

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667



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 Sundfeld, 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.
Profa. Dra. Irene Nohara, MACKENZIE.	Sra. Rossana Claudia Braga, UFF.
Profa. 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
Raphael 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	

**A SOLIDARIEDADE NA RESPONSABILIDADE POR COLAPSO OMISSIVO
REGULATÓRIO E FISCALIZATÓRIO DO ESTADO NA ÁREA AMBIENTAL: O
DRAMÁTICO EPISÓDIO DO RIO DOCE**

**SOLIDARITY IN THE RESPONSIBILITY FOR A REGULATORY AND
REGULATORY OMISSIVE COLLAPSE OF THE STATE IN THE
ENVIRONMENTAL AREA: THE DRAMATIC EPISODE OF THE RIO DOCE**

FLAVIO ANTONIO DE OLIVEIRA

*Mestrando em Direito pela Universidade Santa Cecília
UNISANTA/SP. Defensor Público.*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo evidenciar o dever de responsabilidade solidária até dos poderes públicos na regulação e fiscalização da iniciativa privada principalmente relacionada ao meio ambiente, que é o meio onde se pode conceber a própria existência, inclusive humana, e onde se pode priorizar o fundamental de todos os direitos que é o direito à vida e à sua qualidade sadia, eis que o Estado foi concebido para tutelar o bem comum coletivo e não pode se omitir em tal desiderato a ponto de ser conivente com a desídia decorrente da voracidade da iniciativa privada pelo lucro e sede de desenvolvimento sem qualquer compromisso com a sustentabilidade. Para tanto, o argumento de autoridade planejado por uma responsabilidade subsidiária do Estado, contribui para uma letargia no seu dever de eficiência em tutelar o bem comum em detrimento de um de seus mais nobres objetivos republicanos que é promover o bem de todos.

PALAVRAS-CHAVES: Solidariedade; Responsabilidade Objetiva; Saúde Pública; Meio Ambiente; Poder de Polícia.

ABSTRACT: The objective of this article is to highlight the obligation of joint responsibility to public authorities in the regulation and supervision of private initiative, mainly related to the environment, which is the medium where one can conceive one's existence, including human existence, and where one can Prioritize the fundamental of all rights, which is the right to life and its sound quality, the state was conceived to protect the collective common good and can not be omitted in such desideratum as to be conniving with the emptiness due to voracity Of private initiative for profit and thirst for development without any commitment to sustainability. For this, the argument of authority planned by a subsidiary responsibility of the state, contributes to a lethargy in its duty of efficiency to protect the common good to the detriment of one of its noblest republican goals that is to promote the good of all.

KEYWORDS: Solidarity; Objective Responsibility; Public health; Environment; Police Power.

I. INTRODUÇÃO

No dia 5 de novembro de 2015 a imprensa noticiou o trágico episódio de rompimento de barragem receptora de enormes quantidades de resíduos provenientes da extração de minério de ferro no estado de Minas Gerais, atingindo toda a bacia hidrográfica do Rio Doce e as cidades pertencentes a essa bacia.

Notoriamente incomensuráveis foram os danos ambientais, sociais, econômicos e culturais à região extraordinariamente atingida, aliás, o evento foi considerado como o maior desastre ambiental da história do Brasil, com catastróficas consequências aos dependentes do Manancial do Vale do rio Doce, pois, milhões de toneladas de lama - rejeito da exploração de minério de ferro - , tomaram conta do rio e de suas margens, além de cidades circunvizinhas, ainda avançando por cerca de cem quilômetros até atingir o mar, já no estado do Espírito Santo.

A responsabilização das empresas exploradoras do minério e produtoras dos resíduos é inquestionável. Contudo, em um momento contemporâneo de transição para um chamado Novo Direito Administrativo que pretenda apenas exercer função regulatória sobre atividades econômicas, é imprescindível que os agentes reguladores, de fato, exerçam a fiscalização rigorosa dos comportamentos exploratórios esperados da iniciativa privada, a fim de que houvesse a tutela preventiva do bem comum, porquanto relegar ao senso próprio de comprometimento empresarial tal atividade seria delirante em tempos de selvagem capitalismo e ideal de lucro a qualquer preço.

Casuisticamente, pensamos que por anteverem o risco de responsabilização, a União e o Estado de Minas Gerais ajuizaram Ações Cíveis Públicas em detrimento das empresas integrantes da *joint venture* SAMARCO, celebrando com elas Termo de Ajustamento de Conduta, aquém da resposta esperada pela incomensurável lesão enorme causada, ao que, o Ministério Público Federal promoveu outra Ação Civil Pública²⁰¹ pretendendo inclusive a responsabilização dos Poderes Públicos por inércia na fiscalização tendente a promover a segurança da barragem, eis que se sentiu inclusive parcialmente desalijado do processo de tratativas para a confecção do Termo de Ajustamento de Conduta.

A omissão ou ineficiência das ações estatais em detrimento do efetivo exercício do poder de polícia, bem como a emissão da licença ambiental que autorizou o exercício da operação da barragem, caracterizam segundo o Ministério Público Federal a responsabilidade indireta dos poderes públicos, de natureza também objetiva, com fundamento na circunstância

²⁰¹ Autos nº 60017-58.2015.4.01.3800 e 69758.61-2015.4.01.3400.

de a Constituição Federal estabelecer como dever do Estado a defesa do meio ambiente e sua preservação para as presentes e futuras gerações. Aliás, a Constituição Federal no mesmo dispositivo (artigo 225) afirma que todos tem direito à sadia qualidade de vida!

Entrementes, mais do que economicamente, é salutar que os órgãos públicos sejam responsabilizados por sua inércia, pois, pedagogicamente em era de estímulo à administração pública gerencial, não se pode tolerar que se sustente tributariamente o poder público sem que nenhuma ação exerça de controle da atividade privada, propensa - à mercê da plena ambição - em causar abusivamente danos talvez irreparáveis ao direito elementarmente fundamental que é a própria existência da população, do contrário, a atividade regulatória se desnaturaria e se inutilizaria.

II. SUBSTRATO TEÓRICO-NORMATIVO DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

A Constituição da República em seu artigo 225, “caput”, foi expressamente vanguardista ao dispor que impunha ao Poder Público e à sociedade a asseguarção do meio ambiente, inclusive do direito à sadia qualidade de vida, reiterando ainda em seu parágrafo 1º que para a efetivação desses direitos incumbia ao Poder Público - o qual inclusive pertence à sociedade - além de outras medidas, exigir estudo prévio de impacto ambiental para consentir na instalação de obra potencialmente degradante ao meio ambiente (inciso IV), e também controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (inciso V).

Com efeito, a previsão de controle dos poderes públicos sobre a produção e emprego de técnicas, métodos e substâncias que implicassem em risco para a qualidade de vida ou para a própria vida não só humana, como de outras espécies tem assento constitucional dada a sua importância vital para a sociedade.

O texto constitucional ainda previu a responsabilização de pessoas jurídicas por conduta lesiva ao meio ambiente e à hígida qualidade de vida, sendo tal responsabilidade regulamentada através do fenômeno da recepção pelo art. 3º, IV, da lei 6.938/81, o qual promanou que pode ser considerado agente poluidor inclusive a Pessoa Jurídica de Direito Público, responsável direta ou indiretamente pelo dano ambiental e à saúde pública.

A nossa Constituição da República nada diz sobre responsabilidade subsidiária, estipulando como solidária a responsabilidade entre o Poder Público e a coletividade, sendo

inegável que o Poder Público faz parte da coletividade, pois, o Estado é criado pela coletividade. Logo, por ser mandamento fundamental de interpretação constitucional, deve ser cumprida a máxima: onde a norma constitucional não distingue, é vedado ao intérprete fazer distinção!

Portanto, reconhece a Lei 6.938/81 a obrigação solidária de reparação do dano entre aqueles que causarem direta ou indiretamente o dano, sejam pessoas físicas ou jurídicas privadas ou até públicas. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já ratificou a responsabilidade solidária dos entes públicos por dano ao meio ambiente.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei. 2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna. 3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia. 4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local. 5. A descon sideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para

chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento "abuso de direito"; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação. 6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária. 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível. 8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Ararangua (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte. (REsp 647.493/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007, p. 233)

Em tempos de discursos sobre a evolução do direito, entendemos que o direito como fenômeno científico deve se construir diuturnamente através do pensamento de seus operadores, de modo que embora haja arestos que defendam sempre a responsabilidade subsidiária do Estado, ousamos dissentir de tal cômodo argumento de autoridade sob o pretexto de que seria ilógico que o contribuinte auto se indenizasse, eis que o princípio da equidade vislumbra a inexistência de prejuízo ao Estado pelo dever de indenizar decorrente de sua omissão em decorrência de que as atividades poluidoras realizadas sob sua chancela acarretam-lhe vultosa receita, a qual lhe permitiria suportar a solidariedade reparatória por sua participação omissiva.

A fim de estimular que - em casos de alto risco social e existencial tanto ao meio ambiente quanto à saúde humana -, o Estado fosse exemplarmente responsabilizado para que pedagogicamente viesse a se desincumbir de seu papel a contento, se consubstancia em uma

necessidade, ao menos exercendo a sua função de polícia administrativa para fiscalizar preventivamente o quanto necessário a evitar danos incomensuráveis e irreparáveis cautelarmente.

Ademais, suposta adoção irrestrita de um conceito único de subsidiariedade por parte do Estado, contribuiria para uma possível omissão permanente dele, haja vista que não haveria tanta preocupação de seus gestores em atuar efetivamente, se haveria sempre alguém de anteparo para atividades de altíssimo risco.

Ora, cabe ao Estado assegurar as condições necessárias para a efetivação da preservação do meio ambiente e ao direito à sadia qualidade de vida como determina a Constituição Federal.

Corolário deste postulado constitucional, a prevenção, a proteção e, principalmente a fiscalização do meio ambiente e da preservação da sadia qualidade de vida, são de responsabilidade da sociedade e do poder público, ou seja, uma obrigação estatal, portanto, a omissão na fiscalização da preservação do meio ambiente e como consequência da manutenção do direito à sadia qualidade de vida, se consubstancia em um ato ilícito.

A legitimidade passiva pela omissão da fiscalização pelos poderes públicos à preservação do meio ambiente já é de há muito reconhecida pelo Poder Judiciário.

Exemplificativamente no aresto supra colacionado, o Superior Tribunal de Justiça através da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, evidenciou que a obrigação legal de fiscalização e controle encontra-se na própria Constituição. Enaltecendo ser dever de agir do Estado fiscalizar, preservar e restaurar o meio ambiente, sendo que na hipótese de omissão desse dever, advém a responsabilidade de indenizar pelo descumprimento da obrigação constitucional.

Em trecho do aresto, pontua o Relator que:

se a lei impõe ao Estado o controle e a fiscalização da atividade mineradora, possibilitando aplicação de penalidade, não lhe compete optar por não fazê-lo, porquanto inexistente discricionariedade, mas obrigatoriedade de a União cumprir a conduta impositiva.

Aguiar Júnior (1993, p. 10/11), leciona haver diferenciação entre a omissão decorrente de dever de agir e omissão do dever de evitar o resultado, que nesta última hipótese seria causada indiretamente pelo Estado, devendo nesse caso ser demonstrada a obrigação de evitação do resultado, asseverando que:

o fundamento da responsabilização do Estado reside no princípio da igualdade, que exige harmônica distribuição dos ônus e encargos sociais. Porém, se o ato lesivo é contrário à lei, o princípio que então fundamenta a imputação é o da legalidade[...]

Nos casos de omissão, é preciso distinguir: ou o Estado era obrigado a praticar uma ação e não a presta, dessa omissão resultando imediatamente o dano (o Estado deixa de prestar o serviço a que estava obrigado, e a indústria paralisa, sofrendo danos); ou o Estado tinha o dever de evitar o resultado e omite-se, sendo o dano provocado diretamente pela ação de terceiro ou fato da natureza (o Estado não garante a segurança do presídio, sendo a vítima morta pela ação do réu foragido; o Estado não limpa os bueiros que a chuva faz transbordar, provocando inundação). No primeiro caso, basta o fato do serviço, a omissão da prestação devida; no segundo, além da omissão, impende demonstrar que o Estado estava obrigado a evitar o resultado danoso, ocupando a posição de garantidor do bem e que concorreu para o resultado através de sua omissão culposa (falta do serviço)

Há doutrina que sustenta ser necessário que regime de responsabilização deve analisar o curso causal relativo do dano, só havendo a responsabilização do Estado se houver comprovação de sua cooperação para a causalidade, seria uma concausalidade.

Compreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha do serviço, para que o dano se produzisse. Em tais circunstâncias a conduta do Estado só se qualificará como concausa do evento, se existir violação, por parte do Poder Público, de um dever jurídico preexistente, porquanto os deveres que tem com relação aos particulares são limitados, como já se deixou entrever. (SILVA, Almiro do Couto. A responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro. Rev. da PGE-RS, Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva. Porto Alegre, v. 27, 2003, p. 6)

O princípio basilar que sustenta a responsabilidade solidária por parte dos Poderes Públicos, em nosso sentir, reside no seu dever de tutelar a prevalência do interesse público sobre

o privado, postulado que abarca todos os ramos do Direito, porquanto está umbilicalmente relacionado à própria sobrevivência da organização social, eis que se os interesses privados fossem hipoteticamente priorizados em relação aos interesses públicos coletivos, ou se o Poder Público se ausentasse do seu dever de tutela de tal interesse coletivo, estaria em risco a própria sociedade humana.

Gabardo (2009, x) refere que o fundamento ético-republicano do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado está na dignidade e na felicidade!

É bom deixar assente que as Constituições e as leis tratam de assegurar efetividade social ao direito fundamental ao meio ambiente e à saúde, em plenitude, daí dizer-se, em todos os níveis de complexidade, portanto, que não seria lícito, sob nenhum pretexto, não comungar com a responsabilidade solidária dos poderes públicos quando se omitem na tutela da proteção ao interesse coletivo fundamental.

No que tange à Responsabilidade Civil do Estado, a Constituição da República, em seu artigo 37, Parágrafo 6º, formula disposição genérica acerca da responsabilidade dos entes estatais, promanando o seguinte “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”.

Em hipóteses em que o dano é originado pelo não agir do Estado, que, omissivo, descuroou-se de seus deveres e em razão dessa inação surge um resultado danoso a outrem – lesividade essa que o Estado deveria impedir e não o fez -, exsurge o ilícito de deixar de impedir o que lhe cumpria obstar.

O dano nascido de um comportamento omissivo caracteriza a responsabilidade objetiva do Estado, porquanto, no presente caso das Barragens de dejetos havia Alto Risco para o meio ambiente e a saúde pública.

O dever de reparação do dano tem como pressuposto compensar o sofrimento, a dor e a frustração da população que os experimentou em decorrência da incúria na tutela preventiva do meio ambiente e da saúde, mas não é só, visa também desestimular a inércia contumaz do Estado sob o aspecto pedagógico, a fim de evitar a ocorrência de situações semelhantes futuras.

Tanto em âmbito constitucional (artigo 170, inciso VI), como em âmbito infraconstitucional (Lei 6.938/81), nítida se impõe a imprescindibilidade de compatibilização entre a necessidade de desenvolvimento econômico-social sem descuidar da irrenunciável preservação da qualidade do meio ambiente.

A prioridade do ordenamento jurídico na seara ambiental, dada sua premência e importância enquanto bem de primeiríssima necessidade, impõe a adoção do princípio da prevenção de danos e degradações ambientais, mormente em se tratando de atividades de alto risco, enaltecida a impossibilidade ou extrema dificuldade de reparação em caso de dano.

É até implícito ao direito que a natureza e a vida, como bens imanescentes à existência de tudo, exigiriam permanente atuação preventiva para que se fosse consequentemente possível se pensar em preservação da vida no presente e no futuro.

Destarte, face ao fenômeno de que a natureza se constrói ao longo de vasto período de tempo, tratando-se de atividade de alto risco de lesão à sua conformação, a extrema dificuldade ou até a impossibilidade de sua recuperação impõem uma especial atividade curadora, haja vista que muito menos onerosa e eficiente à humanidade encontra-se a atuação preventiva em relação ao meio ambiente.

Nosso ordenamento jurídico estabelece o princípio da prevenção no artigo 225, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 4º, inciso VI, da Lei 6.938/81, sendo que a própria Declaração Universal sobre o Meio Ambiente, confeccionada em Estocolmo, Suécia, em 1972 já tinha adotado o princípio da prevenção.

Enquanto que o princípio da precaução foi enaltecido pela ECO-92 - Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, em sua Declaração de Princípios.

A exegese deste princípio da precaução impõe sempre - em situações de risco de ocorrência de um grave ou irreversível dano ambiental -, que eventual e suposta falta de certeza científica absoluta acerca de risco em potencial não autorize tal dúvida como motivo determinante para permitir a realização da atividade, sem que imediatamente se adotem eficazes medidas visando evitar a ocorrência do dano ao meio ambiente, profetizado pelo alto risco.

Com efeito, a inarredável e única interpretação cabível ao Estado acerca de uma atividade de alto risco ao meio ambiente e à saúde pública em caso de dúvida acerca dos reais efeitos nocivos de uma determinada atividade sobre eles, informada pelo princípio da precaução, recomenda necessariamente medidas para preventivamente evitar a realização da própria atividade, ou no mínimo, rigorosamente controla-la.

Assim sendo, indubitavelmente, o episódio atribuído preponderantemente à SAMARCO sobre o Rio Doce demonstrou desdém absoluto aos princípios da prevenção e também da precaução, este por ausência de controle da atividade mineradora pelo Estado.

O Estado brasileiro atua sob o Direito e, por isso, é responsável por suas ações e omissões, quando infringirem a ordem jurídica e lesarem terceiros. Segundo doutrina, “a responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 806)

Para referido autor:

Os elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado são três: a) dano material ou moral sofrido por alguém, b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 808)

O jurista supracitado ainda ensina:

A natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros”. Para ele, “Se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita, e surgirá se houver dano a terceiro, a responsabilidade civil. Observe-se que esse dever de diligência é especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela redobrada. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 812)

O escólio do jurista referenciado vislumbra tratamento unitário para as ações e omissões do Poder Público, ao contrário do posicionamento do não menos importante administrativista Bandeira de Mello (2006) que defende a aplicação da responsabilidade subjetiva para os casos de ato omissivo do Poder Público.

Logo, para Justen Filho (2006) a tese subjetiva da responsabilização seria logicamente insustentável, pois se afiguraria muito mais razoável afirmar que, em todos os casos, há um

elemento subjetivo, mas subordinado há um regime especial. Segundo ele, as hipóteses de dano derivado por omissão podem ser diferenciadas em dois grandes grupos, relatando:

Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há os casos em que a norma proscreve certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio). Os casos de *ilícito omissivo próprio* são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade (Ob. Cit. p. 813).

Das lições expendidas por Justen Filho (2006) indubitavelmente infere-se que o caso do dano irreparável ao Rio Doce se insere na hipótese de ilícito administrativo omissivo próprio, haja vista que as normas constitucionais e infraconstitucionais já referidas, que impõem ao Estado o dever de prestar assistência preventiva ao meio ambiente e à saúde pública, obrigavam a atuação dos Poderes Públicos à observância de um dever jurídico de regulação e fiscalização concretamente, o qual desobedecido, revela infração e, conseqüentemente, responsabilidade civil objetiva.

Outrossim, acerca da responsabilidade objetiva do Estado por omissão, a doutrina preceitua que:

Antes de se afirmar, peremptoriamente, ser subjetiva a responsabilidade do Estado por omissão, deve-se distinguir entre omissão genérica e omissão específica. Esclarece, baseado em monografia de Guilherme Couto de Castro, não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 240)

Hodiernamente, no atual estágio do nosso direito, a ação de reparação proposta em virtude de danos causados por ação ou omissão da Administração Pública é lastreada na teoria do risco administrativo, fixada no ordenamento jurídico nacional pelo § 6º do artigo 37 da

Constituição Federal de 1988, que atribuiu a responsabilidade civil objetiva às entidades estatais.

Além disso, ensina a balizada doutrina que deve preponderar a ideia da repartição das consequências de danos sofridos por integrantes da sociedade, entre a mesma, assim se pronunciando:

baseia-se no princípio da igualdade do ônus e encargos sociais; assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público. (DI PIETRO, 2004, p. 412).

Na mesma linha, já se pronunciou o Pretório Excelso, no Recurso Extraordinário nº 109.615-2:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão – Teoria do risco administrativo. Ementa oficial: A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. 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 condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do

comportamento funcional (RTJ 140/636) e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503, RTJ 71/99, RTJ 91/377, RTJ 99/1155 e RTJ 131/417). O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 e RTJ 55/50). (RT, 773:130-131). O Estado é responsável pelos danos que seus agentes, nessa, qualidade, causarem a terceiros, devendo a indenização cobrir danos morais e materiais (STJ, 2ª Tuma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/09/1990, RSTJ 33/533).

Inferimos, portanto, que há predomínio atual pela adoção da Teoria Objetiva de Responsabilidade do Estado a partir do artigo 37, Parágrafo 6º da Constituição, pelo qual, os prejudicados que se relacionarem com tal ente, carecem tão-somente demonstrar o fato que os prejudicou, o dano e o nexo causal entre ambos, tornando-se questão de somenos importância a prova da culpa, porquanto eventual inserção do elemento culpa como necessário à caracterização dos elementos da responsabilidade estatal por omissão, viria distinguir onde a Carta Magna não distingue, o que não é admitido, sob pena de subversão das regras de hermenêutica sobre a interpretação de normas cogentes.

III. A SITUAÇÃO EMPÍRICA DO EPISÓDIO OCORRIDO NO RIO DOCE – ALGUMAS NUANCES

A Revista Época por meio de imprensa eletrônica (digital) elaborou profunda matéria sobre o trágico evento da ruptura de Barragem de Resíduos sobre o Rio Doce, apoiada em depoimentos de especialistas, sendo que tal matéria introduziu um tópico com a questão:

O acidente poderia ter sido evitado?

Cuja resposta adveio abaixo:

Sim. Há no país 401 barragens de rejeito enquadradas na Política Nacional de Segurança de Barragens, 317 delas em Minas Gerais. A Comissão de Segurança de Barragens classificava a do Fundão como de

“baixo risco” de rompimento, mas de “dano potencial alto”. A classificação considera o risco estrutural, a documentação, o volume de rejeitos acumulado, se há habitações próximas e infraestrutura voltada para onde correm as águas do rio. Grandes barragens, como a do Fundão, da Samarco, devem ser monitoradas em tempo integral. Barragens devem ter sensores para identificar pressões ou deformações. Inspeções visuais devem ser feitas para identificar trincas, infiltrações e crescimento de vegetação. A Samarco não informa se fazia monitoramento nem se percebeu sinais de falha da barragem.

A matéria ainda é elucidativa quanto à fiscalização governamental, vejamos:

Falta fiscalização de barragens no Brasil?

Sim. Fazia três anos que um técnico do governo federal não comparecia a Bento Rodrigues para vistoriar as barragens que se romperam. A última vez que um fiscal do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) visitou a área atingida foi em 2012. Depois disso, as barragens já passaram por reformas significativas, como o alteamento, sem nunca terem sido monitoradas. A fiscalização é falha por falta de organização e recursos. Quatro órgãos, subordinados a ministérios diferentes, fiscalizam todo tipo de barragem no Brasil. As mais de 660 barragens de minério, como as da Samarco, ficam sob a guarda do DNPM. Contudo, o DNPM não exige que as empresas emitam relatórios anuais sobre a segurança de suas barragens. O DNPM tem 220 fiscais para cuidar de 27.293 empreendimentos.

Não obstante, o texto eletrônico orienta sobre o problema regulatório e fiscalizatório, senão vejamos:

A lei brasileira sobre barragens é boa?

Especialistas afirmam que a legislação brasileira está dentro dos padrões internacionais, mas é muito recente e não foi regulamentada. A lei não exige, por exemplo, o uso de mecanismos modernos de aviso, como sirenes e envio de mensagens pelo telefone celular para avisar em casos de acidente, comuns em países como o Canadá. O papel da regulamentação seria justamente determinar detalhes como esse. Monica Zuffo, doutora em segurança de barragens pela Universidade de Campinas (Unicamp), diz que a lei não é falha ao definir o que deve ser feito, mas sim em especificar quem deve fiscalizar. “Não há interesse em atribuir responsabilidades claras”, diz. O texto não regulamenta que órgão é responsável por

fiscalizar o quê; nem define uma instância máxima de fiscalização federal. Fica subentendido que os incidentes com barragens no Brasil são “culpa da ira divina”, pelo excesso de chuva, por exemplo, diz Monica.

O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) foi “falho e omissos” ao fiscalizar a segurança das barragens brasileiras, contribuindo para a tragédia de Mariana (MG), em 5 de novembro do ano passado. A conclusão consta de relatório sigiloso da área técnica do Tribunal de Contas da União (TCU), ao qual o jornal “O Estado de S. Paulo” teve acesso.

O documento aponta que a autarquia não foi capaz de garantir a implementação, pela mineradora Samarco, dos padrões exigidos pela Política Nacional de Segurança de Barragens, em vigor desde 2010.

Em articulado virtual emitido 08/12/2016, Miguel Daladier Barros de Imperatriz/MA, lembra da questão política acerca da possibilidade de omissão deliberada dos Poderes Públicos ao dever no rigor de fiscalização visando a preservação dos interesses coletivos com olhos postos nos favores que o alto poder econômico pode propiciar a quem governa com lente patrimonialista:

O que se pode observar após a tragédia de Mariana é que no Brasil, em se tratando de meio ambiente, os empreendedores agem sobre os órgãos ambientais através de pesados lobbies, pressões de toda ordem e de generosas doações de campanhas eleitorais, que na prática se revestem de corrupção, elevando os interesses privados acima dos interesses públicos. Ficou ainda provado que os estudos prévios, os estudos de acompanhamento, a fragilidade do monitoramento e a indigência da fiscalização dos empreendimentos ambientais são a “marca registrada” dos órgãos responsáveis, tanto por falta de pessoal especializado, quanto por falta de vontade política do governo em todos os níveis, uma vez que o sistema constitucional vigente delegou competências ambientais administrativas e legislativas aos três entes da nossa federação: à União, aos Estados e aos Municípios.

O que se viu em Mariana foi a total incapacidade do Poder Público de fiscalizar as atividades dos empreendimentos ambientais das mineradoras através de aplicação de normas pautadas na razoabilidade da utilização dos recursos naturais, visto que a preocupação com o meio ambiente deve ser

uma das molas propulsoras para o desenvolvimento sustentável, ao mesmo tempo protegendo os interesses e as necessidades da coletividade, salvaguardando assim a relação harmônica entre o binômio: “necessidade de preservar” e o “crescimento econômico” por parte da sociedade.

Nunca é demais lembrar que no âmbito doméstico existe a clara diretriz no artigo 170, inciso VI, da Carta Magna de 1988, ao dispor que a ordem econômica tem por fim a defesa do meio ambiente mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Da mesma forma, dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente elencados na Lei 6.938/81, há a exigência da compatibilização entre o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

IV. (DES)VINCULAÇÃO TÉCNICA PARA CONCESSÃO DE LICENÇA – O REVÉS DA DISCRICIONARIEDADE

A tensão do tema circunda sobre a indagação acerca de o Poder Público estar ou não vinculado às conclusões do EIA/RIMA, vale dizer, qual é o limite de discricionariedade que ele possui no processo decisório de concessão ou não da Licença Ambiental.

São dissidentes as orientações doutrinárias a respeito.

É curial reiterar que constitucionalmente incumbe precipuamente ao Poder Público assegurar a preservação do meio ambiente. Ou seja, o termo assegurar, para nós, tem um viés já preventivo, dada à razão da elementaridade da necessidade para a vida de um meio ambiente preservado.

Sustenta Benjamim (1992), que pela supremacia da Constituição o meio ambiente é configurado em bem essencial à qualidade de vida e que modernamente as intenções caminham a fim de ser minimizada a autonomia do Estado na seara ambiental, ainda que seja apenas para compelir que o processo decisório considere a variante ambiental como fundamental.

Refere o autor supracitado que o EIA/RIMA age enquanto balizador da decisão do Estado no processo de licenciamento ambiental para a realização de atividades envolvendo o meio ambiente. Em suas palavras:

Sendo momento preparatório da decisão, o EIA a orienta, informa, fundamenta e restringe mas, tecnicamente falando, não a integra como um dos seus elementos internos. É parte do

procedimento decisório mas não é componente interior da decisão administrativa (BENJAMIN, 1992, p. 6).

Tal jurista afirma que antes de ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro o EIA/RIMA, o Estado possuía ampla liberdade de avaliação, iniciando a partir de estudos da repercussão da obra ou atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente até a derradeira decisão. Assim, considera ser evidente que o EIA restringiu a margem de liberdade concedida ao Estado:

[...] numa perspectiva mais moderna, cabe vê-lo (o EIA) como verdadeiro freio da atividade discricionária do Estado em matéria ambiental, ao exigir uma motivação explícita ou implícita da decisão administrativa, na busca da decisão ótima em termos de proteção do meio ambiente. Foi esta [...] a concepção adotada pelo sistema brasileiro (BENJAMIN, 1992, p. 7).

O EIA não freia absolutamente o juízo de mérito, ou seja, a discricionariedade sobre a conveniência e oportunidade pelo Estado acerca do meio ambiente, eis que este pode escolher dentre as opções técnicas viáveis, apenas sendo impedido de optar por solução que claramente não preserve o meio ambiente.

Em outras palavras, em o EIA propondo como solução a rejeição do licenciamento do projeto ou sugerindo outra opção diversa da que foi proposta pelo solicitante, o Estado pode escolher em aceitar a conclusão do EIA recusando o licenciamento do projeto ou afastar a solução proposta pelo EIA licenciando o projeto, desde que motivadamente, a fim de haver controle judicial da decisão.

A imprescindibilidade de motivação das decisões administrativas é imanente à possibilidade e eficiência do controle da discricionariedade da atividade ambiental.

Neste sentido, assevera a doutrina que a principiologia que norteia o licenciamento ambiental e o EIA/RIMA, tem por pressuposto a instauração de um verdadeiro *due process* ambiental, o qual:

[...] decorre da democratização do atuar administrativo e da função social da propriedade, materializando-se na intervenção direta e obrigatória dos cidadãos interessados no iter e na decisão final; exige, ademais, um atuar administrativo neutro e não comprometido com o desfecho do procedimento licenciador (BENJAMIN, 1992, p. 26).

Ainda leciona aludido autor que é imprestável a motivação alicerçada em conclusões e opções vagas, bem como aquela sem suporte nos fatos aduzidos; do mesmo modo, não tem qualquer valor a motivação cientificamente indefensável explicada com terminologia incompreensível, contraditória com sua base analítica, enganosa, arrogante, insensível aos argumentos contrários, ou incompleta.

Benjamin (1992) enfatiza que o EIA/RIMA deve atuar efetivamente no processo decisório do Poder Público, não se resumindo a mera formalidade.

Por outro lado, Fiorillo (2006) reputa que mesmo em sendo o EIA/RIMA desfavorável à concessão da licença, o Estado poderá concedê-la, tomando por base uma discricionariedade *sui generis* imanente à normativa constitucional, a qual autoriza a ponderação entre a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico.

Portanto, os ensinamentos doutrinários inferem que a solução proposta no EIA/RIMA vincula o Poder Público, sendo ilícito negar ou aprovar o projeto por meio de elementos estranhos ao EIA/RIMA.

Com efeito, harmoniza-se a doutrina pelo entendimento da existência de liberdade regrada de atuação do Estado sobre licenciamento ambiental, figurando os princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável, além do EIA/RIMA como fronteiras balizadoras desta autonomia.

Enfim, da análise dos posicionamentos supra, percebe-se que uma possível total vinculação do Estado às conclusões do EIA/RIMA não seria viável, eis que o Estado está legitimado como titular da coletividade a que pertence a tutelar seus interesses coletivos, o que depende de múltiplos fatores no cotidiano, havendo dificuldades de previsão prévia de todas as nuances de todas as hipóteses passíveis de análise no mundo concreto.

A este respeito:

O legislador sempre vai conceder um grau maior de discricionariedade onde as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto (KRELL, 2004, p. 18).

Logo, urge que a discricionariedade siga os contornos legais a fim de que se possibilite o tanto o controle social quanto judicial do procedimento de obtenção de licença, só devendo

ser reputado escoreita a decisão do Estado que propicie a conciliação entre a preservação pela qualidade do ambiente e o desenvolvimento limitado a esta preservação.

Milaré (2007) lança como um vetor conciliatório no campo da ética a imprescindibilidade de um esforço conjunto dos governos, da comunidade e dos empresários para tornar o princípio do desenvolvimento sustentável uma realidade no Brasil.

Para ele:

É imperativo reconhecer que a conciliação entre desenvolvimento e meio ambiente se resume a pôr em prática o significado da expressão desenvolvimento sustentável, que propõe a conciliação entre desenvolvimento e proteção ambiental, a qual é uma meta de difícil realização que, para sair do campo da utopia, exige uma série de mudanças graduais da sociedade, entre elas o desenvolvimento da consciência ecológica e da responsabilidade sócio-ambiental, além da necessidade de implementar instrumentos legais adequados ao controle da viabilidade ambiental dos projetos (MILARÉ, 2007, p. 147).

Ora, se o Estado por ser legitimado pela coletividade a tutelar seus interesses, com certa discricionariedade para tanto, sem dúvida, é parte legítima para sofrer consequências já que possui poder decisório, portanto, deve ter responsabilidade.

Milaré (2007) assevera que é imperioso enfatizar que a Constituição Federal de 1988 possui “um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente”, a qual se soma uma série de regramentos infraconstitucionais, entre eles os que regulamentam o EIA/RIMA, instrumento fundamental de controle das decisões públicas e privadas relacionadas ao meio ambiente.

Portanto, seria absolutamente imprescindível toda a sociedade, ou seja o Estado, as suas autoridades, e as pessoas privadas responsáveis por uma exposição significativa do meio ambiente ao risco, tirassem essas regras de respeito à segurança e à ética do limbo e efetivamente fizessem o máximo para preservar o meio ambiente, eis que a irreparabilidade da lesão ceifa indiretamente a própria existência humana.

A imprensa digital Mineira, sob o título “Barragens – Soma de erros que causou a tragédia”, noticiou que embora houvesse ponderações sobre ter sido decorrente de abalo sísmico a possível causa da ruptura da Barragem da Samarco, ao revés a sua causa estaria muito provavelmente associada “excesso de peso das bacias de contenção, que vinham passando por obras”.

Malgrado tal indício, a matéria supracitada afirma que :

Inventário de Barragens de Minas Gerais de 2014, da Fundação Estadual do Meio Ambiente (Feam), classifica as barragens do Fundão e Santarém como de alto potencial de dano ambiental, embora a estabilidade das estruturas estivesse garantida por um auditor e que apesar de estar em dia com o licenciamento ambiental, a Samarco não realizou todas as ações que poderiam garantir mais segurança na barragem do Fundão. Segundo estudo do Instituto Prístino, a pedido do Ministério Público de Minas em 2013, época da renovação da Licença de Operação, condicionantes estabelecidas em 2007 ainda não tinham sido cumpridas.

O estudo recomendou que fossem realizados monitoramentos geotécnicos anuais nos diques e na barragem, estudo de contingenciamento de riscos e de acidente e comprovação da efetividade do plano e análise de rupturas. O relatório afirma ainda que havia sobreposição entre as áreas da barragem e da pilha de estéril, o que poderia gerar instabilidade. “Esta situação é inadequada para o contexto de ambas estruturas, devido à possibilidade de desestabilização e processos erosivos”, diz o texto. Com base neste estudo, o MPMG recomendou a não renovação da licença na época de seu novo vencimento, em outubro de 2019. Questionado sobre o acompanhamento do cumprimento das recomendações, o promotor Carlos Eduardo Pinto afirmou que após o envio do relatório para as superintendências de regulação ambiental, essa responsabilidade passa para o Estado.

O licenciamento surgiu para proteger o meio ambiente e a população, mas vem sendo negligenciado, encarado como mera etapa burocrática. Há muitas lacunas no licenciamento de barragens, diz a coordenadora da Grupo de Estudos em Temáticas Ambientais (Gesta/UFGM), Andréa Zhouiri. Ela afirma que o relatório do Prístino traz vários indícios do risco que o empreendimento apresentava.

VI. A FELICIDADE SOCIAL COMO VALOR MÁXIMO DE JUSTIFICAÇÃO DAS FINALIDADES DO ESTADO

Apesar de uma importante corrente de pensamento entender que a responsabilidade por omissão seja subjetiva, nos filiamos à doutrina que entende que a responsabilidade pela omissão é objetiva.

Neste prisma, são fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado os princípios da igualdade e da legalidade, complementados com o princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º da CF.

Numa concepção proativa ante a perspectiva humana como única possível de ter a destinação da dignidade, a doutrina inclui o Estado no âmbito da sociedade e do interesse em proteger seus interesses coletivos, citando que:

As correntes liberalizantes (em geral de índole pós-moderna) de interpretação da realidade sócio-cultural vêm propugnando por um maior protagonismo da sociedade civil, em regra sob o argumento de que o Estado possui uma atuação precária e ontologicamente ineficiente na consecução do interesse coletivo. (GABARDO, Emerson. 2009. p. 61)

Para Gabardo (2009) “A constituição histórica da relação entre sociedade civil e Estado recebeu influências de diferentes ideologias políticas”. Da percepção do texto deste autor, extrai-se que a concepção liberal decorrente de influência europeia tendia a não integralizar o Estado no contexto da sociedade civil desenvolvimentista, porquanto, o foco desta tinha e tem como substrato a aquisição e manutenção do poder econômico livre e autônomo.

Contudo, como fator decorrente da Revolução Francesa, para além da função de elaborar a lei, o Estado assume o protagonismo de “fator constituinte”, sendo o responsável por tutelar os direitos e liberdades da sociedade, legitimando-se por intermédio do seu caráter “prescritivo” ou “voltado para o futuro”. (GABARDO, 2009 apud FIORAVANTI, 2000, p. 64).

Gabardo (2009, p. 73), salienta os conceitos distintivos e evolutivos entre Estado do Direito e Estado de Direito:

Estado do Direito retrata a visão formal do Direito, ou seja, preocupa-se em afirmar um sistema jurídico que seja formalmente garantidor da previsibilidade jurídica a partir da idéia de uma lei que submeta também os governantes. Já o Estado de Direito vai além, pois estabelece um conjunto de direitos e liberdades que não se restringem ao aspecto formal-negativo, mas avançam rumo à positividade da ação estatal garantística, ampliando a esfera subjetiva das pessoas.

Para ele, imanente ao direito à cidadania, existe o dever político-jurídico da solidariedade inerente ao Estado Social:

Em países como o Brasil, em que a realização de um satisfatório estágio de desenvolvimento ainda é uma tarefa não realizada, a defesa de um Estado social interventor e efetivamente impositivo é uma exigência prioritária. [...] Ao contrário desta forma de percepção dos problemas sociais, o Estado de bem-estar social consagrado na Constituição de 1988 pauta-se, por definição, pelo dever político-jurídico de solidariedade, que parte da ideia de “direitos de cidadania” (GABARDO, 2009, p. 105)

Barroso apud Sarmento apud Gabardo (2009) reconhece que a distinção sobreleva consequências indispensáveis, afinal “o interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático”, diversamente do interesse secundário (dos particulares) que jamais terá supremacia.

O conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade do seu titular, pois ao revés se criaria um princípio da supremacia do Estado. “Logo, o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”. (JUSTEN, FILHO, 1999, p. 117)

Barroso apud Sarmento apud Gabardo (2009) ainda afirma que “no caso de conflito entre uma meta coletiva e um direito fundamental é preciso que o operador adote uma postura resolutiva que se utilize de dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública”. Discutindo a afirmação, Gabardo (2009) defende que “A grande questão é ser identificado o sentido da expressão ‘razão pública’; a ideia de felicidade talvez coubesse com forte adequação, incrementando e completando a de dignidade a partir de uma perspectiva republicana de otimização social”.

Para Gabardo (2009, p. 338):

A provável situação de que um ou mais sujeitos não sejam felizes (e, até mesmo, não sejam feitos felizes pelo Estado – ou, mais do que isso, tornem-se infelizes por obra do Estado) em nada influencia o Direito objetivo. O princípio da felicidade, na qualidade de um dever do Estado não ocorre por conta de uma imposição jurídica de consequências negativas (ainda que elas possam existir). A violação do princípio não é somente o fundamento para o vaticínio de que se seguirá uma reação infeliz, mas a própria “razão” para a infelicidade. Há razões concretas para que, primeiro, defenda-se o

Estado social; e, segundo, atribua-lhe como essencial a felicidade como princípio.

Kant *apud* Gabardo (2009, p. 340) esplendidamente leciona que a promoção da felicidade é uma finalidade do Estado:

Um princípio de caráter moral como aquele que impõe como finalidade do Estado a felicidade da sociedade é um imperativo que ordena incondicionalmente o agir (e por se referir ao agir, é essencialmente uma prática); porém, como estipula um dever, sendo irrelevante a capacidade humana de realizá-lo ou não, é, nesse sentido, teórico.

Com inspiração na fundamentalidade do meio ambiente e do direito à qualidade de vida saudável Gabardo (2009) enuncia que o princípio da felicidade não é irreal e nem mesmo tem empecilho para ser efetivamente aplicado (e aplicado em uma ordem jurídica), mormente quando se tem em mira a sociedade brasileira, a qual é ainda bastante carente de um Estado com efetivo papel social. Tal pressuposto fático, evidencia a necessidade de uma proposta normativa com vistas à intensificação de uma ampliação normativa cogente propondo uma generalizada felicidade mínima absoluta.

Alexy *apud* Gabardo (2009, p. 340) “Há, portanto, um ‘dever de produzir felicidade ao homem’, que é imposto ao Estado independentemente das condições práticas e simplesmente em decorrência de sua condição de caráter político”.

Preleciona o aludido autor:

A idéia de felicidade, portanto, não vem sugerir nada além do que o modelo do Estado social já propôs e o constituinte de 1986-7 reconheceu expressamente, ainda que, na atualidade, a interpretação do modelo tenha que ser feita em conformidade com o seu tempo. O grande desafio social contemporâneo é conjugar solidariedade, liberdade e alteridade, sem perder de vista a noção de dignidade como idéia-força mínima. [...] A história possui demonstrações rigorosas de como o ser humano é capaz de retroceder. Esta circunstância real que denuncia a inexistência de uma linha evolutiva necessariamente progressiva, pois existem sempre pontos positivos e negativos da ação humana no tempo, não pode, nem deve, desestimular as idéias normativas de dignidade e de felicidade como princípios condutores do desenvolvimento humano, principalmente por intermédio do Estado e de

sua inafastável priorização do interesse público. Afinal, num país desenvolvido o interesse público tenderá a identificar-se consigo mesmo, além de adquirir sua essência a partir de um duplo grau de fundamentação: dignidade (condição necessária ou grau satisfatório) e felicidade (condição satisfatória ou grau ótimo).[...] (GABARDO, 2009, p. 344)

Por consequência, torna-se inescusável que o caráter objetivo do direito à vida feliz consagra um dever de o Estado fazer, não fazer ou se sujeitar; para tanto lhe cabendo obviamente prestar condições materiais em certas ocasiões, mas também, e sobremaneira, propiciando adequadas prestações normativas, judiciais e administrativas de organização e procedimento. (Novais apud Gabardo, 2009, p. 345)

Por falar em direito à felicidade como decorrência do princípio da supremacia do interesse coletivo, é curial atentar que o rompimento da barragem gerou estupenda perda de recursos naturais para a alimentação e para a vida de diversas comunidades ribeirinhas e indígenas localizadas na bacia do Rio Doce, como relatado pormenorizadamente na ação civil pública promovida pelo MPF.

Aduzida ação civil pública enunciou as graves consequências do episódio na vida e cultura dos quilombolas, ribeirinhos e pescadores artesanais, bem como povos indígenas Krenak, Tupiniquim e Guarani, afetando drasticamente a garantia da alimentação adequada e os meios próprios de subsistência das comunidades atingidas, além do direito à sadia qualidade de vida, culminando com prejuízo sensível à saúde pública das populações circundantes do Rio Doce.

Neste afã, fica a mensagem: como seria bom que não vivêssemos uma cidadania de papel, onde o Estado pudesse realmente agir preventivamente para a preservação da natureza que é exatamente aquilo que permite a nós humanos continuar existindo.

VII. CONCLUSÃO

Diante de todo o explanado, conclui-se que o dever-ser normativo para o próprio Estado – na função de tutor do direito fundamental à felicidade inerente aos impostergáveis direitos essenciais ao meio ambiente como terreno propício para a existência e ao direito à própria sadia qualidade de vida – lhe impõe o agir, no mínimo, como bom gestor, regulador e fiscalizador de

atividades de alto risco social, a fim de tentar conferir segurança, e preventivamente preservar e manter as condições vitais para a vida ambiental, inclusive humana.

Ademais, no que tange aos aspectos de fiscalização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais que transcendem do individual ao coletivo, há verdadeira imposição de responsabilidade solidária e objetiva do Estado por ato omissivo ilícito como corolário do ordenamento jurídico pátrio à luz dos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais em seu aspecto fundamental englobando o acesso ao meio ambiente equilibrado e à vida com saudável qualidade, digna e feliz: vetores de natural racionalidade constitucional que – por sua magnitude e supremacia – jamais podem se ofuscar pela perversa exegese parcial de interesses privados calcados no aumento e manutenção do poder econômico.

REFERÊNCIAS

Ação Civil Pública da Força Tarefa do Ministério Público Federal de 28/04/2016, em apenso aos Autos nº 60017-58.2015.4.01.3800 e 69758.61-2015.4.01.3400. Disponível em: <http://redeufesriodoce.ufes.br/sites/redeufesriodoce.ufes.br/files/field/anexo/ACP%20FT%20RIO%20DOCE%20MPF.pdf>. Acesso em 09/01/2017.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil. AJURIS, v. 20, n. 59, pp. 5-48, nov. 1993. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9706-9705-1-PB.pdf>. Acessado em 13/01/2017.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 317, p. 25-45, jan./mar. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8746>>. Acesso em: 10/01/2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

DALADIER BARROS, Miguel. Disponível em:
<http://www.profareisguida.com.br/2016/12/tragedia-de-mariana-minas-gerais-faltou.html>.
Acessado em 13/01/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ÉPOCA, Revista Digital. Disponível em:
<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/11/mariana-os-dramas-e-culpas-pela-tragedia.html>. Acesso em 09/01/2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GABARDO, Emerson. O JARDIM E A PRAÇA PARA ALÉM DO BEM E DO MAL - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social – tese de doutorado. Curitiba, 2009. Disponível em:
http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1. Acessado em 10/01/2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. Revista Trimestral de Direito Publico. São Paulo, nº 26, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 2ª Edição, 2006, Editora Saraiva.

KRELL, Andreas J. Discrecionariade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O TEMPO, Edição Digital. Disponível em <http://www.otempo.com.br/cidades/soma-de-erros-causou-trag%C3%A9dia-1.1160759>. Acesso em 09/01/2017.

SILVA, Almiro do Couto. A responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro. Rev. da PGE-RS, Cadernos de Direito Público Almiro do Couto e Silva. Porto Alegre, v. 27, 2003)