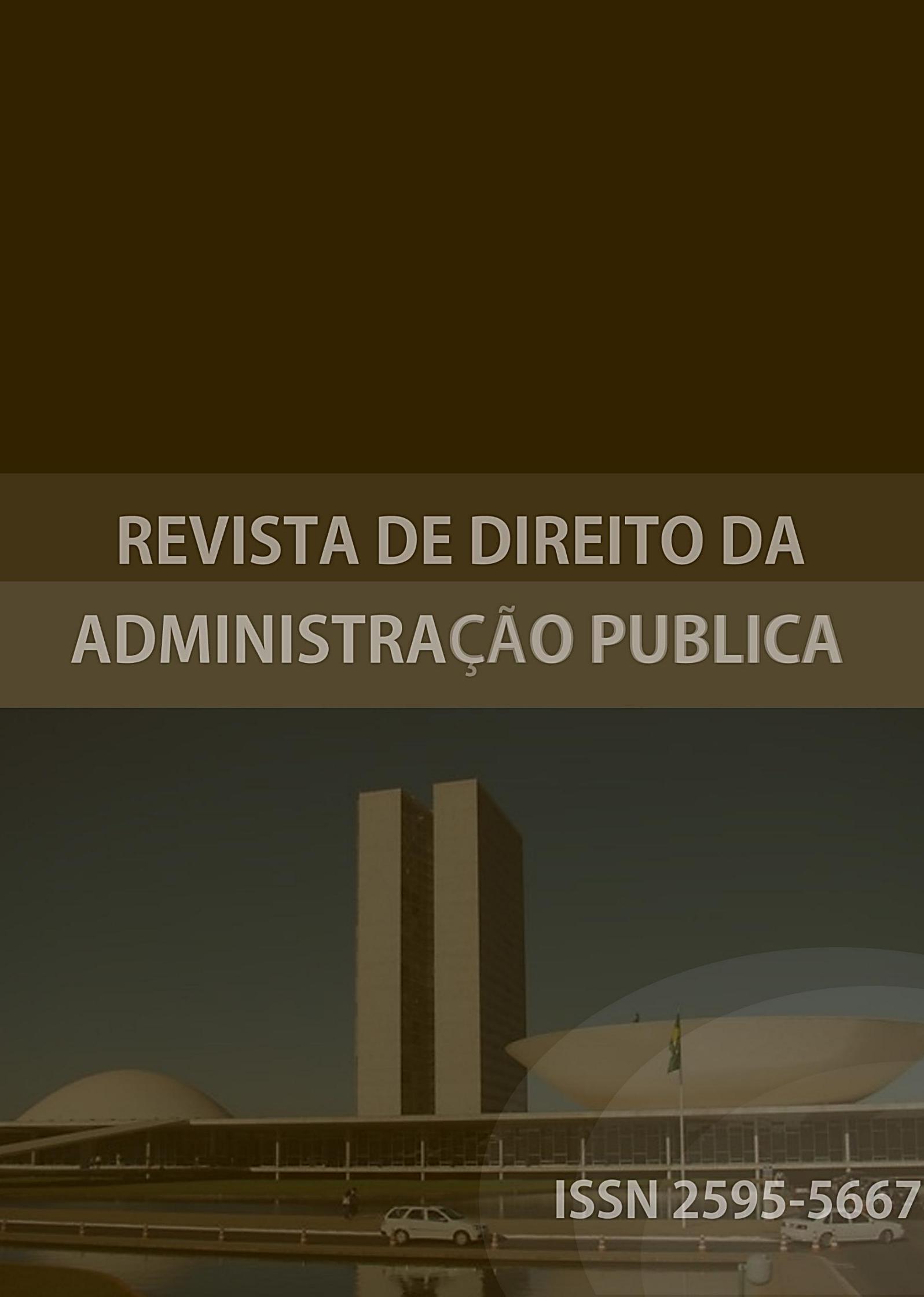


REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark with its distinctive two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, circular graphic element in the lower right corner.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 03 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - FEV 2016

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2017

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

Sra. Andréia Cristina Rocha Gomes, UFF.	Prof. Ms. João Paulo Sporn, USP.
Prof. Ms. Adriano de Souza Martins, UFF.	Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ.
Prof. Ms. Bruno Santos Cunha, USP.	Prof. Ms. Luiz Fernando Gomes, CEFET.
Sra. Carolina Leite Amaral, UFRJ.	Prof. Ms. Marcio Felipe Lacombe, UFF.
Prof. Dra. Debora Sotto, PUC-RJ.	Prof. Ms. Marcus Vinicius Bacellar, UFF.
Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF.	Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ.
Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso, UFPE.	Prof. Dr. Phillip Gil França, PUC-RS.
Prof. Dra. Irene Nohara, MACKENZIE.	Sra. Rossana Claudia Braga, UFF.
Prof. Ms. Isabela Rossi Ferrari, UERJ.	Prof. Ms. Victor Aguiar de Amorim, IDP.
Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF.	Prof. Ms. Thiago Bastos, UFF.

Diagramação e Layout:

Prof. Ms. Emerson Affonso da Costa Moura, UFJF.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Marco regulatório da mineração no: a disputa entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento</i>	007
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Pedro Henrique Sousa de Ataíde	
<i>A quem pertence a propriedade mineral? Estudo à luz do Estado Democrático de Direito</i>	032
Rafhael Frattari e Jairo Boechat Junior	
<i>O meio ambiente, a exploração de minérios e as falhas do mercado</i>	060
Marília Gabriela Lira	
<i>Autorregulação e responsabilidade social da empresa no setor minerário: a experiência com o “Programa Mineração”</i>	086
Rodrigo da Fonseca Chauvet	
<i>O perigo extraordinário da mineração e o consentimento administrativo como fator de atribuição de responsabilidade civil para a União Federal</i>	103
Eduardo Faria Fernandes e Sérgio Foster Perdigão	
<i>A tutela estatal do meio ambiente frente à mineração: axiomas, dilemas, possibilidades e perspectivas normativas</i>	133
Paulo Sérgio Mendes César	
<i>Lições de Mariana e a contaminação do rio doce</i>	169
Juliana Alves de Araújo Bottechia, Marcia Barbosa Gobira e Ana Lucia Martins Sousa	
<i>O direito à água: dever do Estado e a contaminação do rio doce</i>	188
Amanda Eloá Oliveira Moreira e Amanda Martins Torres	
<i>Regulação da Mineração e Responsabilidade por Dano Ambiental: O Caso do Rio Doce</i>	220
Lane Dias Ribeiro	
<i>A solidariedade na responsabilidade por colapso omissivo regulatório e fiscalizatório do Estado na área ambiental: o dramático episódio do rio doce</i>	249
Flavio Antonio de Oliveira	

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à intensidade e à abrangência da regulação estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público, n. 4, nov-dez 2005.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico – A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

RABAÇA, Alberto Carlos; BARBOSA, Guimarães Gustavo. *Dicionário de Comunicação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

RAMOS, Simone. *Responsabilidade Social – Cidadania Empresarial*. Disponível em: https://comunicacaoorganizada.files.wordpress.com/2009/07/responsabilidade_social-simone-ramos.pdf, com acesso em 10.10.2016.

SADDY, André. *Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SADDY, André. *Descrédito da Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Concurso de Fontes*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-saddy/descredito-da-regulacao-estatal-autorregulacao-privada-e-concurso-de-fontes>. Acesso em 10.10.2016.

SILVA, Felipe Morelli. *Especulação no mercado futuro de commodities agrícolas e o papel da regulação governamental e da autorregulação da BM&F BOVESPA*. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 239-262, maio2015.

**O PERIGO EXTRAORDINÁRIO DA MINERAÇÃO E O CONSENTIMENTO
ADMINISTRATIVO COMO FATOR DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE
CIVIL PARA A UNIÃO FEDERAL**

**THE EXTRAORDINARY DANGER OF MINING AND ADMINISTRATIVE
CONSENT AS A FACTOR FOR THE ASSIGNMENT OF CIVIL LIABILITY TO
THE FEDERAL UNION**

EDUARDO FARIA FERNANDES

*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade
Federal Fluminense. Procurador do Município de
Niterói.*

SÉRGIO FOSTER PERDIGÃO

*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade
Federal Fluminense. Assessor do Ministério Público do
Estado do Rio de Janeiro.*

RESUMO: Este artigo trata da responsabilidade civil da União Federal quanto à reparação dos danos ambientais causados por atividades da indústria da mineração com as quais consentira. A partir da análise da literatura e jurisprudência norte-americanas sobre o tema, nota-se que a mineração se caracteriza por depender de atividades extraordinariamente perigosas ao equilíbrio ambiental dos ecossistemas onde são desenvolvidas. Considerando que de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro a execução de atividades minerárias por particulares depende de autorizações ou concessões outorgadas por órgãos federais, o objetivo deste trabalho é demonstrar de que o consentimento manifestado pela União Federal é causa da criação de um grave risco ambiental, apto a configurar um fator de atribuição justificante da imputação de responsabilidade civil à Administração Pública como consequência da decisão que autorizou a execução de atividade extraordinariamente perigosa.

PALAVRAS-CHAVES: Mineração; Atividades Extraordinariamente Perigosas; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article deals with the Union's civil liability for the compensation of environmental damage caused by mining industry activities which were approved. Considering that mining is characterized by relying on ultra-hazardous activities to the environmental balance of ecosystems where they are developed, on the premise that the execution of mining activities by private enterprises depend on authorizations or concessions granted by federal organs, from the analysis of doctrine and jurisprudence regarding the legal mining regime in Brazil, the objective of this work is to provide theoretical principles to demonstrate that the approval expressed by the Union is the cause of creating a serious environmental hazard that sets an allocation factor capable of justifying the charge of liability to the State as a result of the decision that authorizes an ultra-hazardous activity.

KEYWORDS: Mining; Ultra-hazardous Activity; Civil Liability.

I. INTRODUÇÃO

A mineração está entre os primeiros empreendimentos desenvolvidos pela humanidade. Desde a Idade da pedra, passando pelas Idades do Bronze e do Ferro, o domínio sobre a extração e manipulação de minérios, muitas vezes, foi o fiel da balança entre vida e morte para as civilizações. Inicialmente utilizados para a fabricação de utensílios e armas primitivas, posteriormente como matéria-prima para o desenvolvimento da construção civil, na atualidade é difícil imaginar um ramo da indústria mundial absolutamente independente dos produtos da mineração.

Justamente por destinar-se ao fornecimento de insumos que constituem a base de qualquer sistema de produção, a indústria da mineração foi diretamente impactada pela expansão do consumo que caracteriza o mundo globalizado. Para atender ao expressivo crescimento da demanda, foi necessário investir no desenvolvimento de tecnologias capazes de garantir o correspondente aumento da capacidade produtiva do setor.

Essa busca por formas mais eficientes para fabricar produtos e executar serviços é uma característica da atualidade. Nas últimas décadas, a humanidade testemunhou um salto tecnológico que revolucionou o estilo de vida e de produção no planeta. A cada dia, novos produtos e serviços vêm modificando a forma com a qual indivíduos relacionam-se entre si e com o ambiente que os cerca. O reflexo desse desenvolvimentismo é um cenário global onde o modelo capitalista é praticamente uma unanimidade, no qual os esforços criativos têm servido majoritariamente à criação de mecanismos que propiciem a massificação da produção e do consumo.

Se por um lado essa realidade tem difundido conforto e amenidades antes inimagináveis, a complexidade das relações tem contribuído para o surgimento de riscos em uma velocidade inacreditável e que, por vezes, é maior do que a capacidade humana de criar instrumentos eficientes para com eles lidar.

Esse cenário no qual se desenvolve nosso atual estágio civilizatório foi descrito por Ulrich Becker em seu já clássico livro “Sociedade de Risco” (2011), no qual ele faz uma análise da escalada dos riscos impostos à coletividade como consequência das características do modelo econômico desenvolvimentista consagrado desde a década de 1950, que prioriza o atendimento das demandas do mercado mundial, com a assunção consciente do aumento dos riscos inerentes aos processos produtivos, ainda que isso acarrete a causação de acidentes em maior frequência e com maior gravidade. Tendo como paradigma a catástrofe nuclear de

Chernobyl, o autor foi pioneiro ao despertar o mundo para o fato de que algumas tecnologias amplamente difundidas determinavam riscos colaterais capazes de produzir danos em proporções catastróficas para a sociedade. Diante desse fato, alertava para a insuficiência dos instrumentos tradicionais de proteção social para a mitigação do perigo extraordinário que algumas atividades representam.

Nesse contexto, pressionada pelo mercado a produzir cada vez mais e mais barato, nas últimas décadas a indústria da mineração investiu em ferramentas que ampliaram em muitas vezes sua capacidade produtiva. Contudo, os mesmos recursos tecnológicos que propiciaram a maximização dos processos têm sido responsáveis por um significativo incremento dos riscos para o equilíbrio ambiental dos ecossistemas dos locais de extração mineral. Conseqüentemente, a indústria da mineração passou a depender da execução de atividades que representam perigos extraordinários, tanto para pessoas quanto para o meio ambiente. A infeliz lembrança do recente desastre causado pelo rompimento de uma barragem destinada à contenção de rejeitos da exploração de minério de ferro que dizimou a cidade de Mariana/MG, vitimando um grande número de pessoas e gerando um incalculável dano ambiental, não deixa dúvida do potencial danoso de atividades mineratórias⁶⁴.

Além disso, diante da demora na adoção de medidas reparatórias concretas e proporcionais aos prejuízos causados, a catástrofe ocorrida em Mariana/MG evidenciou a ineficiência do sistema jurídico-normativo da responsabilidade civil para a recomposição de ecossistemas destruídos por danos de proporção inestimáveis. Fato que revela a insuficiência da proteção que o Poder Público destina ao meio ambiente, uma vez que desproporcional em relação aos perigos que essas atividades extraordinariamente perigosas representam.

Partindo dessas premissas, quais sejam, de que as atividades que integram o ciclo produtivo da indústria da mineração caracterizam-se por criarem perigo extraordinário ao meio ambiente e à sociedade, e que as regras de responsabilidade civil, da forma como vêm sendo interpretadas, não tem garantido a efetiva reparação dos danos ambientais extraordinários, importa discutir o papel do Estado como garantidor constitucional de um meio ambiente ecológicamente equilibrado, no contexto de desastres ambientais causados por empreendimentos minerários.

Considerando os deveres constitucionais da União Federal de proteção e garantia do direito coletivo fundamental ao meio ambiente ecológicamente equilibrado, bem como, o fato de que a execução de atividades ligadas à mineração depende do consentimento de órgãos

⁶⁴ <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/>

federais, este trabalho defende que, diante de desastres ambientais causados no contexto de atividades minerárias consentidas pela União, seja ela civilmente responsabilizada pela reparação dos danos ambientais causados.

Assim, a primeira parte deste trabalho se destina à análise da origem das teorias acerca das regras de responsabilidade civil incidentes sobre as atividades extraordinariamente perigosas com a finalidade de identificar as características que permitem o enquadramento da mineração dentro desse conceito.

A segunda parte aborda as atribuições que o regime jurídico da mineração no Brasil determina para o Poder Público e qual o grau de responsabilidade deste em relação à instalação e desenvolvimento de atividades mineratórias que impliquem perigo extraordinário para o meio ambiente.

Na terceira parte, com fundamento na teoria do risco criado, discute-se a questão do consentimento do Poder Público em relação à execução de atividade mineratória que implique perigo extraordinário ao meio ambiente como critério de atribuição de responsabilidade civil à Administração Pública Federal quanto à reparação dos danos ambientais causados.

Por fim, a relevância deste estudo está justamente em diagnosticar a extraordinária periculosidade que caracteriza as atividades da indústria da mineração para justificar uma interpretação razoável das normas e princípios destinados à sua regulação. Fornecendo, assim, um poderoso argumento para que a sociedade exija do Estado uma proteção proporcional em relação aos riscos que a mineração determina, com a garantia da efetiva reparação dos danos ambientais eventualmente causados.

II. A MINERAÇÃO COMO ATIVIDADE EXTRAORDINARIAMENTE PERIGOSA

A manutenção do estilo de vida contemporâneo, caracterizado pelo elevado padrão de consumo de bens e serviços, pressupõe o desenvolvimento de algumas atividades econômicas que transbordam os limites daquilo que hodiernamente é considerado como sendo um risco normal e tolerável. Isto porque apesar do perigo que representam, prevalece o entendimento de que a essencialidade dos benefícios que produzem autoriza um juízo de custo benefício capaz de justificar seu desenvolvimento.

Algumas atividades, contudo, implicam perigos extraordinários, em relação aos quais o ordenamento jurídico não consegue determinar comportamentos capazes de afastar os riscos

que lhes são inerentes, tampouco estabelecer procedimentos eficazes para o efetivo ressarcimento dos danos que eventualmente causem.

Isso ocorre, porque a pressão cada vez maior e mais urgente do mercado por produtos e serviços tem determinado uma incessante busca pelo aumento na capacidade de produção dos diversos ramos da indústria, o que, como consequência, implica a escalada dos riscos presentes em algumas atividades. Esse processo chegou ao ponto do desenvolvimento de sistemas produtivos de tamanha grandeza que, em ocorrendo um incidente, os danos desencadeados podem alcançar proporções desastrosas, por vezes tão graves, que podem vir a ser de impossível reparação.

Nesse contexto, para garantir o atingimento dos resultados pretendidos são toleradas atividades extraordinariamente perigosas, em relação às quais, mesmo adotadas as melhores práticas preventivas disponíveis, não é possível afastar por completo as chances de ocorrência de eventos danosos de significativa gravidade. Essas constatações levaram Ulrich Beck (2011, p. 8) a afirmar que na modernidade “*não é a falha que produz a catástrofe, mas os sistemas que transformam a humanidade do erro em inconcebíveis forças destrutivas*”.

Assim, a literatura científica estrangeira tem dedicado especial atenção às atividades que se destacam por serem extraordinariamente perigosas, pois, ainda que desempenhadas de acordo com os mais exigentes padrões de técnica e segurança, sua simples execução já implica na criação de riscos de danos de proporções catastróficas. É o que ocorre, por exemplo, com a produção de energia nuclear, vide os desastres de Chernobyl, em 1986, e Fukushima, em 2011; com a exploração de petróleo, que chocou o mundo com a gravidade dos danos causados ao ecossistema marinho do golfo do México, quando em 2010, mais de cinco milhões de barris de petróleo vazaram no mar (GREENPEACE, 2015); e, como ficou claro no desastre de Mariana/MG, com as atividades de mineração. Esses são casos que, diante da extensão dos danos que algumas atividades têm potencial para produzir, evidenciam a magnitude dos perigos que o progresso tecnológico traz consigo.

O desafio de caracterizar tais situações, apesar de pouco explorado no Brasil, já vem sendo enfrentado por juristas estrangeiros desde meados do século XIX, quando, pela primeira vez, o direito britânico reconheceu a necessidade de um tratamento diferenciado para as chamadas “[Abnormally Dangerous Activity](#)” ou “[Ultrahazardous Activity](#)”, que, em tradução livre para o português, podem ser denominadas Atividades Extraordinariamente Perigosas.

Naquela ocasião, no ano de 1868, o Poder Judiciário inglês apreciou o caso *Rylands vs. Fletcher*, reconhecido como o *leading case* no que diz respeito às *abnormally dangerous*

activitys (BOSTON, 1999, p.601-603). Neste caso concreto, discutia-se a responsabilidade por danos que animais de um fazendeiro causaram à propriedade vizinha à sua. Ao final do julgamento ficou definido que se determinada pessoa por seus próprios meios e em seu próprio benefício traz para suas terras e nelas mantém alguma coisa perigosa que possa causar danos se escapar, deve conservá-la em segurança, sob pena de ser responsabilizado pelos prejuízos que causar. Consagrando esse entendimento, desde então os sistemas jurídicos do Reino Unido e dos Estados Unidos da América têm utilizado este precedente como regra para as hipóteses de danos causados por atividades extraordinariamente perigosas.

Com base nos parâmetros definidos no caso *Rylands vs. Fletcher*, o *American Law Institute – ALI* definiu o conceito de “*abnormally dangerous activity*”⁶⁵ e incorporou na seção §520 do *Restatement (Second) of Torts*⁶⁶ - dedicada exclusivamente às atividades extraordinariamente perigosas - uma lista com seis critérios que devem ser considerados pelos tribunais para identificar a extraordinariedade que caracteriza o perigo criado na situação analisada. Ressalte-se que para caracterizar uma atividade como extraordinariamente perigosa não é necessário constatar na hipótese todos os fatores elencados, pois, a depender do caso concreto, uns terão mais peso do que outros (CANTU, 2002, p. 37-40).

O primeiro fator é o alto grau de risco para o meio ambiente, pessoas e bens juridicamente protegidos, que decorra da imposição de perigo extraordinário que foge da normalidade em relação àquilo que é usualmente considerado tolerável. Nesse sentido, importa considerar a gravidade dos danos (físicos, morais e patrimoniais) em potencial.

Em segundo lugar, para a aferição da extraordinariedade do perigo, deve ser considerada a probabilidade da ocorrência de danos⁶⁷. Note-se que a elevada probabilidade implica a previsibilidade do perigo. Assim, o perigo extraordinário que decorre de determinada atividade deve ser notório, de conhecimento geral, fazendo bastar para a imputação das obrigações decorrentes da responsabilidade a constatação de que o agente causador tinha condições

65 Na forma da seção §519 do *Restatement (Second) of Torts*: “One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to person, land or chattels of another resulting from the activity, although he exercised the utmost care to prevent the harm”.

66 O *Restatement of Torts* é um tratado composto por uma série de teses jurídicas desenvolvidas pelo American Law Institute, que resume os princípios gerais do Direito dos Estados Unidos da América, bem como interpretações consagradas pela jurisprudência dos tribunais. Assim, representa uma influente fonte do Direito Norte-americano.

67 A esse respeito, há de se ressaltar que a doutrina norte-americana admite como causadoras de perigo extraordinário as situações em que a probabilidade da ocorrência de danos seja extraordinariamente elevada, embora a gravidade desses potenciais danos seja ordinária (ex: é muito provável que a utilização de explosivos em um bairro residencial acarrete danos a terceiros, ainda que na maioria dos casos, tais danos apenas causem pequenos prejuízos de ordem patrimonial), bem como nas hipóteses em que, apesar da probabilidade da ocorrência de danos ser relativamente baixa, a gravidade do dano potencial é extraordinariamente alta (CANTU, 2002, p. 37).

potenciais de saber do perigo extraordinário que criara, fato que assim, afasta a possibilidade de alegação do seu desconhecimento.

O terceiro fator é a limitada capacidade de prevenção, no sentido de que, apesar da adoção de todas as medidas de segurança recomendáveis, estas não são suficientes para evitar o risco da ocorrência de eventos danosos ou para permitir a contenção eficaz dos danos eventualmente provocados. É o que lhes difere das atividades ditas seguras, uma vez que caracteriza essa segurança o fato de existirem medidas preventivas aptas a minimizar a probabilidade da ocorrência de incidentes ou atitudes capazes de conter eventuais danos. Essa análise é de suma importância, pois a irrelevância da adoção de medidas de segurança razoavelmente exigíveis é um indicativo da insignificância do elemento culpa para a fixação da responsabilidade (CANTÚ, 2002, p. 38).

Em quarto lugar deve ser analisado se a atividade de referência pode ser considerada de utilidade especial, quer dizer, esta deve ser executada em benefício de um grupo determinado ou determinável de indivíduos, embora exponha a risco terceiros que não recebem benefício relevante em decorrência de sua execução. São atividades diametralmente opostas ao que ocorre em relação às atividades qualificadas como de uso comum, ou seja, aquelas que embora impliquem risco para bens jurídicos relevantes, não podem ser consideradas extraordinárias uma vez que uma parte significativa da comunidade se envolve em sua prática e delas se beneficia. Casos nos quais a extraordinariedade do perigo é afastada com fundamento no princípio da reciprocidade (SIMONS, 2009, p. 7). Nesse sentido, são consideradas atividades de uso comum a utilização de veículos automotores e a aviação civil, que embora envolvam riscos incontestáveis, são satisfatoriamente partilhadas por toda a população⁶⁸. Com base nessa distinção prevalece que, por não beneficiarem igualmente todas as vítimas em potencial, os danos causados por atividades de uso especial devem ser imputados àqueles por elas privilegiados.

O quinto fator pressupõe aferir se determinada a atividade é apropriada para o local onde é realizada, considerando-se para isso os riscos envolvidos e os bens jurídicos ameaçados. Importa destacar que essa aferição não é exclusivamente objetiva, pois, além da análise sobre a atividade em si, se está é ou não compatível com o ambiente no qual se desenvolve, Charles E. Cantú (2002, p. 39) ressalta a necessidade de levar em consideração qual a aceitação dessa atividade pela comunidade da região.

68 Especificamente em relação ao sobrevoo de aeronovas sobre o espaço urbano, no caso *Crosby v. Cox Aircraft*, a Suprema Corte do Estado de Washington decidiu ser esta uma atividade de uso comum, sendo apropriado o seu desenvolvimento, ainda que sobre centros urbanos.

Por fim, o sexto diz respeito à importância da atividade para a comunidade. Deve-se aferir, a partir de uma análise de proporcionalidade baseada tanto em aspectos econômicos, quanto no dever de respeito aos direitos individuais e coletivos, até que ponto os benefícios que a comunidade recebe justificam o desenvolvimento daquela atividade⁶⁹.

Em relação à utilidade interpretativa desses fatores, deve ficar claro que, embora o próprio *Restatement (second) of torts* reconheça, na alínea “f” acerca da correta interpretação da seção §520, que todos os seis critérios são igualmente importantes para identificar se um perigo é anormal, os tribunais norte-americanos tendem a focar nos três primeiros: a gravidade dos danos; a probabilidade da ocorrência de danos; e a evitabilidade do perigo através da adoção da cautela razoavelmente exigível (WATSON, 2016, p.5).

Portanto, consideradas essas características, o conceito de atividades extraordinariamente perigosas adotado neste trabalho pressupõe a exposição do meio ambiente a um perigo: extraordinário - seja pela excepcional gravidade dos prejuízos em potencial, ou pela significativa probabilidade de ocorrência -; previsível - para as pessoas por este responsáveis -; inevitável - mesmo diante da adoção das melhores práticas preventivas -; desproporcional - em relação aos benefícios proporcionados -; e cuja reparação, se necessária, deve ficar a cargo daquele(s) que tenha(m) dado causa ao evento danoso.

Logo, uma atividade extraordinariamente perigosa é aquela que, apesar da adoção de todas as precauções e cuidados possíveis expõe o meio ambiente e/ou a sociedade a um perigo extraordinário, sem oferecer, em contrapartida, benefícios proporcionais ao risco que representa, revelando-se inadequada ao local em que é desenvolvida.

De acordo com esse conceito, é forçoso concluir que a mineração contempla atividades e processos de excepcional potencial lesivo para a sociedade e para o meio ambiente. Este fato fica evidente diante dos tristes acontecimentos na cidade de Mariana/MG e de diversos outros incidentes que, como maior ou menor extensão, geraram graves danos de relevante impacto sobre o meio ambiente e bem-estar das populações vitimadas.

Sendo certo que independentemente da proporção em que venham a ser executadas, seja de forma artesanal, a exemplo da exploração aurífera por cooperativas de garimpeiros, ou industrialmente, no caso da exploração massiva de minério de ferro por grandes companhias

69 Ressalte-se que a utilização da importância, ou valor de uma determinada atividade para uma comunidade, ou para a sociedade em geral, como critério para a identificação de atividades extraordinariamente perigosas desperta divergências na doutrina norte-americana. Neste sentido, o professor Kenneth W. Simons (2009, p. 9-11) afirma que por ser essencialmente subjetiva, a definição de importância/valor permite as mais diversas e particulares interpretações, fazendo com que a mesma atividade seja considerada importante para algumas pessoas e não para outras.

internacionais, a mineração naturalmente submete o meio ambiente a perigos extremos que podem variar desde a contaminação do solo e de mananciais, até a devastação completa de ecossistemas com a consequente extinção de espécies da fauna e da flora nativas.

Ocorre que por integrar o grupo das chamadas indústrias primárias ou de base, qual sejam, aquelas atividades econômicas desenvolvidas a partir da transformação de recursos extraídos diretamente da natureza em produtos básicos utilizados como matéria-prima para abastecer outros setores industriais, a mineração é desde o período pré-histórico um dos empreendimentos mais importantes para a humanidade. Importância esta que só fez aumentar com o desenvolvimento da sociedade.

Na atualidade, as máquinas utilizadas na mineração estão cada vez maiores, as minas cada vez mais profundas, o que torna o impacto socioambiental dessas atividades consequentemente cada vez mais agressivo.

Diante desse quadro, reconhecer a excepcional gravidade dos riscos inerentes às atividades desenvolvidas pela indústria da mineração consiste no primeiro e fundamental passo para o correto tratamento de questões ambientais ligadas às consequências gravosas impostas por essas atividades ao meio ambiente.

A esse respeito, considerando que é responsabilidade do Direito estabelecer, através de suas regras, os padrões de conduta socialmente aceitáveis, a identificação do potencial danoso das ações humanas constitui-se como um importante parâmetro para o seu disciplinamento pelo ordenamento jurídico, que poderá, a partir desta análise, proibir, permitir sob determinadas condições, ou permitir livremente, situações que minorem ou ampliem os riscos inerentes a determinadas atividades. Essa é a premissa que autoriza a positivação de normas restritivas da liberdade individual e da livre iniciativa, como as que tipificam crimes, exigem licenciamentos, ou determinam regras de zoneamento urbano.

Por essa razão o ordenamento jurídico em vigor no Brasil determina um regime para a mineração nas áreas sob a jurisdição brasileira que fixa regras aplicáveis ao Poder Público e aos particulares, cada qual com seus direitos, deveres e responsabilidades.

III. O REGIME JURÍDICO DA INDÚSTRIA DA MINERAÇÃO NO BRASIL E AS ATRIBUIÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO

A história do Brasil tem uma particular ligação com a atividade mineradora. Foi o interesse por metais e pedras preciosas que impulsionou a expansão marítima que resultou no descobrimento do país, que, desde o início da colonização, teve seu território intensamente explorado por aventureiros que buscavam riquezas. As chamadas bandeiras foram fundamentais à interiorização da ocupação e, conseqüentemente, à definição das atuais fronteiras do Brasil. Contudo, apesar da precocidade das expedições, por aqui a mineração como atividade econômica só adquiriu relevância significativa no Século XVIII, como a descoberta de ouro de aluvião nos leitos dos rios das Minas Gerais, no período que ficou conhecido com o “ciclo do ouro”. (MENEZES, 2011)

Atualmente, o Brasil é um dos principais atores do cenário internacional da mineração, destacando-se não só pela heterogeneidade de sua produção, mas principalmente pela vastidão de suas reservas, que, em relação a muitos produtos, são as maiores do mundo⁷⁰.

Justamente por sua tradicional relevância para a economia nacional é que no Brasil as atividades minerárias são estritamente reguladas desde o período colonial⁷¹, época em que, de acordo com as Ordenações do Reino de Portugal, todos os recursos minerais eram propriedade da Metrópole Portuguesa (VELASCO, 1994). Nesse período, vigorava o chamado sistema regaliano, que determinava uma dualidade imobiliária, disassociando a propriedade estatal sobre as riquezas do solo da propriedade privada sobre a sua superfície. A exploração por particulares pressupunha uma indispensável autorização real e a observância de um rígido sistema de normas estabelecidas pela Coroa para controlar a extração mineral, especialmente o ouro e a prata (COSTA, 2013), mas que era aplicado para os mais diversos tipos de minérios⁷². Em relação ao regime jurídico da mineração brasileira durante o período colonial, Hildebrando Herrmann (1995, p. 121) ainda destaca a importância do 1º Regimento de Terras Minerárias do

70 Nesse sentido, o Sumário Mineral de 2015 produzido pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/sumarios/sumario-mineral-2015>>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

71 O professor Hildebrando Herrmann ressalta que mesmo antes do descobrimento as Ordenações do Reino de Portugal já estabeleciam já disciplinavam a exploração de bens minerais. Assim, afirma que: “o Brasil, portanto, à época da descoberta, já possuía legislação protetora do meio ambiente, bem como normas disciplinadoras do aproveitamento de bens minerais em seu território”. De acordo com o Título 25, §15, Livro II, das Ordenações Manuêlinas estabelecia como direito da Coroa “os veeiros de ouro ou prata ou qualquer outro metal”, dispositivo que sob o termo “metais” alcança todos tipos de minerais. (HERRMANN, Hildebrando. *Mineração e meio ambiente: metamorfoses jurídico-institucionais*. Rio Claro, 1995. Tese de Doutorado apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Geociências - Universidade Estadual Paulista, p 107).

72 A esse respeito, HILDEBRANDO HERRMANN afirma que: “A primeira mineração brasileira foi autorizada a funcionar por Tomé de Souza em 1549, na cidade de Salvador. Era voltada para os depósitos conchíferos da região, cujo produto destinava-se à produção de cal-virgem destinado à argamassa e à caiação. Em 1575, na cidade de São Paulo, é autorizada a funcionar uma olaria para a fabricação de telhas”. (HERRMANN, Hildebrando. *Mineração e meio ambiente: metamorfoses jurídico-institucionais*. Rio Claro, 1995. Tese de Doutorado apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Geociências - Universidade Estadual Paulista, p 113).

Brasil, de 1603, primeira codificação de normas exclusivamente minerárias a vigorar no Brasil, que, no espírito da disciplina então em vigor, regulamentou com maior detalhamento a exploração mineral no território nacional.

Após a independência em 1822, esse regime inaugurado pelas Ordenações do Reino de Portugal foi incorporado pelo ordenamento brasileiro com a ratificação das ordenações pela Lei de 20 de outubro de 1823.

A Constituição Imperial de 1824 respeitou o regime jurídico instaurado durante o período imperial, e, embora não fizesse menção expressa às atividades minerárias, em seu artigo 179, XXII, garantiu aos cidadãos o “*Direito de Propriedade em toda a sua plenitude*”, sem revogar as normas Filipinas de natureza cível que determinavam a separação entre as propriedades do solo e das riquezas minerais do subsolo⁷³. No mais, em seu artigo 15, XV, atribuiu à Assembleia Geral, que constituía o Poder Legislativo Imperial, a competência para “*regular a administração dos bens nacionais, e decretar sua alienação*”.

Com a proclamação da República em 1889, foi promulgada a Constituição de 1891, que reformulou integralmente a sistemática que até então vinha sendo adotada. Revolucionando a sistemática anterior, a Constituição Republicana implementou, pelo artigo 72, §17, o chamado sistema fundiário (ou da acessão), segundo o qual a propriedade sobre o subsolo segue, ou acresce, a propriedade da superfície considerada principal⁷⁴. Com isso, pela primeira vez na história da mineração brasileira os recursos minerais seriam de propriedade do proprietário do terreno onde fossem encontrados. Posteriormente, o próprio Código Civil de 1916, em

73 Carlos Luiz Ribeiro ressalta que a entrada em vigor da Constituição de 1824 suscitou uma discussão acerca do reconhecimento implícito do direito pleno do proprietário do solo em relação ao aproveitamento das riquezas nele presentes, inclusive minerais do subsolo: “*A Constituição de 1824, contudo, garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude, causando polêmicas. Isto significava, para importante corrente de juristas, o fim do direito do Estado à propriedade minerária, que passaria a integrar a propriedade do solo, como seu acessório, inaugurando, assim, o sistema da acessão. Tal situação teria sido confirmada pelo Decreto de 27.1.1829, que reconhecia o direito dos proprietários do solo de realizarem pesquisa mineral em suas terras. Nada obstante esses argumentos, logrou sair vitoriosa a corrente contrária, para qual a Constituição, ao subordinar o direito de propriedade às leis anteriores, não reconhecia o sistema de acessão. A propriedade minerária passava, assim, a integrar o patrimônio do Estado brasileiro. Hildebrando Hermann observa que ‘sua exploração dependia, era bem verdade, de concessão imperial, mas sempre em obediência aos mais elevados interesses do País. Trata-se, portanto, de regime dominial em oposição ao regaliano do período histórico anterior’*”. (RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 5-6). Posteriormente, outras leis, como a Lei de 23 de agosto de 1873, reconheceram a propriedade estatal sobre os recursos minerais do subsolo.

74 Em parecer sobre os Direitos Minerais, PONTES DE MIRANDA sustentava o entendimento de que o instituto da acessão não seria adequada, uma vez que aos recursos minerais não poderia ser conferida natureza jurídica de *res* que acedesse ao solo. Isto porque, para o autor, os minérios seriam, em verdade, partes integrantes do solo. (MIRANDA, Pontes de; E CAMPOS, Francisco. *Direitos Minerais sobre minas conhecidas antes de 1934 – Pareceres dos Drs. Pontes de Miranda e Francisco Campos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 17-22).

observância ao regime constitucional, reconheceu nos artigos 43, 61 e 526 o direito do proprietário sobre os recursos minerais do subsolo.

No entanto, insta salientar que, como se da parte final do referido dispositivo⁷⁵, a Constituição da República Velha não criou para o proprietário de terras um direito absoluto, pois conferiu ao Estado competência legislativa para regulamentar a exploração desse ramo de indústria. Segundo Carlos Luiz Ribeiro (2005, p.7), com fundamento nesse dispositivo foram positivadas as primeiras normas para a legislação minerária, dentre elas a Lei Pandiá Calógeras (Decreto n.º 2.933, de 6.1.1915), que teve o mérito de criar a figura do interventor de minas responsável por realizar pesquisas em terrenos particulares, ainda que sem a autorização do proprietário, e a Lei Simões Lopes (Decreto n.º 15.211, de 28.12.1921), que entrou para história como o primeiro Código de Minas brasileiro.

Em 1934 foi promulgada a Constituição do Estado Novo, e com a alteração de paradigma, mais uma vez foi modificado o regime constitucional destinado à extração de recursos minerais do solo brasileiro⁷⁶. A principal alteração foi o definitivo abandono do sistema fundiário, com a reimplantação do sistema dominial pelos artigos 118 e 119, que devolveram a propriedade sobre as riquezas do solo ao Estado, independentemente de qualquer discussão acerca da propriedade do terreno. A partir de então, o regime adotado para a exploração minerária passou a ser o de concessão a partir do licenciamento da atividade na forma da lei⁷⁷, que conferiu ao proprietário a preferência na exploração e a coparticipação nos resultados. A Constituição de 1934 também inovou ao restringir as autorizações e concessões aos brasileiros ou a sociedades organizadas no Brasil (art. 119, §1º), o que permitiu a participação de estrangeiros no mercado da mineração, bem como positivou a possibilidade de a União delegar aos Estados as atribuições para autorizar e fiscalizar o aproveitamento das “riquezas do subsolo” (art. 119, §3º).

75 Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria (BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

76 Dentre as principais características da Constituição de 1934, destaca-se seu caráter altamente interventivo sobre a economia e a sociedade. Nessa linha, foi esta a primeira constituição a positivizar um título específico para disciplinar a ordem econômica e social (Título IV, artigos 115 a 143).

77 Conforme as regras de distribuição da competência legislativa na Constituição de 1934, era competência privativa da União legislar sobre “as riquezas do subsolo” e “sua exploração” (art. 5º, XIX, “j”). Contudo, era assegurada aos Estados a competência legislativa supletiva necessária ao atendimento das peculiaridades locais.

Ademais, sob sua égide foi promulgado um novo Código de Minas, o Decreto n.º 24.642, de 10 de julho de 1934⁷⁸, que disciplinava as atividades de pesquisa, extração e produção de minérios e combustíveis fósseis. Duas previsões do referido decreto merecem ser destacadas. No primeiro lugar, a norma do art. 5º, que no caput preserva a propriedade dos donos do solo em relação às minas conhecidas, enquanto as minas na época desconhecidas incorporaram-se ao patrimônio nacional. Em segundo, as normas do Capítulo II, especificamente destinado ao disciplinamento do “abandono e suspensão de lavra”, que, no artigo 53, previa a responsabilização do concessionário pelos danos e prejuízos que a suspensão dos trabalhos ocasionasse à própria mina ou a terceiro.

A regulamentação criada para o setor impulsionou o desenvolvimento da mineração brasileira, e, talvez por isso, fora mantido em sua essência pelo texto da Constituição “Polaca” de 1937, que o disciplinou nos artigos 143 e 144. Ressaltam-se apenas algumas alterações de cunho nacionalista como a necessidade de nacionalização de empresas dedicadas à atividade minerária, que deveriam ter apenas brasileiros entre seus acionistas, e a previsão da competência supletiva dos Estados em relação às “riquezas do subsolo” (art. 18), bem como para autorizar o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais dentro de seus respectivos territórios (art. 143, §3º).

Ainda durante a vigência da Constituição de 1937, foi promulgado o Decreto-lei n.º 1.985, de 29 de março de 1940, que, revogando o Decreto n.º 24.642/1934, representou a positivação de um novo Código de Minas, que, além de estabelecer as regras gerais para as atividades de mineração, regulamentou o §3º, do artigo 143 da Constituição de 1937, definindo os requisitos para que fossem delegadas aos Estados as atribuições de autorizar e fiscalizar a pesquisa e lavra de jazidas localizadas em seus territórios. Posteriormente, foi editado o Decreto n.º 3.236/1941, que, ao discorrer sobre o procedimento de desapropriação por utilidade pública, reconheceu o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais como “caso de utilidade pública” apto a autorizar desapropriação.

Com o fim do Estado Novo em 1945, e a conseqüente redemocratização, foi promulgada a Constituição de 1946, que, disciplinou a exploração de atividades minerárias juntamente com as demais riquezas do subsolo, nos artigos 152 e 153, mas pouco alterando o regime estabelecido na Constituição anterior. Uma alteração que merece ser destacada foi a criação do

78 Registre-se a discussão acerca da data da entrada em vigor do Decreto n.º 24.642/1934, que embora sua data de publicação seja 6 (seis) dias anterior à promulgação da Constituição de 1934, este só foi efetivamente publicado alguns dias depois daquela.

direito de preferência do proprietário do solo para a exploração os recursos minerais do subsolo (art. 153, §1º).

Em menos de 20 anos após a superação da ditadura do Estado Novo, em 1964 o Brasil naufragou em um novo governo ditatorial. Com isso, foi necessário editar um novo texto constitucional. A Constituição de 1967 foi promulgada para reorganizar o Estado Brasileiro diante da nova distribuição dos fatores reais de poder consequente da ruptura democrática causada pelo golpe militar três anos antes. Em matéria de Direito Minerário, foi extinto o direito de preferência do proprietário do solo, mas, fora isso, preservou-se o regime anterior, que também não foi alterado pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Na sequência da outorga da Constituição de 1967 foi promulgado o Código de Mineração (Decreto-lei n.º 227/1967) atualmente em vigor. Como produto da política desenvolvimentista característica do regime militar da década de 1970, o Código de Mineração, regulamentado pelo Decreto n.º 62.934/1968, pretendeu fomentar a indústria da mineração nacional. Assim, estabeleceu normas, princípios e conceitos para a regência das atividades minerárias e definiu os critérios para a obtenção de autorizações de pesquisa e concessões de lavra. Além disso, atribuiu ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM a administração dos recursos minerais nacionais, bem como a regulação e fiscalização das atividades minerárias em território brasileiro.

A Constituição de 1988 (CF88) foi, dentre todas as constituições brasileiras, a que estabeleceu o mais completo disciplinamento para o setor minerário nacional. Reconhecendo a relevância desse setor para a economia brasileira, os constituintes de 1988 espalharam pelo texto constitucional diversos dispositivos sobre mineração. De forma dirigente, a Constituição Cidadã estabeleceu normas orientadoras da atuação estatal em diversos setores. Especificamente no campo econômico, determinou que a atuação do Estado como agente econômico é excepcional, e, em regra, sua atuação sobre a economia deve se dar de maneira indireta, em especial para regular e fomentar setores estratégicos, sempre considerados os interesses soberanos da nação.

Tendo recepcionado o Código de Mineração, a Constituição de 1988 manteve a separação das propriedades do solo e do subsolo, consagrando o princípio da dominialidade da União sobre os recursos minerais (art. 21, IX e 176, da CF88), com o reconhecimento para Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios uma compensação financeira como indenização pelo aproveitamento das jazidas localizadas em seus territórios (art. 21, §1º da CF88). Outra característica da Constituição Cidadã está na constitucionalização, no artigo 177, do monopólio

estatal sobre atividades da indústria do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, posteriormente flexibilizados pela Emenda Constitucional n.º 9/1995, bem como sobre minérios e minerais nucleares.

Especificamente em relação ao regime jurídico da exploração e produção mineral no Brasil, a Constituição de 1988 privilegia como instrumentos a autorização e a concessão, mas não veda os demais regimes de aproveitamento estabelecidos no artigo 2º do Código de Mineração de 1967, segundo o qual, no Brasil, as atividades de mineração podem estar submetidas aos regimes: da autorização de pesquisa; da concessão de lavra; do licenciamento; da permissão de lavra garimpeira, e do monopólio. Além disso, em observância aos direitos adquiridos pelos beneficiários remanescentes do regime de autorização e concessão instituído pela Constituição Federal de 1934, admite-se excepcionalmente a realização de atividades de mineração com base no regime dos manifestos de minas.

A divisão entre os regimes da autorização de exploração e da concessão de lavra se baseia no fato de que a mineração pressupõe duas fases distintas e sucessivas.

Primeiramente, a fase de pesquisa que, disciplinada no Capítulo II do Código de Mineração, que requer autorização outorgada sob a forma de alvará expedido pelo DNPM para a execução dos trabalhos exploratórios necessários à avaliação do potencial de determinada jazida mineral.

A seguir, após a conclusão da fase de pesquisa, o responsável submete ao DNPM um relatório dos resultados alcançados. Uma vez que a pesquisa realizada demonstre a viabilidade técnica e econômica da jazida que se pretende explorar, o relatório é aprovado, e o titular da autorização de pesquisa, ou seu sucessor, apresenta requerimento ao Ministério de Minas e Energia que, por portaria, lhe confere a concessão de lavra. De posse da concessão, seu titular passa a estar autorizado a desenvolver, na forma do plano de aproveitamento econômico a ser aprovado pelo DNPM, as atividades de extração, beneficiamento e comercialização do minério encontrado.

Nesse sentido, importa reconhecer que tanto a autorização de pesquisa, quanto a concessão de lavra, tem natureza jurídica de atos administrativos negociais especialmente destinados ao atendimento das finalidades que a Constituição e a Lei especificam, e cuja atribuição para praticá-los é exclusiva da União Federal. Note-se, contudo, que ambas, autorização e concessão, são atos definitivos, ou seja, uma vez outorgado o ato, este não se submete ao arbítrio estatal, pois sua desconstituição só ocorrerá de acordo com o previsto na legislação. Como normalmente ocorre em relação aos atos administrativos, a questão acerca de

sua natureza discricionária ou vinculada desperta entendimentos opostos. A esse respeito, a análise da jurisprudência dos Tribunais nacionais afirma que estes atos tem natureza discricionária⁷⁹, pois, de acordo com a vigente Carta da República, a pesquisa e a lavra dos “recursos minerais, inclusive os do subsolo” (art. 20, IX, CRFB), só podem ser realizadas mediante autorização ou concessão, “no interesse nacional” (art. 176, § 1º, da CRFB), redação que confere à União o poder-dever de avaliar a conveniência e oportunidade do consentimento com a realização dessas atividades.

Conforme foi relatado, para os fins a que este trabalho se propõe, importa destacar que, mesmo antes da independência do Brasil, a mineração já representava uma questão de relevante interesse do Poder Público, que sempre exerceu sobre ela um rigoroso controle. Por essa razão, desde a Constituição de 1934, a indústria da mineração brasileira submete-se aos regimes das autorizações de pesquisa e concessões de lavra.

Logo, fica claro que a execução de atividades minerárias no território nacional depende do consentimento do Estado, a saber, da União Federal, a quem também compete, através do DNPM, o exercício do poder de polícia administrativa para disciplinar e fiscalizar a mineração no Brasil.

79 Nesse sentido: CONCESSÃO DE LAVRA PARA A EXPLORAÇÃO DE MINÉRIO. ATO DISCRICIONÁRIO. REDUÇÃO DE ÁREA DE CONCESSÃO DE LAVRA. IMPROCEDÊNCIA. 1. Improcedência do agravo retido (C.P.C., art. 523, § 1º), uma vez que o fato de a testemunha ser funcionário do órgão de que emanou o ato administrativo atacado na ação respectiva não acarreta o seu impedimento para depor no processo, sendo inaplicável o disposto no artigo 405, § 2º, III, do Código de Processo Civil. 2. A concessão de lavra para a exploração de minério constitui ato administrativo praticado com fundamento na competência discricionária da Administração Pública, estando sujeito ao controle jurisdicional limitado aos aspectos da razoabilidade e da legalidade, não violados na espécie. 3. Inexistência de lavra ambiciosa a ensejar a redução da área de concessão de lavra (Decreto-Lei 227/67, art. 48). 4. Agravo retido e apelações aos quais se nega provimento. (TRF-1 - AC: 18922 GO 95.01.18922-8, Relator: JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), Data de Julgamento: 27/11/2003, TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: 29/01/2004 DJ p.95) RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – CAUTELAR INOMINADA – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL – REJEIÇÃO - PESQUISA DE MINÉRIOS – ALVARÁ CONCEDIDO PELO ÓRGÃO COMPETENTE (DNMP) – PROIBIÇÃO DE ENTRADA PELA PROPRIETÁRIA DA ÁREA – ILEGALIDADE – RECURSOS MINERAIS QUE CONSTITUEM PROPRIEDADE DISTINTA DO SOLO E PERTENCEM À UNIÃO – AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE LAVRA – DANO INEXISTENTE – REQUISITOS DA CAUTELAR PRESENTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1) Tendo a exordial sido aparelhada com todos os documentos necessários, apontando com precisão a pretensão cautelar e destacando, de forma expressa, a causa de pedir e os pedidos, é de ser afastada a alegação de inépcia da inicial. 2) A avaliação dos requisitos para autorização de pesquisa mineral compete ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, que, verificando o cumprimento das exigências, determinará a expedição do alvará de pesquisa. 3) A Constituição Federal estabelece que os recursos minerais constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, a qual pode conceder ao particular, através de observância dos ditames legais, o direito de pesquisa. Concedido o Alvará de Pesquisa pelo órgão competente, revela-se arbitrária a conduta do proprietário que obsta o acesso da cessionária em sua propriedade. (AI 98986/2011, DESA. CLARICE CLAUDINO DA SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 04/07/2012, Publicado no DJE 12/07/2012) (TJ-MT - AI: 00989862620118110000 98986/2011, Relator: DESA. CLARICE CLAUDINO DA SILVA, Data de Julgamento: 04/07/2012, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/07/2012).

Essa constatação deixa evidente a relevância fundamental do consentimento estatal no desdobramento causal dos incidentes que influenciam a causação de danos ao meio ambiente em decorrência de atividades minerárias, posto que, se algum dano fora produzido nesse contexto, este só foi possível porque em um momento anterior o Estado assumiu esse risco ao manifestar seu consentimento.

IV. O CONSENTIMENTO ADMINISTRATIVO COMO FATOR DE ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS DANOS DECORRENTES DE ATIVIDADES DE MINERAÇÃO

Do exposto depreende-se que, desde o período colonial, o controle exercido pelo Estado sobre as atividades de mineração volta-se nitidamente ao atendimento de interesses econômicos. A par daquelas normas necessárias à organização das atividades, o maior objetivo do sistema regulatório da mineração no Brasil foi, e ainda é, proteger o patrimônio nacional contra os desvios de recursos valiosos e essenciais à preservação da soberania e do desenvolvimento da nação.

Esse raciocínio vem orientando escolhas públicas que privilegiam aspectos financeiros em detrimento da segurança de pessoas e do meio ambiente. Corroborar essa afirmação o fato de que, diante da descoberta de uma jazida mineral potencialmente explorável, o normal é que, privilegiando os interesses econômicos, a União autorize a concessão de lavra, ainda que em flagrante detrimento da segurança do meio ambiente e das populações vizinhas da área de exploração. É o que ocorre, por exemplo, com as concessões para a lavra de ouro nos rios amazônicos, que expõem aquele ecossistema a perigo extraordinário de contaminação de substâncias tóxicas utilizadas no garimpo e, que ficou claro no caso do desastre na cidade de Mariana/MG, onde foi autorizada a instalação de uma indústria mineradora de proporções gigantescas nos arredores de uma cidade estabelecida naquela região desde o século XVII.

Essas escolhas, embora legítimas do ponto de vista que expressam o exercício de uma prerrogativa constitucionalmente atribuída à União federal de decidir sobre a conveniência e oportunidade de manifestar sua vontade favoravelmente à autorização de pesquisa ou à concessão de lavra, por vezes, expõem o meio ambiente a perigos extraordinários.

Ocorre que o meio ambiente é um valor essencial para a ordem jurídica inaugurada pela Constituição federal de 1988, que pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro apresenta um capítulo especificamente destinado à tutela do meio ambiente, fato que demonstra

o prestígio que os constituintes originários destinaram às questões ambientais. Nesse contexto, o artigo 225, da CRFB estabelece que “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*”, para assegurar esse direito, determina ser dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Essa realidade acarreta para o Poder Público a responsabilidade de tomar tais decisões sempre à luz de um juízo prévio de ponderação de valores constitucionais, que no caso do consentimento⁸⁰ com a execução de atividades de mineração colocam em campos opostos os interesses econômicos e financeiros da nação, e o dever do Estado de garantir a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da CRFB). Esse é um conflito muito caro ao texto da Carta de 1988, que prevendo situações como estas, dentre os princípios norteadores da ordem econômica e financeira nacional, expressamente reconhece “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, VI da CRFB).

Ou seja, ao mesmo tempo em que o texto constitucional confere à União Federal os poderes de decidir sobre o mérito da exploração e produção de minérios no território nacional, lhe impõe o dever de preservar o meio ambiente. Com isso o consentimento estatal com a prática de atividades da indústria da mineração que impõe perigo extraordinário de lesão ao meio ambiente exige a ponderação entre valores constitucionais fundamentais, o que impõe à União Federal o ônus de considerar todos os aspectos positivos e negativos consequentes da decisão que adotar, dentre as quais a possibilidade de criação do risco de causação de danos ambientais.

Neste ponto é necessário que não haja dúvidas sobre uma questão. No contexto do Estado Democrático de Direito, os Entes da Federação estão submetidos ao império da lei na mesma medida que todas as pessoas, o que implica na assunção das responsabilidades sobre os atos que pratica. Neste sentido é preciosa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 1015) que considera a possibilidade de responsabilização do Poder Público um dos pilares do Estado Democrático de Direito:

Parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado Democrático de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para

80 Nos ensina a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a existência de 4 (quatro) ciclos da polícia administrativa: (i) ordem de polícia; (ii) consentimento de polícia; (iii) fiscalização de polícia; e (iv) sanção de polícia. Logo, evidencia-se que o consentimento, na qual de início a atividade é proibida, mas pode ser que, caso o particular preencha alguns requisitos impostos pela lei (ordem de polícia), ele venha a possuir a concordância por parte da Administração para execução deste serviço. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 398/401).

firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro.

Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma sequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

Contudo, para não transformar o Estado em espécie de segurador universal sob pena de grave comprometimento do erário público, sua responsabilização exige a correta imputação da obrigação de reparar os danos causados.

Nesse sentido, vale dizer que em relação aos danos ambientais o ordenamento jurídico brasileiro adota, na forma dos artigos 225, caput, §§ 2º e 3º, da CRFB/88 e do artigo 14, §1º, da Lei 6938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), o sistema da responsabilidade civil objetiva, que, segundo Paulo Afonso Leme Machado (2000, p. 273):

Não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado é prejudicial ao homem e seu ambiente. A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade.

Importa destacar que analisando um caso concreto sobre o rompimento de uma barragem de rejeitos de atividade minerária ocorrido nos municípios de Miraf e Muriaé no estado de Minas Gerais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu, sob o regime dos recursos repetitivos, que a responsabilidade por dano ambiental além de objetiva, é informada pela teoria do risco integral. No voto da lavra do Min. Luís Felipe Salomão, ficou consignado que:

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado e seguindo a tese firmada no Recurso Repetitivo n. 1.114.398/PR, relator Ministro Sidnei Beneti, assentou que "**a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar, de modo que, aquele que explora a atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela, por isso descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil e, portanto, irrelevante a discussão acerca da ausência de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro ou pela ocorrência de força maior.** (EDcl no REsp 1346430/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013)".

Dessa forma, a jurisprudência consolidada do STJ deixa claro que a adoção da teoria do risco integral afasta a possibilidade de alegação de qualquer excludente de ilicitude. Logo, especificamente no caso da mineração, aquele que cria perigo extraordinário para o meio ambiente deverá arcar com os custos da reparação dos danos que der causa, sendo irrelevante a alegação de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro⁸¹.

Portanto, sob a ótica ambiental, a responsabilização daqueles que deram causa à lesão ambiental prescinde da demonstração do elemento subjetivo da conduta do agente causador do dano, pois parte do princípio que todo aquele que exerce uma atividade potencialmente poluidora ou que implique risco ao meio ambiente, assume a responsabilidade pelos danos que materializem o risco antijurídico criado para a saúde e para o meio ambiente. Pois, na seara ambiental, aquele que explora *"atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela"* (STEIGLEDER, 2011, p. 43-48), de forma que, ao empreendedor, impõem-se a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador).

Logo, a imputação da obrigação de reparação de danos ambientais pressupõe apenas: a) um dano ou risco de dano objetivamente aferível, b) a identificação do responsável pela criação de risco; e c) a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta que criara o risco antijurídico e o resultado danoso ao meio ambiente (STEIGLEDER, 2011, p. 43-48).

Portanto, no caso de danos ambientais causados no contexto de atividades extraordinariamente perigosas, tais como aquelas necessárias ao aproveitamento de recursos minerais, o risco criado é evidente e não demanda maiores esclarecimentos.

O ponto central deste trabalho está na identificação dos comportamentos essenciais e suficientes a criação do risco, para assim identificar seus responsáveis e o nexo entre a conduta e o dano ao meio ambiente.

Essa tarefa é relativamente simples em relação à pessoa que explora diretamente atividades da indústria da mineração, já que seu desenvolvimento exige a administração constante de perigos concretos e conhecidos, de forma que, salvo hipóteses em que os processos estejam sendo realizados de forma irregular e clandestina, os danos ao meio ambiente normalmente se encontram na linha de consequências previsíveis da atividade.

81 Neste sentido, além do Resp n.º 1374284/MG, corroboram esse entendimento: REsp n.º 1354536/SE; REsp n.º 1373788/SP; AgRg no REsp 1412664/SP; AgRg no AREsp 273.058/PR; AgRg no AREsp 119.624/PR.

Por outro lado, para a identificação do Poder Público como responsável por danos dessa natureza é fundamental identificar qual a conduta praticada, no caso pela União⁸², que represente a criação de um risco ao meio ambiente. Essa conduta é justamente o consentimento administrativo manifestado através da autorização para pesquisa ou pela concessão de lavra, que, apesar de não ser a causa direta do dano, constituem atos imprescindíveis para a realização das atividades, que inequivocamente criam circunstâncias propiciatórias de perigo extraordinário para o meio ambiente.

Lastreando este entendimento, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 1034-1035) defende a possibilidade de responsabilização estatal por “*danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado*”, casos nos quais o dano não fora produzido diretamente por uma atuação do Poder Público, mas seja resultado de uma situação propiciatória do dano criada por um comportamento da Administração Pública que expôs determinado bem juridicamente tutelado a risco. Pois, nessas hipóteses, apesar de o Estado não causar o dano de forma direta e imediata, seu comportamento ativo integra decisivamente, ainda que de modo mediato, a linha causal do evento danoso. Nas palavras do referido autor:

64. Ha determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não e efetuada por agente do Estado, contudo e o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais e o Poder Publico quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do principio da *responsabilidade objetiva*.

Com efeito, nas hipóteses ora cogitadas, uma atuação positivado Estado, sem ser a geradora mediata do dano, entra decisivamente em sua linha de causação. O caso mais comum, embora não único (como ao diante se vera), e o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do que o Poder Publico expõe terceiros a risco. Servem de exemplos o assassinato de um presidiário por outro presidiário; os danos nas vizinhanças oriundos de explosão em deposito militar em decorrência de um raio; lesões radioativas oriundas de vazamento em central nuclear cujo equipamento protetor derrocou por avalanche ou qualquer outro fenômeno da natureza etc. Com efeito, em todos estes casos o dano liga-se, embora mediatamente, a um comportamento positivo do Estado. Sua atuação e o termo inicial de um desdobramento que desemboca no evento lesivo, incindivelmente ligado aos antecedentes criados pelo Estado.

O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos.

82 Ressalte-se que, embora a Constituição de 1988 reconheça a todos os entes federados competência para exercer poder de polícia quando se trata de pesquisa e exploração de recursos minerais (inciso XI do art. 23, da CRFB), de fato, ela estabelece que é de competência privativa da União legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, inciso XII), prevendo ainda que a pesquisa e a exploração dos recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União (art. 176, § 1º).

Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, e natural que ninguém em particular sofra gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Dai que os danos eventualmente surgidos em decorrência desta situação de risco e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta e a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos. Alias, no caso de danos oriundos de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, o art. 21, XXIII, letra “c”, da Constituição expressamente estabelece que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.

65. Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. E que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. E o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, por ato seu, situação propícia a eventualidade de um dano.

Percebe-se que todas as atividades utilizadas como exemplo pelo autor têm em comum o fato de implicarem um perigo extraordinário para a população ou para o meio ambiente, justamente o caso das atividades da indústria da mineração. O próprio Celso Antônio (2004, p. 1037) admite a possibilidade de utilização desta tese para outras atividades:

A guarda de coisas ou pessoas perigosas, conforme se observou inicialmente, e a hipótese mais comum, mas não é a única, prefiguradora de danos dependentes de situação criada pelo Estado e propiciadora da lesão. Ha outros casos em que o Poder Público expõe terceiro a situação igualmente inevitável onde o risco de dano é totalmente assumido pelo Estado.

Sirva de exemplo o acidente de trânsito causado por sinal semafórico que acende concomitantemente para os dois ângulos de um cruzamento (ainda que o defeito se deva a curto-circuito provocado ha poucos segundos por um raio incidente sobre o sistema central de controle dos semáforos). Não ha cogitar, aqui, de “falta de serviço” para cuja composição seria necessária a culpa ou dolo do Poder Público. Com efeito, em situações deste jaez aplica-se a responsabilidade objetiva, pois o Estado expõe terceiros ao risco oriundo do acatamento do sinal luminoso.

Com fundamento nesse raciocínio, é plenamente possível defender a responsabilização da União pelos danos causados ao meio ambiente por atividades minerária, cuja execução só era possível porque fora, mediante autorização ou concessão, permitida por órgão da Administração Federal. Pois, nessas hipóteses, embora a ação diretamente responsável pelo dano não tenha sido realizada por agente da Administração Pública Federal, foi a União Federal que criou, por ato comissivo de seus agentes, a situação perigosa que propiciou as circunstâncias essenciais à causação dos danos⁸³.

83 É dizer, por meio do consentimento estatal da Administração Pública Federal, a atividade foi iniciada, cabendo responsabilizar-se a Administração por esta aquiescência. Sabedores de que após o consentimento erige-se a necessidade de fiscalização (outro ciclo do poder de polícia).

Sendo assim, fica evidente que o consentimento estatal participa decisivamente da cadeia causal dos eventos danosos provocados no exercício de atividades minerárias e, por esta razão, em muito se assemelham às condutas que produzem danos diretamente, a justificar, nesses casos, a responsabilização da União Federal, com fundamento na exposição de terceiros a perigo de dano extraordinário.

Vale lembrar que a responsabilização do Estado não exige a ilicitude do ato que lhe é imputável, para tanto, basta a criação de risco, em especial quando a responsabilidade decorre de danos causados ao meio ambiente, em relação aos quais, como dito anteriormente, sequer se admitem as excludentes de ilicitude para afastar a obrigação reparatória.

Ressalte-se que o potencial para a causação de danos graves ao meio ambiente inerente a atividades que, como a mineração, representam perigos extraordinários já tem de ser considerada pelo Poder Público quando da avaliação do mérito de seu consentimento. Pois, além de ser flagrante seu potencial destrutivo, mesmo as melhores práticas preventivas não têm demonstrado a eficiência necessária ao afastamento por completo dos riscos. Por esta razão, em relação esse especial *hall* de atividades, a decisão estatal que admite sua execução assume um peso especial que atrai uma responsabilidade a ele proporcional ao risco que representam.

A *contrariu sensu*, rechaçar a responsabilidade da União nessas hipóteses implicaria violação indireta ao direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois seria admitir uma proteção insuficiente a direito constitucional fundamental, o que não se coaduna com a pretensão de efetividade do sistema constitucional brasileiro. Até mesmo porque, na prática, o fato da grande maioria dos desastres ambientais que decorrem de atividades de mineração ser diretamente causada por empresas privadas sem compromisso com a preservação ambiental faz com que a efetiva reparação dos danos só ocorra de forma forçada, na fase de execução de sentença no bojo de longos processos judiciais, ainda assim, sob o risco de nunca ocorrer caso os custos para a reparação dos danos ultrapassem a capacidade de comprometimento financeiro do responsável. Hipóteses em que a recuperação do ecossistema afetado ficará comprometida se não houver outra pessoa a quem imputar a essa responsabilidade. Isso porque o tempo de ação para medidas reparadoras são fundamentais nos casos de desastres ecológicos, de modo a se buscar minorar os efeitos do acidente e a extensão de seus danos.

Insta salientar que não se está a advogar a responsabilização da União em detrimento da obrigação do responsável direto quanto à reparação dos danos causados, mas o reconhecimento da existência desta obrigação por si, não é suficiente para afastar o dever inegociável do Estado

para com seus cidadãos de proteção dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente, dentre os quais está, em posição de destaque, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se, pois, de imputar à União a responsabilidade pela criação de risco ambiental ao consentir com a execução de atividade minerária que se sabe extraordinariamente perigosa. Por esta razão, a responsabilidade da União está limitada à obrigação de reparar os danos que sejam resultado das atividades minerárias que efetivamente criam perigos extraordinários, por exemplo, as que envolvem a utilização de explosivos⁸⁴. Assim, não há fundamento para responsabilizar a União Federal por danos ao meio ambiente que, apesar de causados no contexto de mineração, decorram sejam causados por atividades ordinárias, como no caso de um incêndio causado por acidente automobilístico envolvendo veículo de propriedade de empresa mineradora⁸⁵. Deve ser assim porque os danos que resultam de atividades fora do contexto do perigo extraordinário consentido não se podem assumir como previstos pela autoridade estatal quando da manifestação do seu consentimento, por isso, apenas os danos que sejam consequência daqueles fatores que tornam a atividade extraordinariamente perigosa obrigam o Estado quanto à sua reparação.

O mérito desse entendimento é permitir a imputação de responsabilidade de forma proporcional à gravidade do risco que esse consentimento efetivamente cria. Além disso, contribui para a eficiência da proteção estatal ao meio ambiente na medida em que, ao considerar a decisão favorável ao desempenho de atividade minerária como fator de atribuição de responsabilidade com base no risco criado, antecipa o juízo de responsabilização do Poder Público, evitando, assim, que a discussão se concentre na avaliação se houve ou não omissão nos procedimentos de fiscalização por parte do Estado.

Portanto, o consentimento da União com a execução de atividade minerária extraordinariamente perigosa é, sem sombra de dúvida, uma conduta estatal que cria um risco excepcional, ao propiciar a ocorrência de dano que não seria sem esta possível. Assim, essa

84 De acordo com a Suprema Corte do Estado de Illinois, são exemplos de atividades extraordinariamente perigosas: a utilização de explosivos (Opal v. Material Serv. Corp. - 9 Ill.App.2d 433, 133 N.E.2d 733 - 1st Dist.1956).

85 Nesse sentido, o entendimento registado no comentário da alínea “e”, da sessão §519 do *Restatement (Second) of Torts*: “The rule of strict liability stated in subsection (1) applies only to harm that is within the scope of the abnormal risk that is the basis of the liability. One who carries on an abnormally dangerous activity is not under strict liability for every possible harm that may result from carrying it on.”

criação de perigo extraordinário configura um fator de atribuição⁸⁶ apto a fundamentar a imputação à União da responsabilidade quanto à reparação de eventuais danos que venham a ser causados ao meio ambiente.

Esta é uma forma, portanto, de impor à União o dever de ser responsabilidade, com o intuito de recriar o aspecto ambiental da área afetada, para posteriormente discutir de quem seria essa responsabilidade, visto que não haverá qualquer impedimento ao direito da União Federal de diligenciar seu próprio ressarcimento em face daquele que considere ser quem efetivamente deu causa ao evento danoso. Evitando assim, que situações como a de Mariana venham a se multiplicar, atentando contra o texto constitucional, tornando-o inócuo.

V. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, em especial naquilo que estabelece como sendo o regime jurídico da indústria brasileira da mineração, não reconhece a necessidade de disciplinamento específico com fundamento na distinção do grau de perigo que as atividades minerárias apresentam.

Sob uma perspectiva ambiental, a ausência de um regime cuja rigidez seja proporcional aos riscos que cada atividade determina é extremamente problemática, pois acaba por resultar em uma insuficiência da proteção conferida pelo Estado ao meio ambiente.

As normas de responsabilidade civil inserem-se nesse quadro uma vez que é através de seu disciplinamento que o Estado pode impor ao responsável pela causação de danos a obrigação de reparação integral dos prejuízos impostos à sociedade e ao meio ambiente. No entanto, a prática revela a dificuldade para a efetiva reparação dos danos ambientais, basta verificar o tempo que normalmente leva-se para a adoção das medidas compensatórias aos danos ambientais causados.

Por todas essas variáveis, é importante perquirir até onde deve ir a responsabilidade estatal diante dos danos causados ao meio ambiente por atividades inerentes à indústria da

86 Nas palavras de André da Cruz Fontes: Por “fatores de atribuição” se entende “o fundamento da obrigação indenizatória que atribui juridicamente o dano a quem deve indenizá-lo”. Diante de um dano injusto ocorrido, “o fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e porque o deve suportar”. “Ao se falar de fator de atribuição se faz menção ao fundamento de que a lei toma em consideração para se atribuir juridicamente a obrigação de indenizar um dano, fazendo recair seu peso sobre quem em justiça corresponde”. Constitui a “razão especial” que estabelecerá a quem se deve impor as consequências do dano. Constituem os fatores de atribuição a resposta à seguinte questão: por que da obrigação de indenizar? Seriam, pois, os “fatores de atribuição” um pressuposto da obrigação de ressarcir, junto com a ilicitude, o dano, a causalidade e outras partes de natureza complementar integrante do sistema jurídico. (FONTES, André Ricardo Cruz. *Os Fatores de Atribuição na Responsabilidade por Danos*. Revista da EMERJ. v. 2, n. 5. Rio de Janeiro: EMERJ, 1998, p. 211).

mineração, ponto de vista sob o qual não se afigura legítimo negar a responsabilidade que decorre da decisão de consentir que particular pratique condutas sabidamente de extraordinária periculosidade. Pois, tais atividades representam um perigo tão grande e tão concreto que trazem para a decisão administrativa que as autoriza um peso especial, que transfere para o Estado a responsabilidade pela criação daquele risco.

Assim, caracterizada situação em que os danos ambientais decorram de atividade de mineração, defende-se a possibilidade de responsabilização da União quanto à reparação integral do meio ambiente com fundamento na criação de risco pelo consentimento com o desenvolvimento de atividade extraordinariamente perigosa.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. (tradução: Sebastião Nascimento). São Paulo: Editora 34, 2011.

BOSTON, Gerald W., *Strict Liability for Abnormally Dangerous Activity: The Negligence Barrier*. San Diego: 36 SAN DIEGO L. REV. 597, 1999.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 24.642 de 10 de julho de 1934 (Código de Minas)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24642.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 3.236, de 21 de junho de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

BRASIL. *Decreto-lei n.º 1.985, de 29 de março de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1985.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

BRASIL. *Decreto-lei n.º 227 de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/sumarios/sumario-mineral-2015>>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

BRASIL. *Lei de 20 de outubro de 1823*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em 01 de setembro de 2016.

BRASIL. *Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). *Apelação Cível n.º 18922/GO (95.01.18922-8)*, Relator: JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), Data de Julgamento: 27/11/2003, TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: 29/01/2004 DJ p.95)

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Agravo de Instrumento n.º 00989862620118110000 (98986/2011)*, Relator: DESA. CLARICE CLAUDINO DA SILVA, Data de Julgamento: 04/07/2012, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/07/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1346430/PR*. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201082657&dt_publicacao=05/09/2014>. Acesso em: 19 de agosto de 2016.

CANTÚ, Charles E.. *Distinguishing the concept of strict liability for ultra-hazardous activities from strict products liability under section 402a of the restatement (second) of torts: two parallel lines of reasoning that should never meet*. Akron: Akron Law Review, Vol. 35:1. Disponível em: <<https://www.uakron.edu/dotAsset/727219.pdf>>. Acesso em: 21 de agosto de 2016.

COSTA, André Canhoto. *Sistemas Fiscais no Império: o caso do ouro do Brasil, 1725-1777*. Lisboa: Universidade de Lisboa. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/5400601/Sistemas_Fiscais_no_Imp%C3%A9rio_o_caso_do_ouro_do_Brasil_1725-1777?auto=download>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

FONTES, André Ricardo Cruz. *Os Fatores de Atribuição na Responsabilidade por Danos*. Revista da EMERJ. v. 2, n. 5. Rio de Janeiro: EMERJ, 1998.

GREENPEACE. *Desastre no Golfo do México completa cinco anos*. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/Pior-vazamento-de-petroleo-completa-cinco-anos/>>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

HERRMANN, Hildebrando. *Mineração e meio ambiente: metamorfoses jurídico-institucionais*. Rio Claro, 1995. Tese de Doutorado apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Geociências - Universidade Estadual Paulista.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENEZES, Sezinando Luiz. *A monarquia portuguesa e a mineração no Brasil colônia: A proposta de reforma tributária de Alexandre Gusmão*. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/portal/cedope/files/2011/12/A-monarquia-portuguesa-e-a-minera%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil-Col%C3%B4nia-Sezinando-Luiz-Menezes.pdf>>

Acesso em: 02 de setembro de 2016.

MIRANDA, Pontes de; E CAMPOS, Francisco. *Direitos Mineraiis sobre minas conhecidas antes de 1934 – Pareceres dos Drs. Pontes de Miranda e Francisco Campos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito Minerário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SIMONS, Kenneth W.. *The restatement third of torts and traditional strict liability: robust rationales, slender doctrines*. Boston: Boston University School of Law, Working Paper No. 09-15. 2009. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/documents/simonsk032309.pdf>>. Acesso em: 10 de setembro de 2016.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro, MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Doutrinas essenciais de direito ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.89, 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236>>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

WATSON, Blake A.. *Fracking and Cracking: strict liability for earthquake damage due to wastewater injection and hydraulic fracturing*. Texas: University of Dayton School of Law - Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law, Vol. 11:1, 2016. Disponível em: <<https://www.udayton.edu/directory/law/documents/watson/watson-cracking-and-fracking-strict-liability-for-earthquakes.pdf>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.