – AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALAGAMENTO DE IMÓVEL. PROBLEMAS NO ESGOTO CLOACAL. CORSAN. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS SANITÁRIAS. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. CONFIGURADOS. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. - DO COMPROVANTE DE RESIDÊNCIA NO BAIRRO PARQUE MARINHA - O demandante acostou com a exordial documento que demonstra que o mesmo residia no Bairro Parque Marinha/Rio Grande. - SERVIÇO PÚBLICO E DIREITO SUBJETIVO AO SANEAMENTO BÁSICO - O direito público subjetivo ao saneamento básico decorre do próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do direito à saúde. Compreensão dos artigos 196 e 225 da Constituição Federal. Aplicável à hipótese a Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico, Lei nº 11.445/2007. A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) disciplina a saúde como direito fundamental, impondo ao Poder Público, incluídas aí as concessionárias de serviços públicos, o dever de redução de riscos de doenças e outros agravos, decorrentes da prestação do serviço. Ações destinadas a garantir às pessoas condições de bem-estar físico, mental e social. Conceito de cidade sustentável (Lei 10.257/01) relacionado com o direito ao saneamento ambiental e à infra-estrutura urbana. - RESPONSABILIDADE DO

⁸⁷ Para nós, o mínimo existencial socioambiental.

ESTADO POR OMISSÃO - Tratando de responsabilidade civil do Estado por omissão, aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, segundo a qual deve o cidadão comprovar a omissão, o dano e o nexo causal. A omissão capaz de gerar o dever de indenizar está relacionada com o descumprimento de um dever jurídico de agir. Exigibilidade de conduta, examinada a partir do princípio da proporcionalidade e das situações do caso concreto. - RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO - 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. Aplicação do artigo 37, §6º, da CF. Incidência dos artigos 14 e 22 do CDC. - ATO ILÍCITO E DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL - A prova dos autos revelou que a empresa de saneamento não está prestando adequadamente o serviço público de tratamento de água no bairro Parque Marinha da cidade de Rio Grande. Dano consistente na sujeição dos moradores da área a uma série de transtornos, a exemplo do mau cheiro, insetos e exposição a condições insalubres. Dano moral individual relaciona-se com todo prejuízo não-patrimonial ocasionado ao indivíduo, em virtude de lesão ao meio ambiente. - QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL - O valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais deve refletir sobre o patrimônio da ofensora, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica ao resultado lesivo produzido, sem, contudo, co ofendido. - TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA - O entendimento consolidado por esta Câmara Cível nas ações de indenização por dano moral é de fixação da incidência dos juros moratórios a partir da data do arbitramento do quantum indenizatório. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS. Agravo nº 70051219558, Nona Câmara Cível. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 24 de outubro de 2012).

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO POR OMISSÃO. FAUTE DU SERVICE. MUNICÍPIO. CÓRREGO. NÃO CANALIZAÇÃO. SANEAMENTO BÁSICO. DANOS À ESTRUTURA DO IMÓVEL DA AUTORA. A questão versa sobre a responsabilidade civil por omissão do ente público em relação ao dever de manutenção da rede de saneamento básico, que acabou causando danos à estrutura da residência da autora. Afastada a hipótese de responsabilidade objetiva, emerge a responsabilidade subjetiva do Estado, a teor do art. 186 do Código Civil. Incide, portanto, o princípio geral da culpa civil, nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou o dano, daí exigir-se a prova da culpa da Administração - faute du service. Comprovados os danos pela prova pericial e o nexo de causalidade entre eles e a omissão da municipalidade, presentes estão o dever de indenizar. Danos materiais comprovados. Dano moral que, no caso concreto, é in re ipsa, ou seja, decorre do próprio fato e independe de prova. APELO DESPROVIDO. (TJRS. Apelação Cível nº 70037998713, Nona Câmara Cível. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 27 de abril de 2011).

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PELA MANUTENÇÃO DA REDE DE ESGOTO. ALAGAMENTO. PROCESSO CRIMINAL. DANO AMBIENTAL. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA A REALIZAÇÃO DA OBRA PELO PARTICULAR. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. 1. A Administração

Pública tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, no termos do § 6º, do art. 37 da CF, o que dispensaria a parte prejudicada de provar a culpa do Poder Público para que ocorra a reparação, bastando à relação de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido. 2. Hipótese que não se verifica no caso dos autos, porquanto o evento danoso aqui analisado não foi causado por nenhum agente do ente estatal, sendo inaplicável a norma constitucional relativa à responsabilidade civil objetiva do Estado à espécie. O presente feito versa sobre responsabilização subjetiva, restando verificar, então, a ocorrência de omissão pelo ente público para aferir o dever de indenizar por parte deste. 3. A responsabilidade subjetiva do Município réu só pode ser reconhecida quando provada a conduta culposa por seus agentes, contrária aos ditames legais e ao ordenamento jurídico vigente. Imprescindível, neste caso, a comprovação da culpa. 4. Denota-se da análise da prova carreada ao feito a inexistência de canalização de esgoto cloacal e pluvial, o que pode ocasionar o alagamento das vias públicas e das propriedades localizadas no entorno, logo, há o dever de agir do ente público, a fim de evitar dano ambiental. Tal fato pode ocasionar danos não somente à propriedade da parte postulante, mas também a coletividade, pois o alagamento da região pode atingir a um número elevado de municípios, em razão da ausência de atuação adequada do ente municipal no saneamento básico, dever este que não pode se furtar. 5. O ente público demandado deve ressarcir os danos materiais ocasionados à parte autora, na forma do art. 186 do CC, cuja incidência decorre da prática de conduta ilícita, em face da omissão em realizar a canalização a que estava obrigado, negligência que deu causa aos prejuízos em questão. 6. Dano material emergente devidamente comprovado, correspondente aos valores despendidos na compra de material para a realização da obra e na contratação de empresa especializada em reparação do solo, demonstrando o efetivo prejuízo ao patrimônio da autora. 7. Dano moral incorrente. Somente os fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para a indenização por dano moral, sob pena de banalizar este instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano. Negado provimento aos apelos. (TJRS. Apelação Cível nº 70030687248. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 12 de agosto de 2009).

Tribunal de Justiça de São Paulo:

EMENTA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Omissão estatal na fiscalização da construção de moradias, em descompasso com o Código de Obras da localidade. Proliferação de moradias sem o correspondente saneamento básico, ausente serviço de coleta de esgoto. Afetação do imóvel dos autores pelas águas contaminadas com dejetos, fezes e lixo – Odor acentuado, prejudicando inclusive o repouso noturno, além de obstar o plantio e a criação de animais. Inércia do Poder Público em resolver a situação, a pesar das notificações enviadas. Fato relevante para configuração do dever de indenizar. Configuração de omissão específica, e não meramente genérica, das que estão às voltas na rotina administrativa diária. Redução do quantum arbitrado a título de reparação moral. Apelação fazendária e reexame necessário parcialmente providos (TJSP. Apelação/Reexame necessário nº 0000495-91.2006.8.26.0177. Quinta Câmara de Direito Público. Relator: Des. Fermino Magnani Filho. Julgado em 4 de fevereiro de 2013).

EMENTA: Ação civil pública ambiental. Pedido de implantação e execução de projeto de tratamento de esgoto doméstico lançado em área de mananciais e de recuperação de APP degradada. Sentença de procedência. Invasão de competência administrativa não caracterizada. Obrigação decorrente de regras constitucionais e legais. Recuperação das condições primitivas da área e pagamento de indenização por dano irreversível. Impossibilidade, ante a falta de especificação do pedido. Recurso oficial e apelação parcialmente providos (TJSP. Apelação nº 9159315-96.2009.8.26.0000. Primeira Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Antônio Celso Aguiar Cortez. Julgado em 18 de abril de 2013).

EMENTA: MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Atibaia. Construção de casas em área de preservação permanente. Loteamento ilegal, sem as devidas licenças. Responsabilidade do Município configurada. Constituição Federal, art. 30, inciso VI e Lei n. 6.766/79, art. 40. Poder dever vinculado de ordenar a ocupação e uso do solo. Ocorrência de danos ambientais. Ocupação com infraestrutura urbana precária. Prova produzida que afasta a possibilidade de regularização. Inevitável a determinação de desocupação e demolição das construções, para recuperação plena do meio ambiente degradado. Responsabilidade solidária do loteador e do município nesse aspecto. Afastada, porém, a responsabilidade do ente político pela restituição dos valores pagos e indenização aos adquirentes dos lotes, os quais deverão se valer das vias próprias contra o loteador. Realocação dos moradores. Medida que se insere no âmbito de política pública de caráter discricionário da Administração. Fixação do prazo de 8 (oito) meses para cumprimento da ordem de desocupação da área. Recurso do Município provido em parte, negado provimento ao do Ministério Público (TJSP. Apelação nº 0000001-31.2006.8.26.0048. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Paulo Alcides. Julgado em 6 de setembro de 2012).

EMENTA: MEIO AMBIENTE. Loteamento Irregular. Ocupação de APP (área de preservação permanente). Ocorrência de danos urbanísticos e ambientais. Possibilidade da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Inexistência de litisconsórcio necessário. Responsabilidade solidária da municipalidade reconhecida. Recursos improvidos (TJSP. Apelação nº 9183364-17.2003.8.26.0000. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Paulo Alcides. Julgado em 16 de Agosto de 2012).

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Dano Ambiental. Supressão de árvores exóticas Alvará de licença concedido em desconformidade com a realidade fática. Omissão em laudo técnico que fundamentou o ato administrativo. Impossibilidade de concessão de alvará de licença para obra de terraplanagem e construção em área remanescente e contínua de Mata Atlântica. O Município de Campos de Jordão fica em área de Proteção Ambiental, sendo a responsabilidade de todos os réus, objetiva, nos termos do art. 14, §1º, da lei nº 6.938/81 e art. 37, §6º da CF. Sentença merece reforma Recurso Provido (TJSP. Apelação Cível nº 0003554-42.2007.8.26.0116. Sétima Câmara de Direito Público. Relator: Des. Maalães Coelho. Julgado em 6 de Agosto de 2012).

EMENTA: AÇÃO AMBIENTAL. Santos. Construção em área de preservação permanente. Demolição. Recomposição da cobertura vegetal. - 1. Manguezal. Dano ambiental. Competência. A repressão ao dano ambiental local é da competência da Justiça Estadual, ainda que tenha ocorrido em manguezal ou área de preservação permanente na zona costeira da mata atlântica. Inexistência de interesse da União. Competência firmada pelo art. 2º da LF nº 8.347/85. - 2. Litisconsórcio necessário. Não

se estabelece litisconsórcio necessário, mas facultativo, entre obrigados solidários à recomposição do dano. Desnecessidade de incluir na lide os proprietários da área, que nenhum ato praticaram. Aplicação dos art. 46 e 47 do CPC. - 3. Construção. Área de preservação permanente. A área de preservação deve ser preservada, não ocupada. Inviabilidade de manutenção de construção na faixa protegida ao longo do rio. Intervenção que exige prévia autorização dos órgãos competentes a teor do art. 4º da LF nº 4.771/65. Na falta de apresentação das autorizações, as construções irregularmente erigidas devem ser desfeitas e a área deve ser recuperada. Irrelevante a data da degradação, pois admitida e suficientemente comprovada nos autos. - 4. Realocação dos moradores. Não se pode tolerar a permanência dos moradores até que o Poder Público os re-aloque; o dano ao ambiente decorre também do atraso no início da regeneração ambiental e do tempo necessário à recomposição. - 5. Reparação do dano. Município. O Município tem o dever de regulamentar e disciplinar a ocupação do solo, coibindo as ocupações irregulares e ilegais. Omissão evidente do Município, que permitiu a ocupação aqui cuidada. - 6. Multa cominatória. Não há dúvida, na jurisprudência consolidada, quanto à possibilidade de fixação de multa cominatória contra o Poder Público. A multa deve ter valor suficiente a compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, mas sem excesso. O valor fixado é elevado e fica reduzido a R\$-500,00. Procedência parcial. Recurso oficial provido em parte (TJSP. Apelação nº 0011109-09.2002 ou 990.10.262227-4. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Torres de Carvalho. Julgado em 30 de junho de 2011).

Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESGOTO LANÇADO IN NATURA NO CURSO D'ÁGUA QUE SERVE À REGIÃO. DANOS AO MEIO AMBIENTE E À POPULAÇÃO. COMPROVAÇÃO. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRAS NECESSÁRIAS À PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. CAPTAÇÃO E TRATAMENTO DO ESGOTO. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SEARA ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. "As obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo a captação, condução, tratamento e despejo adequado, são atribuições precípuas do Município, como medidas de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular." Torna-se imprescindível que o administrador viabilize a solução dos problemas apresentados com a elaboração de um planejamento que contemple a implantação de redes coletoras de esgoto e o respectivo tratamento, sob pena de ofensa ao artigo 225 da Constituição Federal. A omissão do Município no cumprimento de normas legais e constitucionais que lhe são impostas tem causado sérios danos ao meio ambiente e à população do Distrito de Três Barras, devendo o Poder Judiciário, com razoabilidade e no exercício de sua alta e importante missão constitucional, impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta a preservação do meio ambiente, exercendo assim o controle de legalidade da atividade administrativa. (TJMG. Apelação cível/Reexame necessário nº 1.0144.04.004793-4/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Armando Freire. Julgado em 5 de maio de 2009).

Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE LIMINAR EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – RESTABELECIMENTO DE SERVIÇO ESSENCIAL BÁSICO (ÁGUA) E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INTERRUPTÃO INJUSTIFICADA DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO PREVISTA NO ARTIGO 14 DO CDC – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CONDUTA ILÍCITA DEMONSTRADA – DANO MORAL – PERDA DA PAZ E TRANQUILIDADE DE ESPÍRITO DO CONSUMIDOR EM VIRTUDE DA CONDUTA PRECIPITADA E IMPRUDENTE DA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. - Sendo as empresas de fornecimento de prestadoras de serviço público na modalidade concessão, possuem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos seus consumidores, nos termos do que dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. - Presentes os requisitos delineados no artigo 186 do Código Civil surge o dever de indenizar. - Resta evidenciada a prática de ato ilícito da empresa prestadora do serviço consubstanciado na conduta precipitada e imprudente de seus prepostos que promovem a interrupção do serviço de abastecimento de água mesmo tendo ciência de que houve o pagamento da conta. - O corte injustificado do serviço de abastecimento de água tem sérios reflexos na vida de uma família, não podendo ser tratado como mero aborrecimento do cotidiano. - A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido. - Se o valor da indenização foi fixado em quantia certa na sentença, o termo inicial para incidência dos juros deve ser o da prolação do *decisum*, conforme precedentes do STJ: REsp 773075/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ 17.10.2005, p. 315; EDcl no REsp 615939/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10.10.2005 p. 359. - O índice adotado para correção monetária é o INPC (índice oficial) (TJMS. Apelação - Nº 0809038-39.2013.8.12.0001. Terceira Câmara Cível. Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em 11 de novembro de 2014).

E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO OBRIGATÓRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SISTEMA DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTO EM PENITENCIÁRIA ESTADUAL – ILEGITIMIDADES PASSIVAS *AD CAUSAM* AFASTADAS – DANO AMBIENTAL CONFIGURADO – LANÇAMENTO DE RESÍDUOS EM CÓRREGO SEM O DEVIDO TRATAMENTO – INEFICIÊNCIA NO PROCESSO DE ELIMINAÇÃO DOS AGENTES PATOGÊNICOS – RESPONSABILIDADE PELOS DANOS AMBIENTAIS CONFIGURADA – VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO AMBIENTAL MANTIDO – VALOR ADEQUADO AOS FATOS – MULTA DIÁRIA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS. Estado de Mato Grosso do Sul, AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário e AGESUL Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos de Mato Grosso do Sul são parte legítimas para figurar no polo passivo da presente ação civil pública ambiental. “Não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, quando a Administração Pública não atua de modo satisfatório na defesa do meio ambiente, provocando a degradação da área objeto da ação civil pública”. (TJMS - AC n. 2008.0216872). Existindo provas nos autos da ocorrência do dano ambiental em

razão da ineficiência do sistema de coleta e tratamento de esgoto da Penitenciária Estadual, com o conseqüente despejo de agentes patogênicos (coliforme fecais) no leito do rio, resta caracterizada a responsabilidade dos agentes causadores do dano. Demonstrada a responsabilidade, os agentes causadores do dano ambiental, devem ser condenados nas obrigações de fazer, bem como no pagamento referente ao dano ambiental causado, valor este que deverá corresponder ao grau de desequilíbrio ecológico causado. Fixada multa diária em valor razoável e proporcional à realidade fática, deve ela ser mantida. Recursos improvidos (TJMS. Apelação e Recurso Obrigatório nº 2010.036042-6/0000-00. Primeira Turma Cível. Relator: Des. Joenildo de Souza Chaves. Julgado em 23 de março de 2011).

Tribunal de Justiça do Acre:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DEMONSTRADO. CABIMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES BASEADA NA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E HIERÁRQUICA DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011. PERICULUM IN MORA IN REVERSO FUNDADA NA RESERVA DO POSSÍVEL. ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS NÃO DEMONSTRADA OBJETIVAMENTE. 1. A *mens legis* da Lei Complementar nº 140/2011 é criar o modelo de cooperação entre os entes públicos na proteção do meio ambiente de modo a reafirmar o escopo da norma constitucional definidora da competência material comum da União, do Estado e do Município, afigurando-se contrária ao ordenamento jurídico a exegese que permite excluir aprioristicamente o Estado-Membro do polo passivo da ação civil pública que visa apurar a responsabilidade pela omissão no dever evitar ou reparar o dano ambiental. 2. A partir da narrativa dos fatos constantes da exordial (teoria da asserção) e dos documentos que a instruem que é possível extrair a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. 3. A real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo poder público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais. Precedentes do STJ e TJAC. 4. Agravo improvido (TJAC. Agravo de Instrumento n.º 0000212-66.2013.8.01.0000. Segunda Câmara Cível. Relatora: Des^a. Regina Ferrari. Julgado em 03 de junho de 2013).

Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E FUNAI. DANOS AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO. É obrigação do Poder Público, pelos seus agentes competentes, proteger o patrimônio ambiental de toda a forma de agressão (art. 23, inciso VI, e art. 225, § 1º, ambos da Constituição Federal. A prova dos autos é contundente ao demonstrar que o Poder Público responsável não está tomando as medidas necessárias para preservar o local, havendo condutas ilícitas praticadas por índios e brancos em face da inexistente ou, ao menos, insuficiente fiscalização e que contribuem para a destruição da fauna e da flora da área ambiental objeto da demanda (TRF4. Apelação/Reexame necessário nº

2009.71.99.005468-4/RS. Quarta Turma. Relator: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia. Julgado em 20 de janeiro de 2010).

EMENTA – DIREITO AMBIENTAL. EXECUÇÃO. DEVER DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. PROVIMENTO JUDICIAL CONDENATÓRIO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO HERMENÊUTICO CONSAGRADO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E APLICÁVEL EM MATÉRIA AMBIENTAL. FUNÇÃO INSTRUMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL. 1. Na presente execução de sentença, a União responde pelo dever de recuperação de área ambiental degradada, conforme deflui dos termos do provimento judicial exequendo, de acordo com o teor da sentença proferida na ação civil pública e dos recursos de apelação e especial interpostos. 2. Incidência do princípio hermenêutico da interpretação mais favorável aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, incorporados ao direito brasileiro, tais como: Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 29) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 30). 3. Hipótese de um dos direitos humanos e fundamentais mais urgentes na atualidade: o ambiente saudável e equilibrado. 4. O direito processual, mormente quando se trata de execução de sentença objetivando concretizar direito de tão importante magnitude, deve atender sua função instrumental, que é fazer prevalecer o direito material reconhecido. 5. Ausentes condições de reais de cumprimento da obrigação pelas empresas carboníferas, a responsabilidade da União pela recuperação ambiental não prejudica posterior recuperação do dispendido. Procedimento que não só cumpre corretamente o definido pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às relações entre os obrigados solidários, como também, e o que é mais importante, concretiza o núcleo do título judicial exequendo, fruto da atuação conjunta do Juízo de Primeiro Grau, deste Tribunal Regional e do Superior Tribunal de Justiça: fazer valer o direito fundamental ao ambiente, em situação de tamanha degradação e com impacto imenso para as áreas e comunidades atingidas. 6. Recurso desprovido (TRF4. Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.041445-7/SC. Terceira Turma. Relator: Juiz Federal Roger Raupp Rios. Julgado em 17 de fevereiro de 2009).

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IBAMA. DELIMITAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE LOCALIZADA EM PROPRIEDADE RURAL. RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA. FISCALIZAÇÃO. A Constituição Federal de 1988, em capítulo específico, trata das questões atinentes à defesa e proteção do meio ambiente, cabendo ao Poder Público e à coletividade tais incumbências. Tratando-se de dano ambiental, a legislação infra constitucional, recepcionada pela Carta Política de 1988, atribui a responsabilização independente de culpa do causador do dano. Reconhecida a legitimidade passiva dos réus IBAMA e Estado do Paraná para integrar o polo passivo da presente ação civil pública. Condenada a parte ré a preservar local de sua propriedade rural inserido em área de preservação permanente e recuperar área degradada, bem como paralisar atividades agrícola e pecuária ali desenvolvidas. Condenados IBAMA e Estado do Paraná a delimitar área total de reserva legal e de preservação permanente em propriedade rural de terceiro, assim como fiscalizar o cumprimento das medidas determinadas no feito (TRF4. Apelação Cível nº 2000.70.10.001522-2/PR. Quarta Turma. Relator: Des. Federal Edgard Lippman Jr. Julgado em 10 de outubro de 2007).

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ILÍCITO AMBIENTAL. MUNICÍPIO E UNIÃO FEDERAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LOTEAMENTO PARQUE BALNEÁRIO BOA VIAGEM. RIO ACARAÍ. TERRENOS DE MARINHA. 1. Verificados pelos elementos constantes nos autos que o loteamento irregular da área em questão, decorreu somente da omissão e/ou negligência do Poder Público Municipal e Federal, que instados pelo Ministério Público Federal a tomarem medidas efetivas para a evitação dos danos ao final constatados, decorrente da irregular ocupação da área, inclusive com o beneplácito da CELESC, que instalava energia elétrica nas economias lá construídas, foi correta a sentença que os condenou a indenizar os referidos danos ambientais em valor destinado a fundos de recomposição ou de prestação ao meio ambiente. 2. Também, correta a sentença no que respeita a condenação de ambos os entes públicos (Município de São Francisco do Sul e União Federal) às obrigações de fazer, consistentes de medidas efetivas de identificação e expulsão de novos ocupantes, bem como promoção de ações demolitórias necessárias, cadastramento dos atuais ocupantes, constante fiscalização do local com apresentação ao juízo dos respectivos relatórios e determinação à CELESC, que se abstenha de fornecer energia elétrica a novos ocupantes sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a mesma a que ficam submetidas a União e o Município (TRF4. Apelação Cível nº 2001.04.01.076095-0/SC. Quarta Turma. Relator: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Julgado em 16 de maio de 2007).

Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA – ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MANUTENÇÃO DA REDE DE ESGOTO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. *FAUTE DE SERVICE*. ART. 23, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. 1. O Tribunal de origem fixou que, nos termos do art. 23, inciso IX, da Constituição Federal, cabe à municipalidade promover programas de saneamento básico, e que trata-se de competência comum aos entes federativos. Dessa forma, caberia ao agravante manter o sistema de esgoto sanitário e não o fez, omitindo-se abusivamente. 2. Infere-se dos autos que, não obstante a existência de fundamento constitucional, o recorrente, ora agravante, limitou-se a interpor recurso especial, deixando de interpor o extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal; de modo que permanecerá incólume o fundamento constitucional do acórdão recorrido. Incidência da Súmula 126/STJ. Agravo regimental improvido (STJ. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 401.431/RJ. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 22 de outubro de 2013).

EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO POLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. 1. Não existe ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de modo claro e suficiente sobre a questão

posta nos autos. Ademais, é cediço nesta Corte que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos listados pelas partes se ofertou a prestação jurisdicional de forma fundamentada. 2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público (*in casu*, Município de Juquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos. 3. A conclusão exarada pelo Tribunal *a quo* alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, *caput*, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de "interesse local" e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica. 5. Incidência da Súmula 83/STJ. 6. Agravo regimental não provido (STJ. AgRg no Agravo de Instrumento nº 973.577/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 16 de setembro de 2008).

EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS. OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAR. PRECEDENTES. 1. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão que entendeu: a) inexistir ofensa ao artigo 535 do CPC; b) não ter sido a divergência jurisprudencial demonstrada conforme os ditames do CPC e do RISTJ; c) harmonizar-se o entendimento do acórdão recorrido com a jurisprudência deste STJ. Sustenta a agravante, em síntese, que: a) embora tenham sido apresentados embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* não analisou questão relevante pertinente à responsabilidade objetiva do poluidor (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.930/81) e subjetiva da Administração Pública; b) a doutrina e a jurisprudência são favoráveis à sua tese; c) a responsabilidade do Estado, em se tratando de fiscalização, é subjetiva, dependendo da verificação de culpa; d) o dissídio pretoriano foi devidamente comprovado. 2. A matéria central sobre a responsabilidade objetiva do poluidor, presente no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.930/81, e subjetiva da Administração Pública, foi analisada no acórdão vergastado. Não há de se falar em violação do art. 535, II, do CPC. 3. A conclusão do acórdão exarado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que se orienta no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Aplicável, portanto,

a Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental não provido (STJ. AgRg no Agravo de Instrumento nº 822.764/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Julgado em 05 de junho de 2007).

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de prequestioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas nº 282 e 356 do STF. 2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, *caput*, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no polo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido (STJ. Recurso Especial nº 604.725/PR. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em 21 de junho de 2005).

EMENTA - DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A

LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação (STJ. REsp 28222/SP. Segunda Turma. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 15 de fevereiro de 2000).

Supremo Tribunal Federal:

EMENTA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (INCAPACIDADE PERMANENTE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO (OU MANTIDO PELO PODER PÚBLICO) DANOS MORAIS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A ação ou a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido (STF. ARE 843559 AgR/RJ. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 2 de dezembro de 2004).

EMENTA – Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto

por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido (STF. ARE 754778 AgR/RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 26 de novembro de 2013).