

É A TEORIA DO RISCO INTEGRAL ADEQUADA PARA LIDAR COM O FATO DE TERCEIRO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO?

Nelson Rosenvald¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Do Risco agravado ao risco integral; 3. A materialização do Risco integral no direito brasileiro; 4. Há responsabilidade por risco integral no direito ambiental?; 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Há uma disseminada ideia quanto ao fato de que as responsabilidades subjetiva e objetiva representariam distintos paradigmas do direito de danos. Trata-se de um equívoco. Na verdade, o que há é um “continuum”, sendo que as imputações subjetiva e objetiva de danos consistem apenas em dois extremos de uma longa linha reta, em um perímetro que acomoda várias figuras intermediárias. Talvez possamos dizer que o caminhar histórico da responsabilidade civil através dos séculos é possível porque passa por certos “degraus”: (a) responsabilidade subjetiva clássica; (b) responsabilidade subjetiva por culpa presumida; (c) responsabilidade objetiva; (d) responsabilidade objetiva agravada; (e) responsabilidade objetiva integral.

Na longa estrada que separa as responsabilidades subjetiva e objetiva, alguns pontos que se encontram no transcurso já estão bem sedimentados. Dois bons exemplos são as teorias da culpa presumida e da culpa objetiva. A teoria da culpa presumida foi uma primeira evolução na concepção da responsabilidade subjetiva pura, proporcionando uma inversão do ônus da prova. Cabe ao suposto ofensor demonstrar que o dano estava fora de sua esfera previsibilidade. A responsabilidade do profissional liberal se encontra nessa figura. Em adendo, a noção da “culpa objetiva” significou outro avanço: a culpa continua sendo aferida, porém se aparta do clássico viés da investigação anímica do agente, relevando comparar a sua atuação com o padrão de comportamento esperado naquelas circunstâncias por pessoas do mesmo nível socioeconômico ou profissional.

¹ Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma-Tre (IT); Pós-Doutor em Direito Societário pela Universidade de Coimbra (PO); Doutor e Mestre pela PUC/SP; Professor do corpo Permanente do PPGD do IDP/DF (BR); Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais (BR).

Adiante, a teoria objetiva aponta para uma responsabilidade independente da existência de um ilícito, concedendo amplo destaque à causalidade, como vínculo entre o risco da atividade e o dano injusto.² Todavia não se trata de uma causalidade absoluta, pois serão admitidas excludentes ao nexo causal: o fortuito externo, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

Já a teoria do *risco integral*, ou responsabilidade objetiva absoluta, acena para uma causalidade pura. Trata-se de uma construção jurisprudencial a ser aplicada em casos excepcionalíssimos, na medida em que a sua adoção representará a imposição de uma obrigação objetiva de indenizar, mesmo que as circunstâncias evidenciem a existência de uma excludente do nexo causal. Isso significa que uma pessoa terá de responder por danos que não causou.³ Aqui, não se trata, apenas, de flexibilizar o nexo causal: dá-se um passo além, prescindindo dele. Sua aplicação, porém, é restrita e excepcional. E nem nos parece uma teoria libertária ou progressista, pois pode, no caso concreto, impor severas injustiças (ao contrário da teoria do risco, com o alargamento conceitual do fortuito interno). Digamos, desde já, que a teoria do risco vista com olhos atuais – a teoria do risco criado, se queremos usar a terminologia mais comum no direito ambiental – implica numa progressiva restrição das excludentes de responsabilidade civil (isto é, o que antes podia ser aceito como fortuito externo, hoje é fortuito interno, por participar, em alguma medida, dos riscos da atividade).

Enquanto na imputação objetiva comum se exige que o dano provenha de uma atividade do responsável – ou de uma pessoa a ele ligada ou de fato de coisas que comanda –, no risco integral, explica Fernando Noronha,⁴ vai-se mais longe, eis que a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligados: trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve. Todo o risco conexo à atividade será internalizado no processo produtivo.

2. DO RISCO AGRAVADO AO RISCO INTEGRAL

Simplesmente não há no direito brasileiro uma norma geral que defina contornos precisos ao modelo jurídico do risco integral, ou sequer um dispositivo – seja no Código Civil ou em lei especial – que responsabilize alguém, suprimindo a possibilidade desta

² A responsabilidade objetiva é uma responsabilidade independente da existência de um ilícito. Tanto faz se o agente praticou um comportamento antijurídico ou não, pois esse debate é infenso ao objeto da sentença. Para o magistrado só importa o nexo causal entre a conduta/atividade do agente e o dano. Nada obstante, alguns desavisados até hoje compreendem a obrigação objetiva de indenizar como uma espécie de “responsabilidade sem culpa”. Todavia, os conceitos não se equivalem. Tradicionalmente a culpa representa o elemento psicológico do agente. Por isso, somente será possível avançar na perquirição do estado anímico do ofensor se, conforme a cláusula geral do art. 186 do Código Civil, ficar previamente assentado que o comportamento de A foi a causa ilícita adequada do dano a B. Mais precisamente, a aferição da culpa necessariamente requer a prévia afirmação da ilicitude do fato danoso. O que ocorre é que, nas reais hipóteses de incidência da teoria objetiva, essa questão não está em jogo, pois o legislador ou o tribunal consideram que o fator de atribuição da obrigação de compensar danos (nexo de imputação) recebe justificação diversa do fato ilícito (v.g. equidade, dever de cuidado, risco da atividade).

³ Para Sergio Cavalieri Filho: “A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Dado o seu extremo, o nosso Direito só adotou essa teoria em casos excepcionais.” *Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2012, p. 157-158.*

⁴ NORONHA, Fernando. No seu entendimento, ao se cogitar de responsabilidade objetiva, “agora estamos entrando num segundo momento, no qual se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também de nexo de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco inerente à própria atividade em causa, risco característico ou típico dela”, cit., p. 490. *Direito das obrigações, v. 1. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 487.*

pessoa se eximir ao fundamento da força maior ou do fato de terceiro. Risco integral é uma expressão já tradicional em nossa doutrina, ainda que sem maiores investigações teóricas. É um conceito que não foi objeto de pesquisas minuciosas ou análises detidas. Costuma ser utilizada na responsabilidade civil do Estado para se distinguir da teoria do risco administrativo (que faz parte de nossa tradição constitucional desde 1946, impondo a responsabilidade civil do Estado por atos e omissões dos seus agentes e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público). Segundo a teoria do risco administrativo, o Estado só se exime da indenização se provar alguma das excludentes de responsabilidade civil (fato exclusivo da vítima; caso fortuito ou força maior – na verdade, apenas, hoje, o fortuito externo).

A outro giro, não podemos negar a incidência de hipóteses normativas em que a responsabilidade civil suplanta o risco intrínseco a certa atividade, a ponto de determinar reparações objetivas de danos injustos que simplesmente acontecem no transcurso dessa atividade, mesmo que a causa adequada para a efetivação da lesão não seja o risco propriamente criado pelo agente. Nada obstante, estas situações não conduzirão ao extremo da teoria do risco integral, pois no máximo elas propiciarão um agravamento da responsabilidade civil. Entra em cena o *risco agravado*.

Cabe, portanto, atualmente, dentro da responsabilidade civil objetiva, distinguir a responsabilidade objetiva comum e a responsabilidade objetiva agravada. Nesta, o dano não é alheio ao risco criado pela atividade do responsável (há conexão entre o dano e a atividade desenvolvida). Podemos até falar, nesses casos, em desconsiderar o nexo causal.⁵ Mas para isso é fundamental que haja uma estreita relação entre o dano e a atividade desenvolvida pelo ofensor (*responsabilidade objetiva agravada*). Só assim seria justo e jurídico imputar algo tão grave – dever de indenizar sem nexo causal – a alguém. A *responsabilidade objetiva agravada* só pode ser aplicada quando o ofensor desempenhar atividades empresariais cujos riscos evidenciem potencial lesivo.

A distinção entre o *risco integral* e o *risco agravado* consiste em que na primeira o responsável assumirá a obrigação de indenizar simplesmente pelo dano ter despontado no curso de sua atividade, mesmo que o terceiro ou a coisa que lhe deram origem, àquele não se vinculem. Diferentemente, no risco agravado, por mais que o autor do evento lesivo seja um estranho, de certa forma o dano causado não é alheio ao risco criado pela atividade do responsável, pois se trata de ocorrência que legitimamente se poderia esperar em tais circunstâncias e acaba por se ligar à organização inerente à atividade, internalizando-se em seu processo econômico. A partir do momento em que a ordem jurídica persegue o objetivo de maior proteção à vítima e intervém para reduzir o espaço deferido à estraneidade de certos eventos, a causalidade adquire novo viés, não mais uma causalidade física ou natural, porém jurídica, fundada no princípio da solidariedade e em uma regra de equidade que objetiva compensar a vítima que se coloca em posição assimétrica em relação ao autor da atividade potencialmente lesiva.

Convém frisar que, ao contrário do que vale para a teoria do risco criado, o risco só poderá ser agravado para o agente em atividades empresariais, especificamente em setores cuja experiência demonstra uma potencialidade lesiva extremada.

⁵ Fernando Noronha argumenta: “Similarmente ao que acontece com a responsabilidade objetiva comum, a agravada também tem como fundamento um risco de atividade, mas agora o risco considerado é bem mais específico. Se na responsabilidade agravada se prescinde de nexo de causalidade adequada entre o fato. Op, cit, p. 489.

Ela se materializa em hipóteses em que a responsabilidade civil suplanta o risco intrínseco a certa atividade, a ponto de determinar reparações objetivas de danos injustos mesmo que a causa adequada para a efetivação da lesão não seja o risco propriamente criado pelo agente. Nada obstante, estas situações não conduzirão ao extremo da teoria do risco integral, no máximo elas propiciarão um agravamento da responsabilidade civil. A teoria do risco integral prescinde do nexu causal; já o risco agravado o flexibiliza, criando presunções de causalidade para atribuir ao empreendedor uma obrigação de indenizar, naquelas ocorrências em que o dano acaba por se ligar à organização inerente à atividade, internalizando-se em seu processo econômico. A partir do momento em que a ordem jurídica persegue o objetivo de maior proteção à vítima e intervém para reduzir o espaço deferido à marginalidade de certos eventos.

Ao estudarmos o fenômeno da causalidade e envidamos esforços no sentido de diferenciar o fortuito externo do interno. Certo é que, no espaço reservado ao risco agravado (ou responsabilidade objetiva agravada), a tendência é que as situações em que normalmente o responsável elidiria a reparação objetiva sob o argumento da força maior (fortuito externo), convertam-se em hipóteses de fortuito interno, considerando-se que o agravamento da intrínseca danosidade de uma atividade termina por transformar eventos inicialmente marginais em fatos conexos aos seus riscos próprios. Senão vejamos com dados da experiência:

No contrato de transporte, seja de qual natureza for (aéreo, terrestre, marítimo) – e que pressupõe a onerosidade –, o transportador responderá pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior (art. 734, CC). Há uma cláusula tácita de incolumidade que remete o transportador a uma obrigação de resultado consistente em preservar a integridade patrimonial e psicofísica do transportado por todo o percurso. A obrigação objetiva de indenizar sofre agravamento, pois não será elidida pelo *fato de terceiro*, contra o qual terá ação regressiva (art. 735, CC). Suponhamos que o motorista A atinge a traseira do veículo conduzido por um taxista e este, como consequência, atropela um pedestre. A vítima poderá exercer uma pretensão reparatória de danos patrimoniais e morais em face do taxista. Mesmo que todas as provas inequivocamente realcem o fato de terceiro como causa adequada para o dano, o transportador assumirá a reparação, justamente por se tratar de hipótese de responsabilidade civil agravada. Porém, ainda não estamos diante de um exemplo de incidência da teoria do risco integral, já que se o mesmo taxista atropelar um transeunte pelo fato de, segundos antes, tiver sido atingido por uma pedrada – lançada a esmo –, a vítima não poderá lhe responsabilizar, cuidando-se de fato absolutamente aleatório aos riscos que terceiros normalmente poderiam impor na habitualidade do tráfego.⁶ Ademais, em outros eventos que possam ocorrer no transcurso da atividade de transportes sempre será legítimo que o agente pretenda se eximir da imputação objetiva caso demonstre as excludentes da força maior ou do fato exclusivo da vítima.⁷

⁶ STJ – AgRg no AREsp 279913/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 18.6.2013. “Na linha da jurisprudência deste Tribunal, o fato de terceiro que exclui a responsabilidade do transportador é aquele imprevisto e inevitável, que nenhuma relação guarda com a atividade inerente à transportadora.”

⁷ STJ, Informativo nº 0562 Período: 18 a 28 de maio de 2015. Quarta Turma. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TRANSPORTADORA DE PASSAGEIROS E CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. A sociedade empresária de transporte coletivo interestadual não deve ser responsabilizada pela partida do veículo, após parada obrigatória, sem a presença do viajante que, por sua culpa exclusiva, não compareceu para embarque mesmo após a chamada dos passageiros, sobretudo quando houve o embarque tempestivo dos demais. De fato, a responsabilidade decorrente do contrato de transporte é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF e dos arts. 14 e 22 do CDC, sendo atribuído ao transportador o dever reparatório quando demonstrado o nexu causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo

Ilustrativamente, na colisão entre o jato *Legacy* e o avião da GOL – amplamente noticiada pela imprensa, há alguns anos, que resultou na trágica morte dos 154 passageiros e tripulantes –, a GOL foi (corretamente) obrigada pelo STJ a indenizar as famílias dos passageiros mortos, ainda que a culpa pelo acidente tenha sido dos pilotos do *Legacy*, que foram inclusive criminalmente condenados.⁸

Na *responsabilidade objetiva agravada*, ocorre algo interessante: fatos que antes excluía o dever de indenizar, por serem considerados fortuitos externos, passam, aos poucos, com a maturação jurisprudencial, a ser tidos como fortuitos internos. São riscos do negócio, riscos pelos quais o ofensor, não a vítima, deve responder. Um exemplo possível são os danos sofridos pelos clientes de bancos, atualmente. As instituições financeiras respondem objetivamente perante os clientes por fraudes praticadas por terceiros – fortuitos internos, consoante reconhece a Súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. Portanto, fraudes praticadas por terceiros em relação a cartões de crédito (danos resultantes de clonagem ou interceptação de cartões, por exemplo), ou mesmo fraudes pela Internet (subtração de numerário em conta-corrente). É irrelevante que se trate de fato de terceiro. Trata-se de fortuito interno, pelo qual o banco responde sem culpa.

As instituições financeiras respondem por quaisquer danos que o cliente sofrer? Não, apenas por aqueles conexos às suas atividades, mesmo que oriundos de terceiros (o sujeito, por exemplo, que se apossa do cartão e da senha do irmão, na casa em que moram, e saca todo o dinheiro da conta-corrente não enseja responsabilidade civil do banco se esses fatos estão realmente provados). Se houver vínculo com os riscos da atividade bancária, a instituição financeira responde objetivamente, mesmo se o ato resultar de ação de terceiro (se o cliente, ao usar o *internet banking*, tem sua senha descoberta por *hackers* e seu dinheiro desviado, o banco responde, por se tratar de risco do negócio, da atividade – *responsabilidade objetiva agravada*).

Os planos de saúde respondem por quaisquer danos que o segurado sofrer? Não, apenas por aqueles conexos às suas atividades, mesmo que oriundos de terceiros (responsabilidade objetiva agravada). Tanto é assim que não respondem nos casos dos

(fato do serviço), do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genéricas - força maior ou caso fortuito (arts. 734 e 735 do CC). Deflui do contrato de transporte uma obrigação de resultado que incumbe ao transportador levar o transportado incólume ao seu destino (art. 730 do CC), sendo certo que a cláusula de incolumidade se refere à garantia de que a concessionária de transporte irá empreender todos os esforços possíveis no sentido de isentar o consumidor de perigo e de dano à sua integridade física, mantendo-o em segurança durante todo o trajeto, até a chegada ao destino final. Assim, a mera partida do coletivo sem a presença do viajante não pode ser equiparada automaticamente à falha na prestação do serviço, decorrente da quebra da cláusula de incolumidade, devendo ser analisadas pelas instâncias ordinárias as circunstâncias fáticas que envolveram o evento, tais como, quanto tempo o coletivo permaneceu na parada; se ele partiu antes do tempo previsto ou não; qual o tempo de atraso do passageiro; e se houve por parte do motorista a chamada dos viajantes para embarque de forma inequívoca. O dever de o consumidor cooperar para a normal execução do contrato de transporte é essencial, impondo-se-lhe, entre outras responsabilidades, que também esteja atento às diretivas do motorista em relação ao tempo de parada para descanso, de modo a não prejudicar os demais passageiros (art. 738 do CC). Nessa linha de inteligência, a pontualidade é não só um dever do transportador como também do passageiro. No caso, tendo havido o chamado, bem como o embarque tempestivo dos demais passageiros, conclui-se pela culpa exclusiva do passageiro decorrente da falta do dever de cuidado. REsp 1.354.369-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

⁸STJ, REsp 1.291.702; Agr. 1.316.179. Já se decidiu, da mesma forma, que não configura fortuito externo – ao contrário do alegado pelas empresas de transporte aéreo – a sucção, pelas turbinas dos aviões, de grandes pássaros, como urubus. Trata-se de fortuito interno. A teoria do risco é invocada como estofo teórico para fundamentar a decisão. Assim, “se a aeronave é avariada pela sucção de grandes pássaros, impõe a cautela seja o maquinário revisto e os passageiros remanejados para voos alternativos em outras companhias. O atraso por si só decorrente desta operação impõe a responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que oferece” (STJ, REsp 401.397).

chamados seguros-saúde, isto é, quando os médicos são escolhidos pelos próprios pacientes, sem qualquer credenciamento ou interferência (portanto, sem atividade) da empresa de saúde, que apenas reembolsa o cliente posteriormente. Respondem, no entanto, por quaisquer outros danos, desde que haja conexão com a atividade (aí incluídos, de modo particularmente forte, os danos oriundos de falhas ou omissões em relação aos deveres de cooperação, esclarecimento e informação. Por exemplo, se o plano de saúde deixa de comunicar, individualmente, o cliente acerca do desc credenciamento de determinado médico ou hospital, ele viola o dever de informar de modo completo, claro e eficiente. Também, por certo, quando nega atendimento de urgência, justo em momento delicado da vida do paciente ou de sua família, quando normalmente se está fragilizado pelo acidente ou pela doença).

Definitivamente, a maior fonte de equívocos com relação a uma suposta incidência da teoria do risco integral, em sua pureza, seria a incidência do dano nuclear. Dispõe a Lei nº 6.453/77, em seu art. 4º, que: “Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear: I – ocorrido na instalação nuclear; II – provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer.” A norma atrai a teoria objetiva, mas não a ponto de instaurar uma causalidade pura, pois logo adiante aponta as situações em que não incidirá a responsabilização do operador: “Art. 8º O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.”⁹

Poderiam os mais afoitos alegar que a Constituição Federal de 1988 alterou este cenário, mas isso não ocorreu. O artigo 21, XXIII, d, dispõe acerca da responsabilidade civil do dano nuclear, sem abrir os flancos para a teoria do risco integral. Compete à União: “[...] XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. (Redação dada pela Emenda Constitucional 49, de 2006).”¹⁰

Um aspecto que merece menção, é que a responsabilidade agravada pelo dano nuclear é uma previsão isolada, autônoma e não se confunde com a norma geral acerca da responsabilidade civil estatal art. 37, § 6º. O melhor fundamento, cremos, para imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos nucleares é o risco advindo dos potenciais gravosos da atividade (poderíamos novamente falar em *responsabilidade objetiva agravada pelo risco da atividade*, porém, não risco integral). Não seria isonômico nem

⁹A doutrina, contudo, sobretudo na área ambiental, é firme no sentido da adoção do risco integral. Celso Fiorillo, por exemplo, pontua: “Em relação à responsabilidade civil pelos danos causados por atividades nucleares, será aferida pelo sistema da responsabilidade objetiva, conforme preceitua o art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal. Com isso, consagraram-se a inexistência de qualquer tipo de exclusão da responsabilidade (incluindo caso fortuito ou força maior), a ausência de limitação no tocante ao valor da indenização e a solidariedade da responsabilidade”. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰Caso se questione a não recepção do artigo 8º da Lei nº 6.453/77 pela CF/1988, traz-se à colação o Dec. 911/93, que: “promulga a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, de 21/05/1963”: Art. IV: “1 – A responsabilidade do operador por danos nucleares, de conformidade com a presente Convenção, será objetiva. [...] 3 – a) De conformidade com a presente Convenção, não acarretarão qualquer responsabilidade para o operador os danos nucleares causados por acidente nuclear devido diretamente a conflito armado, a hostilidades, a guerra civil ou a insurreição. b) Exceto na medida em que o Estado da Instalação dispuser em contrário, o operador será responsável pelos danos nucleares causados por acidente nuclear devido diretamente a uma catástrofe natural de caráter excepcional.

razoável que, em caso de desastre nuclear (terremoto, *tsunami*), o Estado se livrasse de indenizar as vítimas, sob o pretexto de caso fortuito ou força maior. Essa solução fugiria dos princípios que orientam a responsabilidade civil do Estado no século XXI.¹¹

3. A MATERIALIZAÇÃO DO RISCO INTEGRAL NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei n. 10.309/01 estatui: “Art. 1º Fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior”. Observe-se que não há nexo causal entre a ação ou omissão da União e o dano. Apenas se autoriza que ela arque com as respectivas indenizações. Posteriormente, a Lei n. 10.744/03 esclareceu que as vítimas não precisam ser passageiros. Ampliou a indenização não só para atentados terroristas, mas também para atos de guerra ou eventos correlatos. O dano pode ocorrer no Brasil ou no exterior, mas precisa ser contra aeronaves de matrícula brasileira operada por empresa brasileira de transporte aéreo público. Foram expressamente excluídas as empresas de táxi aéreo. A lei consignou ainda que as indenizações dizem respeito apenas à reparação de danos corporais, doenças, invalidez ou morte, excluídos quaisquer outros danos (morais, à honra, ao afeto, à liberdade, à profissão, ao respeito aos mortos, à psique, à saúde, ao nome, ao crédito, ao bem-estar). Não deixa de ser curiosa a menção casuística feita pela lei a certas hipóteses danos. Naturalmente, isso não impede que eles sejam pleiteados da empresa aérea ou, dependendo das circunstâncias, do próprio Estado. Sem excluir o próprio causador do dano, quando seja possível responsabilizá-lo.

Essa lei nasce de um movimento mundial de proteção em face de atos de terrorismo a reboque dos brutais atentados de 11.9.2001.¹² Pela regra geral da teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, CF) a responsabilidade civil estatal é objetiva, porém admite as excludentes do nexo causal. Já na lei em comento, o § 5º do art. 1º prevê que “Os eventos correlatos, a que se refere o *caput* deste artigo, incluem greves, tumultos, comoções civis, distúrbios trabalhistas, ato malicioso, ato de sabotagem, confisco, nacionalização, apreensão, sujeição, detenção, apropriação, sequestro ou qualquer apreensão ilegal ou exercício indevido de controle da aeronave ou da tripulação em voo

¹¹Danos nucleares pressupõem material nuclear (combustível nuclear e produtos ou rejeitos radioativos). Podem ocorrer por falhar decorrentes de operações em instalações nucleares (como parece ter ocorrido em Chernobyl, ocasião em que os técnicos não observaram as normas de segurança durante um desligamento de rotina do equipamento) ou por causas naturais, completamente desvinculadas da noção de culpa (como parece ter ocorrido em Fukushima, no Japão, onde um tsunami deu origem a um grave acidente nuclear de grau 7). No Brasil, em 1987, houve o trágico caso com o cézio-137, em Goiânia, classificado como nível 5 na escala internacional de acidentes nucleares. Um aparelho usado em radioterapias foi levemente des- cartado e, depois, encontrado por catadores de ferro, que o desmontaram. Foi considerado o maior acidente radioativo do mundo fora de uma usina nuclear. Houve a responsabilização penal dos responsáveis. Houve atuação do Ministério Público Federal também na área da tutela coletiva, o que acabou culminando com a edição da Lei n. 9.425/96, que dispõe sobre a concessão de pensão especial às vítimas do acidente nuclear de Goiânia.

¹²Ataques ou atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 (às vezes, referidos apenas como 11 de setembro) foram uma série de ataques suicidas contra os Estados Unidos coordenados pela organização fundamentalista islâmica al-Qaeda. Na manhã daquele dia, 19 terroristas sequestraram quatro aviões comerciais de passageiros. Os sequestradores colidiram intencionalmente com dois dos aviões contra as Torres Gêmeas do complexo empresarial do World Trade Center, na cidade de Nova York, matando todos a bordo e muitas das pessoas que trabalhavam nos edifícios. Ambos os prédios desmoronaram duas horas após os impactos, destruindo edifícios vizinhos e causando vários outros danos. O terceiro avião de passageiros colidiu contra o Pentágono, a sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no Condado de Arlington, Virgínia, nos arredores de Washington, D.C. O quarto avião caiu em um campo aberto próximo de Shanksville, na Pensilvânia, depois de alguns de seus passageiros e tripulantes terem tentado retomar o controle da aeronave dos sequestradores, que a tinham reencaminhado na direção da capital norte-americana. Não houve sobreviventes em qualquer um dos voos. Quase três mil pessoas morreram durante os ataques, incluindo os 227 civis e os 19 sequestradores a bordo dos aviões. A esmagadora maioria das vítimas era de civis, incluindo cidadãos de mais de 70 países.

por parte de qualquer pessoa ou pessoas a bordo da aeronave sem consentimento do explorador”.

Isso significa que, além de atos de guerra e de terror, praticamente todos os fatos de terceiro serão suscetíveis de reparação pela União, no limite de US\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de dólares) para o total dos eventos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Evidentemente, a União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato, fato ou omissão tenham causado os prejuízos pagos pela União ou tenham para eles concorrido. De qualquer forma a União não se converterá em “seguradora universal”, pois se eximirá da obrigação objetiva de reparar danos causados pelo fato da própria empresa aérea ou de seus funcionários, além de hipóteses de fortuitos externos provocados por eventos climáticos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal não opera essa distinção e, a nosso visto, incide em equívoco ao defender que a teoria do risco integral não apenas estaria encampada na Lei nº 10.744/2003, como também na responsabilidade ambiental e na responsabilidade pelo dano nuclear.¹³

Adiante, há em nossa ordem jurídica, um caso que indubitavelmente perfaz risco integral. Não há, nele, vínculo algum entre o dano e ação ou omissão de responsável pela indenização. A chamada Lei da Copa (Lei n. 12.663/12) previu, em seu art. 23: “A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano” (observe-se que o presente exemplo é ainda mais claro e firme que o anterior, pois no caso dos atos terroristas a lei estabelece que “Fica a União autorizada...”, ao passo em que no exemplo deste parágrafo a lei estatui que: “A União assumirá...”. No primeiro caso autoriza-se; no segundo, impõe-se).¹⁴ Sob o aspecto conceitual e normativo estamos

¹³. *Informativo nº 745* – Brasília, 5 a 9 de maio de 2014. “Lei Geral da Copa: responsabilidade civil, auxílio especial e isenção de custas – 2 PROCESSO ADI – 4976 ARTIGO O relator assinalou que a disposição contida no art. 37, § 6º, da CF, não esgotaria a matéria atinente à responsabilidade civil imputável à Administração, mas configuraria mandamento básico sobre o assunto. Mencionou exemplos de adoção da teoria do risco integral no sistema pátrio. Realçou que nessa modalidade de responsabilidade seria desnecessária a demonstração de nexo causal entre a ação do Estado e o dano. Lembrou que a Constituição, ao estabelecer a competência da União para explorar serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e para exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e derivados, prevê que a responsabilidade civil por danos atômicos independeria da existência de culpa (CF, art. 21, XXIII, d). Destacou, ainda, que a opção por essa mesma teoria teria sido feita pelo constituinte quando tratara do dano ambiental (CF, art. 225, § 3º). Citou, também, a responsabilidade civil da União perante terceiros no caso de atentado terrorista, ato de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo, excluídas as empresas de táxi aéreo (Lei 10.744/2003). Resumiu que, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, o Estado poderia ampliar a responsabilidade por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do citado dispositivo constitucional, para dividir os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. Destacou que a lei poderia impor a responsabilidade do Estado por atos absolutamente estranhos a ele, o que não configuraria responsabilidade civil propriamente dita, mas outorga de benefício a terceiros lesados. Reputou que a espécie configuraria a teoria do risco social, uma vez tratar de risco extraordinário assumido pelo Estado, mediante lei, em face de eventos imprevisíveis, em favor da sociedade como um todo. Acrescentou que o artigo impugnado não se amoldaria à teoria do risco integral, porque haveria expressa exclusão dos efeitos da responsabilidade civil na medida em que a FIFA ou a vítima houvesse concorrido para a ocorrência do dano. Anotou que se estaria diante de garantia adicional, de natureza securitária, em favor de vítimas de danos incertos que poderiam emergir em razão dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a entidade organizadora ou mesmo as vítimas tivessem concorrido.” ADI 4976/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 7.5.2014.

¹⁴ O referido art. 23 da Lei n. 12.663/12 é um dispositivo que causa estranheza e certa perplexidade. Um país se compromete a assumir, perante uma entidade privada, a responsabilidade civil por todo e qualquer dano “resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança” relacionado ao evento em questão. Se, portanto, um bando armado conseguisse sequestrar um avião e o jogasse contra o estádio de abertura da Copa, a União responderia por todas as consequências civis dos danos – danos morais, materiais e estéticos decorrentes das mortes, ferimentos e demais ocorrências. Aliás, na abertura da Copa do Mundo de 2014, no Brasil – mais especificamente, em 12 de junho de 2014 –, quase ocorreu um incidente de imensas proporções. Segundo o Jornal Folha de S.Paulo, um atirador de elite da Polícia Civil (do GER, Grupo Especial de Resgate) chegou a pedir autorização para

diante, sem dúvida alguma, de risco integral. O nexo causal não é relevante. É afastado para a imposição da indenização. Também não entra em linha de consideração a questão da atividade exercida pelo responsável pela indenização – independentemente disso, ele reparará o dano. Isso perfaz, conceitualmente, a categoria do risco integral.

4. HÁ RESPONSABILIDADE POR RISCO INTEGRAL NO DIREITO AMBIENTAL?

A teoria do risco é comumente denominada, na seara ambiental, de *teoria do risco criado*. É modalidade de responsabilidade objetiva. Dispensa a prova de culpa. Possui conexões históricas com as obras de Josserand e Salleilles e obteve consagração legal no Código Civil, art. 927, parágrafo único (cláusula geral da responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro). É com essa teoria que temos trabalhado nesta obra, obviamente observando, aqui e ali, as especificidades próprias de cada campo temático.¹⁵

Já o risco integral é outro modelo, exige outra atitude cognitiva do intérprete (completamente alheia ao nexo de causalidade). Em princípio, o risco integral foge aos pressupostos conceituais da responsabilidade civil. No risco integral, ainda que não haja nexo causal, a responsabilidade se impõe. Em outras palavras: no risco integral, responde-se ainda que esteja ausente o nexo causal, ou ainda que estejam presentes as excludentes de responsabilidade civil. Convém repetir: se formos coerentes com o conceito de risco integral, teremos que abrir mão do nexo causal. É algo que se distancia dos pressupostos da responsabilidade civil – mesmo a contemporânea, que tem trabalhado, de modo progressivo, com flexibilizações e até presunções de nexo causal, mas não com sua amputação apriorística. Bem por isso, o risco integral só pode existir quando imposto pela Constituição ou pelas leis, com sólidas e proporcionais razões normativas.

Infelizmente, a matéria não teve o desenvolvimento teórico mais refinado que talvez fosse de se esperar. Os livros, em geral, são lacônicos e não costumam se demorar no assunto. Alguns dos tradicionais cursos e manuais de direito ambiental não tomam posição na controvérsia, limitando-se a consignar que a responsabilidade civil ambiental é objetiva e solidária. Em outros – livros, artigos ou decisões judiciais –, não é raro observar o seguinte caminho argumentativo: “a responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro é objetiva e, portanto, filia-se à teoria do risco integral”. O nosso espanto inicial é com o uso do “portanto”, sendo certo que não existe relação condicional entre as frases (do fato de a responsabilidade ser objetiva não decorre que ela seja pelo risco integral, aliás, se isso for verdade, seria uma hipótese altamente excepcional, com imenso, enorme ônus argumentativo a cargo do defensor da tese). Na verdade, percebe-se que muitos repetem o que leram em outras fontes, sem que nem sempre – obviamente que falamos de alguns, certamente não de todos, dentre os quais há juristas do mais alto quilate teórico – tenham

atirar num suspeito armado que se aproximava da tribuna de honra onde estavam a presidente da República e demais autoridades. O disparo só não aconteceu porque, segundos antes do tiro, o suspeito armado foi reconhecido como sendo um policial – que não tinha, aparentemente, autorização para estar onde estava, embora tenha sido posteriormente identificado como um policial do GATE (Grupo de Ações Táticas Especiais).

¹⁵ Por exemplo: “No Brasil, e em muitos outros países, foi adotada, na área ambiental, a teoria da responsabilização objetiva, pelo risco criado e pela reparação integral” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135). A escolha dessa ou daquela é secundária (risco criado, risco atividade, ou apenas teoria do risco). Pode-se, portanto, falar em risco criado, para aludir à teoria do risco na seara ambiental. O que não nos parece correto, conforme argumentamos no texto, é usar o modelo conceitual da teoria do risco integral.

meditado profundamente sobre o tema.¹⁶ Talvez caiba, a propósito, a provocativa frase de Mário de Andrade: “O vício da gente esquecer das próprias faculdades de pensar é bastante comum. Mesmo entre os que pensam. Alguém faz uma afirmativa crítica e nós deitamos nessa jangadinha e vamos de rodada mansamente rio abaixo, sem interrogarmos mais se as cabeceiras do rio são puras nem se a jangada é legítima”. Na verdade, não é raro que alguns encerrem o assunto em três ou cinco linhas, dispensando-se de maior esforço ou exaustão argumentativa.

A nosso viso a responsabilidade civil ambiental não se coaduna com o risco integral, mas indubitavelmente projeta um risco agravado. Reza o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 que: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” Funda-se um regime da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados ao meio ambiente. Dessa forma, é suficiente a existência da ação lesiva, do dano e do nexo com a fonte poluidora ou degradadora para atribuição do dever de reparação. Todavia, o agente se eximirá caso comprove que o dano ambiental provém de fato desvinculado de sua atividade.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça perfilha entendimento contrário.¹⁷ Insere a responsabilidade ambiental dentre as hipóteses de aplicação da teoria do risco integral. Essa visão do tema é equivocada não apenas por afrontar o próprio texto expresso da norma, mas sobremaneira por respaldar uma indevida hermenêutica constitucional acerca da proteção dos bens ambientais (art. 225 CF). A indisponibilidade e a transindividualidade do patrimônio ecológico não acarretam a supressão da possibilidade de o ofensor excluir o nexo causal, nos limites expostos no parágrafo anterior. Imputar ao suposto agente a condição de segurador universal de danos significa ofender os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sem base normativa específica. O mais grave é que a teoria do risco integral é excepcionalíssima no sistema e o STJ possui o ônus argumentativo de justificar as razões de sua aplicação. Contudo, não o faz. Apenas reitera o slogan “A responsabilidade civil ambiental é objetivo e, portanto, filia-se à teoria do risco integral”, como se houvesse relação de condicionalidade entre uma afirmação e outra! O paradoxal é que o tribunal se retroalimenta das decisões anteriores, ignorando o “romance em cadeia” de Dworkin, na qual cada decisão fundamentada deve homenagear àquelas que a antecederam para assim criar mais uma página na evolução jurisprudencial.

¹⁶ Isso já foi notado há mais de 15 anos, ao se escrever que “indagando sobre a justificativa teórica da responsabilidade objetiva por danos ambientais, no entanto, podemos constatar uma certa confusão na literatura jurídica nacional”. Completa, adiante: “Não são poucos os autores que, em primeiro momento, declaram-se adeptos da teoria do risco integral, que não permite excludentes à responsabilidade, e, depois, para fundamentar a sua posição, passam a recorrer a argumentos muito mais ligados à teoria do risco-proveito” (grifos no original) (KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental – algumas objeções à teoria do “risco integral”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 139, jul./set. 1998, p. 25-26).

¹⁷ Informativo nº 671 do STJ. Período: 5 de junho 2020. “O erro na concessão de licença ambiental não configura fato de terceiro capaz de interromper o nexo causal na reparação por lesão ao meio ambiente. A exoneração da responsabilidade pela interrupção do nexo causal é admitida na responsabilidade subjetiva e em algumas teorias do risco que regem a responsabilidade objetiva, mas não pode ser alegada quando se tratar de dano subordinado à teoria do risco integral. Os danos ambientais são regidos pela teoria do risco integral, colocando-se aquele que explora a atividade econômica na posição de garantidor da preservação ambiental, sendo sempre considerado responsável pelos danos vinculados à atividade, descabendo questionar a exclusão da responsabilidade pelo suposto rompimento do nexo causal (fato exclusivo de terceiro ou força maior). No caso, mesmo que se considere que a instalação do posto de combustível somente tenha ocorrido em razão de erro na concessão da licença ambiental, é o exercício dessa atividade, de responsabilidade da recorrente, que gera o risco concretizado no dano ambiental, razão pela qual não há possibilidade de eximir-se da obrigação de reparar a lesão verificada. Tal entendimento encontra-se consolidado na jurisprudência desta Corte em diversos julgados, proferidos, inclusive, em sede de recurso especial repetitivo (Temas 438, 681 e 707 deste STJ), não é possível ao responsável arguir qualquer causa exonerativa da responsabilidade, que decorre de mero exercício da atividade de risco ambiental” (REsp 1.612.887-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 07/05/2020).

Outro argumento frequentemente utilizado para legitimar a aplicação da teoria do risco integral é o princípio do poluidor-pagador,¹⁸ viabilizando a internalização para o processo produtivo das externalidades negativas, ou seja, o custo ambiental. Ocorre que este raciocínio é válido para a teoria do risco proveito, onde “quem aufere o bônus, suporta o ônus”, mas sem chegar ao ponto de imputar ao agente econômico a obrigação de indenizar por fatos danosos que não provenham de sua atividade, de pessoas a ele relacionadas ou de ocorrências geradas por coisas que comanda.

Aliás, em artigo que fere diretamente a temática, Talden Farias e Eduardo Fortunato delimitam a responsabilidade do poluidor indireto na hipótese de o dano ambiental ser anterior à conduta do agente. O conceito de poluidor indireto, no Direito Ambiental, não pode ser esticado ao sabor do intérprete para responsabilizar quem ele acha que é justo, como ressaí da jurisprudência do STJ.¹⁹ Deve-se ter cautela extrema no manejo desse conceito, sob pena de transformar o requisito do nexo de causalidade em um conceito indeterminado amplo. O poluidor indireto não responde propriamente por solidariedade com o obrigado principal, mas pelo ato próprio que cause o dano em questão. Não é um vínculo de direito, mas um vínculo que decorre da própria conduta. Nesse sentido, ao contrário do que responsabilizações acríicas insinuam, para processar o adquirente de carvão vegetal com DOF ideologicamente falso, é necessária a prova de que havia ciência (ou deveria haver) da irregularidade, somente podendo-se cobrar responsabilidade pela madeira decorrente das operações nas quais essa culpa ficar caracterizada. Como bem ponderam os articulistas, “O adquirente de produto com DOF não tem nenhum dever suplementar de ir além da exigência do DOF, motivo pelo qual não se exige dele uma auditoria no negócio, checando o estabelecimento de seus fornecedores, etc., sendo essa função dever do Estado. Ao não desempenhar essa função, o Estado trai a confiança do cidadão, violando o princípio da proteção de confiança e da boa-fé no Direito Público, ao usar o conceito de poluidor indireto tão elasticamente para criar obrigação - não prevista em lei - de buscar, a todo e qualquer custo, a idoneidade do documento disponibilizado pelo Estado exatamente para aquele fim”.²⁰

Não cremos que haverá reversão da tendência – majoritária – que considera o risco integral como teoria aplicável às excludentes da responsabilidade civil no direito ambiental (o STJ tem repetido nas ementas de seus acórdãos que nos danos ambientais aplica-se a teoria do risco integral, e não há, talvez, fator mais forte para reafirmar uma tese do que repetições como essas). É uma opção, digamos assim, politicamente correta. Mas, com a devida licença, tecnicamente equivocada. Poderíamos chegar a resultados semelhantes com modelos conceituais mais ajustados. Basta um exemplo: é muito comum, em acórdãos e mesmo em livros, verificarmos o seguinte raciocínio: “a responsabilidade civil ambiental é diferenciada, pois dispensa a prova da culpa, exigindo apenas o dano e o nexo causal. No direito ambiental, adotou-se a teoria do risco integral”. Nem se percebe, tão frequentes são as repetições, o escorrego conceitual: como falar em

¹⁸ STJ. Informativo nº 0544 Publicação: 27 de agosto de 2014. “A responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, que consagra o princípio do poluidor-pagador” (REsp 1.373.788-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 6/5/2014).

¹⁹ “para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem” (STJ, 2ª Turma, REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/12/2009)

²⁰ FARIAS, Talden Queiroz Farias e BIM, Eduardo Fortunato. O Poluidor indireto e a responsabilidade civil ambiental por dano precedente. In, Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.14, n.28, p.127-146, janeiro/abril de 2017.

teoria do risco integral se na linha anterior se mencionou a existência do nexo causal? Ou se exige o nexo causal, ou se tem risco integral. Não é possível, em terreno cientificamente sólido, querer aliar a exigência do nexo causal à aceitação do risco integral.

Longe de nós pretender traçar um campo de movimentação restrito para a atividade hermenêutica. Há muitos exemplos históricos em que a norma, em sua literalidade, não sofreu alteração, embora tenha havido profundas alterações na forma como era lida. Um bom exemplo talvez seja o art. 1.384, I, do Código de Napoleão. Ficou esquecido por cerca de um século, até que Josserand fundamentou a teoria do risco nele e, desde então, suas potencialidades normativas ganharam corpo. Não só a teoria do risco, mas também a teoria do abuso de direito e a responsabilidade civil do Estado, são exemplos de situações em que a doutrina e a jurisprudência se adiantaram à lei, traçando novos rumos hermenêuticos. Talvez possamos dizer que a responsabilidade civil, através dos séculos, caminha não só acumulando conhecimentos, mas sobretudo ganhando novos *modos de percepção*.²¹

A questão, portanto, não é restringir a capacidade do intérprete de criar conexões de sentido inovadoras ou avançadas. É louvável pretender uma indenizabilidade mais ampla dos danos ambientais. Também nos colocamos dentre aqueles que, política e filosoficamente, perfilham essa visão de mundo. Talvez essa tenha sido a razão – um motivo louvável, talvez até inconsciente – que tenha feito com que tanto se repita que a teoria do risco integral tem assento no direito ambiental.

Todavia, alguma coerência nas respostas jurídicas há de haver. Não coerência formalística, estanque, rígida. Mas aberta, contextualizada, banhada pelos elementos históricos. Em outras palavras, se admitimos que a responsabilidade civil ambiental se move pelo risco integral, teremos, coerentemente, que aceitar o risco integral também para outras hipóteses.

O fato é que cada vez mais o campo de alegabilidade das excludentes se retrai, sobretudo na responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco. Essa redução é salutar e constitucionalmente conforme. Porém, algum espaço para esgrimir excludentes há de ser aceito, sob pena de cancelarmos, em muitos casos, injustiças. Podemos e devemos criar flexibilizações na análise do nexo causal. Até mesmo presunções nesse sentido são, em certos casos, extremamente bem-vindas (por exemplo, em relação aos danos causados pelos fabricantes de cigarros). Subjacente à análise do nexo causal está sempre um juízo de valor.²² Isso não é algo a ser escondido ou negado. Isso é algo para ser aceito e revelado, até para que possamos exigir do intérprete, cada vez mais, que realize adequadamente o ônus argumentativo que lhe cabe. Aliás, quanto maior for a desigualdade substancial, maior deve ser a proteção da parte vulnerável.

Neste diapasão, admitimos a incidência de um agravamento da responsabilidade civil pela aplicação da causalidade alternativa (ou complexa). Mesmo que a causalidade não se

²¹ Não deixa de ser revelador que o próprio direito romano – referencial obrigatório de grande parte dos institutos de direito civil – teve suas grandes características firmadas no período da *interpretatio*, mercê de substanciais trabalhos hermenêuticos perspectivados embora a partir da práxis (Cf.: JOLOWICZ, H. F. *Historical introduction to the study of roman law*. Cambridge: University Press, 1952. p. 87)

²² A causalidade, lembremos, é um conceito jurídico, não fático. Cf.: PERALES, Carlos Miguel de. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas, 1997. p. 157. Bem por isso, dizemos nós, decidir se um dano pode ser imputado a determinado antecedente implica, inevitavelmente, em valorações.

mostre uma certeza quanto à conduta que provocou o resultado lesivo, poderá se estabelecer a obrigação de indenizar, por uma análise jurídica mediata embasada no princípio da solidariedade e imediatamente vinculada à noção de que aquela atividade que se coloca na origem do dano é estatística e inerentemente associada ao dano injusto do caso concreto. A causalidade alternativa enfrenta o problema do “dano anônimo”, produzido por um integrante de um grupo de pessoas e cuja autoria não se pode individualizar precisamente. Não obstante o anonimato do dano, o fato da virtual causa do dano partir de um dos indeterminado integrante de um grupo perfeitamente caracterizado de pessoas – mesmo que não organizado ou institucionalizado – já será suficiente para impor a responsabilidade coletiva, mesmo que o real autor do dano tenha se mantido oculto, subjacente àquele grupo. pelo qual nas hipóteses de dispersão do nexo causal (v. g. distrito industrial em que várias empresas despejam poluentes em afluente) – diante da multiplicidade de causas e várias fontes de poluição –, imputa-se objetivamente a obrigação de indenizar a todos os potenciais poluidores, sendo suficiente que a atividade seja degradante, independentemente de sabermos quem é o real responsável.²³

Entretanto, mesmo este agravamento de responsabilidade é passível de críticas em termos de delimitação de riscos. A possibilidade de enquadrar um risco é que o torna precioso, negociável e segurável. Todavia, se há um litisconsórcio facultativo²⁴ entre os potenciais poluidores, abre-se uma solidariedade passiva na qual toda edificação da esfera de risco poderá recair sobre qualquer dos supostos causadores do dano. Se em um primeiro momento todos são solidariamente condenados, no plano interno a conta recairá sobre a empresa que atua com zelo – pois não quer agravar o risco e atuar no limite da licença ambiental - segue normas de *compliance* e ESG e detém um seguro ambiental. O segurador indenizará integralmente – ou efetuará a reparação *in natura* – mesmo tendo predeterminado o risco apenas para o seu segurado. O reembolso perante os demais pela via da *actio in re verso* é improvável (art. 283, CC). Assim, pode-se inferir que o risco ambiental no Brasil se torna caro, fluído e rigoroso, pois para além do risco ambiental em si, há o risco do segurado e o “risco jurídico de sofrer o risco ambiental”.²⁵

Convém lembrar que os juízos de valor, subjacentes ao nexo causal, devem ser norteados pelas opções valorativas básicas da Constituição da República. No entanto, dizer que em todos os casos de dano ambiental não existe nexo causal é dar um passo cego e desastrado. Proteger o meio ambiente, todos nós queremos, não é esse o ponto de discussão. Lembremos que os dias que vivemos dão amplo destaque à causalidade, em se tratando de responsabilidade civil. A culpa é hoje claramente secundária. Se o risco for integral, bastará à vítima a prova do dano.

²³ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 282-283 “em determinadas situações danosas – como algumas decorrentes de atividades de risco; as geradas por conta de causalidade alternativa; e as geradoras de danos de massa – seja concedida ao magistrado a faculdade de considerar a configuração de um dever reparatório independentemente da prova estrita da existência de um nexo de causalidade ligando o dano à conduta ou atividade desenvolvida. Haveria assim, e verdadeiramente, um juízo de probabilidade a ser realizado pelo magistrado, admitido em consideração aos princípios informadores do direito de danos atual, decorrentes de princípios constitucionais e objetivando a plena reparação do dano injusto”

²⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que, em relação aos danos ambientais, o litisconsórcio passivo dos possuidores de lotes é facultativo, não sendo obrigatória a referida formação (AREsp 1370936/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019)

²⁵ SARAIVA NETO, Pery: “Para agregar positivamente ao sistema de gestão dos riscos ambientais, seja no âmbito repressivo ou no âmbito reparatório, o seguro, enquanto atividade empresarial, deve atentar destacadamente à técnica de transferência e pulverização de riscos. É necessário ter clareza sobre os riscos que estejam sendo assumidos, bem delimitando o preço de tal aceitação, com transparência acentuada entre os agentes cooperativos, de modo a satisfazer as expectativas da empresa, do Estado e da sociedade) em relação aos riscos que estejam garantindo (certeza de garantia em caso de acidente) e a sustentabilidade de sua operação”. Seguros ambientais, Porto Alegre, livreria do advogado, 2019, p. 28).

Se afirmarmos que prevalece, entre nós, o risco integral, *a discussão a respeito de causalidade deve ser afastada em toda e qualquer lide ambiental*. Lembremos que nem sempre os ofensores são poderosos grupos econômicos, nem sempre os danos assumem proporções colossais. Podemos ter ofensores com escasso poderio financeiro e pior: com nenhuma relação causal com o dano cuja indenização lhe é cobrada. Nosso projeto constitucional, inteligente e humanista, sempre se pauta em diferenciar situações que devem ser diferenciadas. Aliás, essa é a linha de tendência mais forte e mais louvável da responsabilidade civil do século XXI.

E mais: depois que se diz adotar a teoria do risco integral, passa-se a argumentar longamente sobre as inversões probatórias ou sobre a necessidade de flexibilização do nexos causal (com o que concordamos). Mas – perguntemos de novo –, se é risco integral, por que se falar disso? No risco integral, *não há necessidade* de se discutir isso. A jurisprudência, aliás, parece tranquila no sentido de que “a responsabilidade civil por dano ambiental não exclui a comprovação da efetiva ocorrência de dano e do nexos de causalidade com a conduta do agente” (STJ, REsp 1.378.705; REsp 1.056.540, em citação apenas exemplificativa, são centenas de julgados no mesmo sentido). O fato que discutamos, acadêmica e jurisprudencialmente, nexos causal e inversões probatórias, mesmo nas demandas ambientais, só prova que *não estamos diante de hipótese de risco integral*.

Entendemos que a responsabilidade civil ambiental, entre nós, rege-se pela *responsabilidade objetiva agravada*, ou *risco agravado*. Trata-se de solução mais harmônica com o século XXI, seus valores e suas relações sociais. Prestigia a proteção da vítima e a reparação integral sem esquecer que quanto maior for a desigualdade substancial, maior deve ser a proteção da parte vulnerável. A *teoria do risco agravado*, ademais, dialoga com o princípio da solidariedade social, prestigiando-o (é mais gravosa diante de quem *pode ser* mais gravosa, à luz de razões substantivas).

Vê-se, portanto, à luz da experiência jurídica brasileira, que a *atividade* é o ponto hermenêutico chave. Há de haver conexão com a atividade. Por isso o risco integral não é a teoria aplicável no direito ambiental, nem em nenhum outro ramo do direito brasileiro de modo amplo. Não tem amparo na teoria da responsabilidade civil, nem dialoga com os postulados contemporâneos – doutrinários e jurisprudenciais – referentes ao direito de danos. No risco integral, responde-se inclusive por danos que não estão relacionados à atividade, nem a pessoas ou coisas a ela relacionadas. A questão da atividade – e quem responde pelo risco que ela desencadeia, discussão tão importante atualmente – passa a ser irrelevante.²⁶

Aliás, é justamente de *atividade* que fala a Lei de Política Ambiental (Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1º): “*Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*”.¹⁶²¹ Os danos, portanto, no direito ambiental, devem guardar relação com a atividade. Édis Milaré, com acuidade, percebeu que “apenas os danos relacionados à atividade considerada, típicos ou próprios dela – e não os oriundos de outras atividades –, é que

²⁶ Aliás, a Constituição, na matéria, também alude à atividade. Em conhecida norma, explicitou-se que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos” (CF, art. 225, § 3º).

geram o dever de reparação”.²⁷ Com isso poderemos fomentar a irresponsabilidade ambiental, diante de uma interpretação conservadora do conceito de atividade? Não cremos, em absoluto, nesse caminho. Em material ambiental, ademais, não há espaço social ou jurídico para retrocessos – caminharíamos em direção a níveis cada vez mais fortes de proteção. O que não cabe é desconsiderar, prévia e aprioristicamente, o nexo causal em todos os danos ambientais, sem base normativa bastante.

É essencial que façamos, caso a caso, uma interpretação à luz da solidariedade constitucional, e sobretudo é fundamental que tenhamos diante de nós um dano que revele, atrás de si, uma relação timbrada pela desigualdade material que precise ser corrigida pela equidade. Quanto maior for a desigualdade, maior deve ser a proteção da parte vulnerável (o risco agravado, abrindo espaço hermenêutico para uma discussão contextualizada acerca da conexão entre o dano e a atividade, aceita uma investigação potencialmente rica acerca dos poderes privados existentes em nossa sociedade, como empresas de cartões de crédito, planos de saúde, instituições financeiras, mineradoras etc.).²⁸

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade objetiva agravada não é um passo para atrás, ou um abandono de avanços interpretativos já incorporados (pelo contrário: *ela é o avanço*, o passo adiante, a concretização de uma distinção funcionalmente rica e harmônica com o direito de danos do século XXI).²⁹ Vamos ao ponto: não é exagero dizer que na *responsabilidade objetiva agravada* a excludente do fato de terceiro praticamente deixou de existir. O fato de terceiro não exclui a responsabilidade civil do responsável pela atividade de risco. A jurisprudência, com correção, tem percebido que “a excludente de responsabilidade civil consistente no fato de terceiro, na seara ambiental, tem aplicação bastante restrita”: “Só poderá ser reconhecida quando o ato praticado pelo terceiro for completamente estranho à atividade desenvolvida pelo indigitado poluidor, e não se possa atribuir a este qualquer participação na consecução do dano – ato omissivo ou comissivo” (STJ, REsp 1.381.211). Atenção, porém, para a chave hermenêutica: o que dissemos só se aplica nos casos em que o dano guarde conexão com a atividade desempenhada. Se o dano estiver fora das linhas conceituais daquilo que poderíamos entender como riscos da atividade, nesse caso

²⁷ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 443. 1058

²⁸ Assim, parece “imprescindível considerar também a capacidade individual do agente poluidor de reconhecer os danos por ele causados; o dano provocado por grandes indústrias que dispõem de equipes de cientistas e laboratórios próprios exige outro tratamento do que o dano acidentalmente causado por um particular. Isso é uma consequência dos princípios do risco-proveito e do poluidor-pagador, por meio dos quais surge uma maior densidade de responsabilidade para o poluidor economicamente mais forte, que utiliza, de maneira intensa, recursos naturais para gerar o seu lucro” (KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental – algumas objeções à teoria do “risco integral”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 139, jul./set. 1998, p. 35). A melhor forma, acreditamos, para tratar desigualmente os desiguais – realizando a igualdade substancial sem precisar recorrer ao risco proveito – é a adoção da responsabilidade objetiva agravada.

²⁹ Nossas conclusões, portanto, em muitos aspectos, convergem em relação àquelas adotadas pelos partidários do risco integral. Édís Milaré, por exemplo, sintetiza: “A adoção da teoria do risco integral, traz como consequências principais a facilitar o dever ressarcitório: a) a prescindibilidade de investigação de culpa; b) a irrelevância da licitude da atividade; c) a inaplicabilidade de excludentes na danosidade própria ou típica da atividade” (MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 441). Concordamos integralmente com os três tópicos. Só achamos que, teoricamente, o modelo conceitual que melhor descreve a realidade exposta é a teoria da responsabilidade objetiva agravada, e não o risco integral. A responsabilidade objetiva agravada define-se justamente por não admitir as excludentes ligadas a danos próprios ou típicos da atividade. O notável jurista, a propósito – autor, talvez, do melhor livro de direito ambiental já editado entre nós –, parece admitir a possibilidade de, posteriormente, assumir postura cognitiva diversa, já que afirma que o risco integral é a teoria que, “ao menos por hora, melhor atende à preocupação de estabelecer um sistema o mais rigoroso possível”

não haverá imputação indenizativa (pelo menos não sob esse modelo conceitual). A definição do que é conexo ou não com a atividade é investigação fundamentalmente histórica, contextualizada, que deve receber influência das práticas sociais tidas como socialmente legítimas em cada momento histórico.

Por tudo o que dissemos, o modelo teórico, em relação à responsabilidade civil objetiva ambiental brasileira, é o da *responsabilidade objetiva agravada*, não no risco integral. É a *responsabilidade objetiva agravada* que guarda compatibilidade com nossa democracia constitucional e que apresenta, segundo cremos, nos casos concretos, o potencial hermenêutico para resguardar a solidariedade social. É desafio sempre posto aos intérpretes funcionalizar as respostas jurídicas para melhor realizar as opções valorativas básicas da Constituição, zelar preferencialmente pelos valores existenciais e resguardar os bens difusos de uso comum, dentre os quais certamente avulta o meio ambiente.