PARECERES

DIREITO AMBIENTAL — DANOS — RESPONSABILIDADE

DO REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AO MEIO AMBIENTE E SUA APLICAÇÃO NO CASO DE PASSIVO AMBIENTAL OCULTA DECORRENTE DE COMPORTAMENTO DA RFFSA ANTERIOR À PRIVATIZAÇÃO

PARECER

EMENTA

Em Direito Ambiental, a responsabilização administrativa e criminal do infrator das suas normas, depende da constatação de culpa ou dolo, tratando-se de responsabilidade subjetiva.

Tratando-se de pessoa jurídica, a sua responsabilização na esfera criminal é de natureza subjetiva, dependendo da demonstração da culpa ou dolo do seu responsável legal, ou, ainda, do diretor, ou de qualquer outro dirigente, pela prática de ato tipificado como crime ambiental, na Lei nº 9.605/98.

No presente caso, não há como demonstrar a culpabilidade da Consulente ou de seus administradores, para os efeitos da penalização administrativa ou criminal por danos ambientais provocados por sua antecessora no exercício das atividades concedidas.

Na esfera da responsabilidade civil, a obrigação de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros dá-se independentemente de culpa, o que configura a responsabilidade objetiva, podendo sujeitar a Consulente às medidas e aos custos da recuperação ambiental de danos que não foram por ela provocados.

Ocorrendo, eventualmente, o efeito acima contemplado, o ressarcimento de todos os custos que a Consulente houver incorrido, em razão dos danos ambientais provocados por ações anteriores à concessão, pode vir a ser exigido, da UNIÃO Federal e da RFFSA, em

ação própria, fundada na lei e no contrato de concessão, merecendo destaque os seguintes aspectos:

a) a responsabilidade solidária que se instaurou a partir das disposições das leis ambientais, gerando para a Consulente o direito de vir a juízo postular o ressarcimento de todas as despesas e custos com penalidade e indenizações, que houver pago, com vistas à recuperação ambiental de danos que não provocou, mediante a aplicação do art. 1.524 do Código Civil;

b) essa responsabilidade se origina do próprio contrato de concessão, entre a Consulente e a União Federal, celebrado após licitação pública, em que todos os termos e condições se achavam estipulados, vinculando a UNIÃO, tendo a RFFSA, no Edital do procedimento licitatório, assumido a responsabilidade por todos os passivos ocultos, inclusive os de natureza ambiental, não contemplados no preço da privatização.

I. DA CONSULTA E DOS FATOS

1. Fomos honrados com consulta da *MRS LOGÍSTICA S/A*, formulada através do ilustre Superintendente Jurídico — Dr. *Fernando Henrique de Menezes Oliveira*.

2. O enfoque principal do questionamento consiste na definição de responsabilidade da Consulente, em sede administrativa, criminal e civil, esta última pelo ônus da recuperação

de áreas degradadas e pela correção de atividades desenvolvidas de forma danosa ao meio ambiente, em face das obrigações assumidas no contrato de concessão celebrado entre a *MRS LOGÍSTICA S/A* e a *UNIÃO*, para a exploração da *MALHA SUDESTE DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A*.

3. Este é o teor da consulta formulada:

"A MRS LOGÍSTICA S/A, em decorrência de contrato assinado aos 28 de novembro de 1996 com a UNIÃO, através do Ministério dos Transportes e por força do Decreto de 27 de setembro de 1996, assumiu a concessão para exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga da MALHA SUDESTE, constituída pelas antigas Superintendências Regionais de Juiz de Fora (SR-3) e de São Paulo (SR-4), da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A — RFFSA.

Na referida contratação, precedida de licitação sob a modalidade de leilão, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficou estabelecido que a sua disciplina seria a das Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e 9.074, de 07 de julho de 1995, do Decreto 1.832, de 04 de março de 1996, das normas regulamentares pertinentes e do Edital nº PND/A — 05/96/RFFSA.

A concessão foi outorgada pela UNIÃO, juntamente com a transferência, pela RFFSA, de bens operacionais, através do arrendamento e de bens de pequeno valor, através de compra e venda, todos alocados na referida MALHA SUDESTE.

Dentre as regras constantes do referido edital, consta, no CAPÍTULO 7 — RESPONSABILIDADE POR PASSIVOS, a de que "A RFFSA continuará como única responsável por todos os seus passivos, a qualquer título e de qualquer natureza jurídica, obrigando-se a indenizar à CONCESSIONÁRIA os valores que esta venha a pagar, decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO, mesmo quando reclamados ou objeto de decisão judicial posteriormente ao evento aqui referido." (G.N)

Em decorrência da sistemática adotada na mesma licitação (item 11.3 do Edital), ocorreram visitas em algumas instalações e tre-

chos da Malha Sudeste, sem ressalvas sobre o seu estado.

O contrato de concessão, em sua Cláusula Nona, item 9.1, subitem V. estabelece como obrigação da Concessionária: "Adotar as medidas necessárias e ações adequadas para evitar ou corrigir danos ao meio ambiente causados pelo empreendimento, observada a legislação aplicável e as recomendações da CONCEDENTE específicas para o setor de transporte ferroviário."

Ficou estabelecido, também, no mesmo edital que antecedeu à licitação, em seu Capítulo 5, item XII, que acionistas integrantes do Grupo Controlador se obrigariam a cumprir e fazer cumprir, quando couber, o disposto nos artigos 47, 48, 49 e 50 do Decreto nº 1.204, de 29 de julho de 1994, sendo que o mencionado art. 47 dispõe o seguinte: "Os adquirentes de ações representativas do controle acionário obrigar-se-ão, expressamente, a: I— fazer com que a sociedade privatizada realize os investimentos necessários e vinculados à recuperação ou preservação do meio ambiente; II— liquidar as multas e demais penalidades cominadas à sociedade privatizada, por infração à legislação do meio ambiente, consideradas na fixação do preço mínimo de alienação."

No preço mínimo fixado para a privatização não foram consideradas penalidades ou multas aplicadas à RFFSA por infração à legislação do meio ambiente, consoante se conclui do exposto no Capítulo 10 do mesmo edital já anteriormente mencionado.

Ao assumir a operação ferroviária, em 1º de dezembro de 1996, a MRS LOGÍSTICA S/A, no tocante à situação ambiental da MALHA SUDESTE, constatou a existência de contaminação de solo e a inexistência de tratamento dos efluentes derivados de produtos petroquímicos, principalmente em pátios e oficinas de reparos, e diversos pontos desmantados ou erodidos em decorrência de obras realizadas pela RFFSA, ao longo das linhas ferroviárias.

A RFFSA, no ano de 1997, portanto depois do início da concessão, procedeu a levantamento de problemas ambientais cuja existência ficou então devidamente comprovada e a MRS LOGÍSTICA S/A, em seguida, median-

te a contratação de empresa especializadas, procedeu a levantamentos complementares, tendo encaminhado ao Ministério dos Transportes os respectivos relatórios, consoante a carta anexa por cópia. Em consequência, a MRS LOGÍSTICA S/A, ao longo de sua administração, tem efetuado recuperações e correções em diversas instalações visando a adequação das mesmas às normas vigentes, especialmente à Lei do Meio Ambiente (Lei nº 9.605/98).

No entanto, a recuperação das áreas degradadas, o tratamento e disposição correta dos rejeitos e efluentes, em alguns casos, tem um custo elevado e não podem ser realizados de uma só vez. Assim sendo, fica a Empresa vulnerável, diante da atual legislação, a pesadas multas, além das demais sanções de ordem cível e criminal.

4. Diante da exposição procedida, e em face das disposições do edital de licitação, do contrato de concessão e da legislação pertinente, no tocante ao passivo gerado pelo inadimplemento de obrigações relativas ao meio ambiente, no período anterior a 1º de dezembro de 1996, formula a Consulente os seguintes quesitos:

“As multas e demais penalidades previstas na legislação ambiental poderão ser aplicadas à MRS LOGÍSTICA S/A e aos seus administradores?

Sendo afirmativa a resposta à pergunta anterior, a RFFSA ou a UNIÃO, como Poder Concedente, tem o dever de ressarcir os pagamentos realizados a título de tais multas e penalidades?

De quem é a responsabilidade pelo custo e pelas despesas com os serviços e obras necessários à recuperação do meio ambiente? Da MRS LOGÍSTICA S/A, da RFFSA ou da UNIÃO, como Poder Concedente?

De quem é a responsabilidade pelo custo e pelas despesas com os serviços e obras necessários para corrigir atividade já desenvolvida de forma danosa ao meio ambiente antes de 1º de dezembro de 1996? Da MRS LOGÍSTICA S/A, da RFFSA ou da UNIÃO, como Poder Concedente?

5. Para responder adequadamente aos quesitos formulados, faz-se mister, em primeiro

lugar, posicionar o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, de ordem administrativa, criminal e civil, frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

6. A consulta suscita, ainda, o exame da responsabilidade por passivos ocultos, enfocando, especialmente a responsabilidade do Poder Concedente por atos praticados antes da outorga da concessão e que impliquem em responsabilização da concessionária, na esfera da disciplina jurídica do meio ambiente.

7. Em seguida, passaremos à exegese das disposições constantes do Edital de Licitação e do Contrato de Concessão, analisando as disposições constantes de tais instrumentos e as garantias prestadas pela RFFSA, com vistas a responder aos quesitos objeto da consulta formulada.

8. Ao final do trabalho, apresentaremos nossas conclusões, aplicadas à situação específica da Consulente, procurando esclarecer, à luz do disposto no contrato de concessão, a responsabilidade pelos ônus decorrentes da imposição de penalidades e da recuperação de áreas degradadas, corrigindo os atos praticados no curso das atividades desenvolvidas de forma danosa ao meio ambiente, pela RFFSA.

II. DO REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A) CONSIDERAÇÕES GERAIS

9. A Constituição Federal de 1988 conferiu proteção ao meio ambiente de forma bem abrangente, inclusive no que respeita à necessidade do estudo prévio de impacto ambiental e à indenização dos danos causados ao meio ambiente — art. 225, § 1º, IV e § 3º — sem, contudo, alterar a sistemática legislativa anterior à sua vigência — instaurada pela Lei da Lei nº 6.938, de 31.08.81, que foi, portanto integralmente recepcionada pela atual ordem constitucional.

10. Outro ponto que, preliminarmente, deve ser ressaltado é a política legislativa da disciplina ambiental, calcada na premissa básica de que o meio ambiente, sendo um patrimônio

de todos, possui natureza difusa, indivisível, representando o próprio bem tutelado pelo ordenamento jurídico. Daí a responsabilização por danos constituir objeto do direito público, transcendendo a esfera dos interesses privados, considerando-se o precípua objetivo da política de meio ambiente, de efetivar uma proteção eficiente do equilíbrio biológico, social e econômico, assim como também a boa e sadia qualidade de vida.

11. Dispõe a Lei nº 6.938/81, em seu artigo 4º, que, dentre os objetivos da política nacional do meio ambiente, está a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.¹

12. Visando à finalidade acima, estabelece o art. 14 da Lei nº 6.938/81:

“Art. 14 — Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I — à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN's, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela UNIAO se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;

II — à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III — à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV — à suspensão de sua atividade”.

13. Coerente com tais disposições, o art. 14, § 1º da mesma lei determina:

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a

indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

14. O ressarcimento previsto nos dispositivos da lei, segundo a interpretação teleológica que se lhes deve atribuir, terá de ser suficiente para a restauração dos recursos ambientais, com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, proporcionando a manutenção do equilíbrio ecológico.

15. Verifica-se, outrossim, através do disposto no art. 225 da Carta Magna, combinado com as disposições contidas no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, a independência das sanções de natureza penal, administrativa e civil que possuem fundamentos diversos, e que poderão ou não coexistir.

16. De acordo com a natureza e a gravidade da infração, poderá o infrator ser responsabilizado em uma ou mais esferas de disciplina da matéria ambiental, ou seja:

— o só fato da provocação do dano, dentro das disposições legais, gerará a obrigação de indenizar e reparar (responsabilidade civil);

— a infração às normas administrativas de proteção do meio ambiente, provocam imposição de sanção administrativa ao degradador (responsabilidade administrativa);

— se a prática ilícita estiver prevista também em norma específica de tutela penal, acarretará, dentro dos limites desta, responsabilização criminal.

17. Portanto, em certas situações, o responsável por danos ambientais poderá sofrer tripla penalização:

— sujeita-se à imposição de multa ambiental por infringir normas reguladoras da Política Nacional do Meio Ambiente, ditada pela Lei nº 6.938/81, de acordo com as disposições contidas na Lei nº 9.605, de 12/2/98;

— sujeita-se à ação penal pertinente, por ter praticado conduta tipificada na Lei nº 9.605/98, podendo a infração chegar a ser punível com pena de prisão simples de três meses a um ano;

— sujeita-se, finalmente, à ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao

1 Art. 4º inciso VII da Lei nº 6.938/81.

meio ambiente, que resulta na obrigação de indenizar ou reparar o dano. (art. 3º da Lei nº 7.347/85)

B) DA RESPONSABILIDADE PENAL

18. A recente Lei de Crimes contra a Natureza — Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 — dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

19. Um dos principais méritos da nova lei ambiental foi o de promover a consolidação de diversos diplomas legais que tratavam das penalidades, de ordem administrativa e criminal, decorrentes da prática de atos degradadores do meio ambiente.² Por outro lado, passaram a ser considerados crimes os ilícitos que antes configuravam contravenções penais, em diversos diplomas esparsos.³

20. Consoante estabelece a lei, é passível da aplicação de penalidade administrativa e penal a pessoa, física ou jurídica, que, de qualquer forma, concorrer para a prática dos crimes previstos nesta Lei, submetendo-se às mesmas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, abrangendo tanto o diretor quanto o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

21. A responsabilização administrativa e penal da pessoa jurídica vem expressamente consagrada neste diploma legal, assim como a possibilidade de uso da teoria *disregard of legal entity*, ou seja, a desconsideração da pessoa jurídica, sempre que sua personalidade

for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.⁴

“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

22. As pessoas jurídicas podem sofrer as seguintes penalidades: multa, penas restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade, aplicadas isoladas ou cumulativamente (art. 21 da Lei).

23. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida (art. 18).

24. Será fixado através de perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa, sendo que o laudo pericial produzido, no inquérito civil ou no juízo cível, poderá ser aproveitado no processo penal, instaurando-se o contraditório (art. 19).

25. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente (art. 20). Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se

2 Foram objeto da referida consolidação: o Código Florestal, o Código de Caça, o Código de Pesca a Lei nº 7.805/89 (disciplinando a lavra de garimpo) e a Lei nº 3.924/61, que trata dos monumentos arqueológicos e pré-históricos.

3 Observe-se que as infrações, que não passaram à categoria de crime, permaneceram vigentes nas respectivas leis, que foram derogadas parcialmente pela nova lei.

4 Este tipo de responsabilidade, atribuída à pessoa jurídica, em sede de disciplina ambiental, já era acolhida em vários países — Estados Unidos, Canadá, Austrália, Noruega, Portugal, França, Nova Zelândia, Venezuela. No Brasil, já se contempla a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei que disciplina os Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492, de 16/06/86).

pelo valor fixado nos termos do *caput*, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

26. As penalidades pela prática de atos causadores de danos causados ao meio ambiente serão graduadas, na sua aplicação, de acordo com a gravidade do fato, os antecedentes do infrator e a sua situação econômica (art. 6º), podendo, ainda, ser aumentadas ou diminuídas, no seu montante, conforme as circunstâncias atenuantes ou agravantes, mencionadas nos arts. 14 e 15, respectivamente.

27. A ação penal correspondente aos crimes previstos nesta Lei é pública e incondicionada. A competência será da Justiça Federal, quando os danos foram intentados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União Federal ou de suas entidades autárquicas, fundacionais, empresas públicas e sociedades de economia mista.

28. Para a penalização do infrator, há de ser perquirido o elemento subjetivo, devendo ficar demonstrada a sua culpabilidade pela prática do ilícito, ou seja, é imprescindível que se comprove a materialidade e a autoria do ilícito que é objeto de imputação.

29. Tratando-se de pessoa jurídica, a sua responsabilização na esfera criminal depende da demonstração da culpa ou dolo do seu responsável legal, ou, ainda, do diretor, ou de qualquer outro dirigente, na prática de ato tipificado como crime ambiental, tal como descrito na Lei nº 9.605/98.

30. Na situação objeto da consulta, não se pode deixar de concluir, em tese, pela inviabilidade jurídica da responsabilização criminal da Consulente — MRS, bem como de seus administradores, porquanto não há como demonstrar, na espécie, que foi o autora dos ilícitos criminais que estejam tipificados na Lei nº 9.605/98, cuja ocorrência remonta à data anterior à da assinatura do contrato de concessão.

C) DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

31. Consoante se extrai das disposições contidas no art. 14 da Lei nº 6.938/81, independentemente das penalidades previstas na legislação federal, estadual e municipal, o não

cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos danos causados pela degradação da qualidade ambiental, sujeitará os infratores às sanções administrativas enunciadas neste mesmo artigo.

32. Aos preceitos da Lei nº 6.938/81, relativos às sanções administrativas por ilícitos ambientais, foram acrescidas as novas normas da recém editada Lei nº 9.605/98, que tratam da infração administrativa, instaurando um novo regime administrativo e penal para as infrações de natureza ambiental, revogadas as disposições do diploma de 1987, no que conflite com a nova disciplina legal.

33. O art. 70 da Lei nº 9.605/98 define a infração administrativa ambiental:

“Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

34. O tipo previsto na norma legal é aberto, abrangendo todas as disposições contidas em leis ambientais anteriores à sua vigência.

35. A leitura da disposição, combinada com todos os preceitos inerentes à responsabilização administrativa do infrator de normas legais, não pode deixar de perquirir o elemento subjetivo, devendo decorrer, necessariamente, da culpa ou dolo do agente causador do dano, seja omitindo-se ao dever que lhe é imposto, seja realizando atos que violem as normas disciplinadoras do uso, gozo, promoção, proteção e preservação ambientais.

36. Este entendimento está reafirmado pela regra inscrita no art. 3º da Lei nº 9.605/98:

“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

37. Portanto, não de estar presentes, para que se legitime a sanção administrativa, a materialidade e a autoria do fato punível, sendo certo que, para aplicação de sanções à

pessoa jurídica há de estar constatada a conduta ilícita de administrador da sociedade.

38. A nova lei inovou a disciplina da matéria, atribuindo legitimação a qualquer pessoa para, constatando infração ambiental, dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia. A autoridade incumbida da fiscalização do meio ambiente, que tiver conhecimento de infração ambiental, é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

39. Acolhendo o princípio constitucional do *due process of law*, a Lei estabelece que as infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições procedimentais constantes desta Lei.

40. De acordo com o art. 72 da Lei nº 9.605/98, são as seguintes as sanções administrativas aplicáveis, observada a graduação da pena, conforme art. 6º do mesmo diploma legal:

- advertência;
- multa simples;
- multa diária;
- apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- destruição ou inutilização do produto;
- suspensão de venda e fabricação do produto;
- embargo de obra ou atividade;
- demolição de obra;
- suspensão parcial ou total de atividades;
- restritiva de direitos.

41. Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas (art. 72, § 1º).

42. A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo, advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do *SISNAMA* ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha; ou opuser embaraço à fiscalização dos

órgãos do *SISNAMA* ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha, podendo ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. Se a infração se prolongar no tempo, poderá ser aplicada multa diária (art. 72, §§ 2º, 3º, 4º e 5º).

43. A figura do embargo da obra ou da atividade, enquanto sanção administrativa, é passível de ser aplicada quando não estiverem sendo observadas, no exercício destas atividades, às prescrições legais ou regulamentares.

44. Prevê, a Lei, ainda, as sanções restritivas de direito, que são:

- suspensão de registro, licença ou autorização;
 - cancelamento de registro, licença ou autorização;
 - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;
 - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
 - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.
45. Estabelece o art. 75 da Lei nº 9.605/98 que o valor da multa administrativa será fixado no regulamento da Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

46. O pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.

47. No campo da disciplina das medidas preventivas de danos ambientais, a Medida Provisória nº 1.710, republicada em 29 de janeiro de 1999 contempla a adoção do termo de compromisso, a ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela realização de atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, mediante a alteração do texto do art. 79-A da Lei nº 9.605/98.

48. O termo de compromisso, a que se refere este artigo da Lei, destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e

jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

49. Observa-se, na espécie em exame, que o elemento subjetivo, a que se refere a legislação pertinente, acima explicitada, não está presente no caso da *MRS* e de seus administradores, na medida em que, efetivamente, não praticaram os ilícitos ambientais, conforme constatado na apuração procedida, relativamente ao período de tempo anterior à assinatura do contrato de concessão, inexistindo, pois, relação de causalidade que possa justificar a responsabilidade.

50. Com efeito, a responsabilidade administrativa e criminal, nos termos da Lei, é da *RFFSA* e de seus administradores, conforme poderá vir a ser apurado em processo administrativo, pela prática dos atos depredadores. A sociedade de economia mista, de natureza privada, para todos os fins, tem legitimidade passiva para responder pelos ilícitos por ela cometidos e sofrer as penalidades aplicáveis em virtude da conduta ilícita.

52. Não se pode, entretanto, deixar de considerar a possibilidade de imposição de multa simples ou de multa diária, por aplicação do disposto no art. 72, §§ 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 9.605/98 — no caso em que a Consulente seja advertida das irregularidades anteriormente praticadas, e seja compelida a saná-las — e deixar de cumprir a determinação administrativa correspondente.

53. Estaria, aí, configurado, para os efeitos de sanção administrativa, a conduta ilícita, que, em suma, implicaria na execução de obras de restauração ambiental, nos termos da legislação pertinente, não sendo, neste caso, investigada a materialidade e a autoria dos atos que resultaram na degradação ambiental, mas apenas a continuidade dos seus efeitos.

54. Outra situação que deve ser considerada é a que resulta do termo de compromisso, instituído a partir da Medida Provisória nº 1.710, que implica na celebração de uma espécie de acordo, visando à viabilização das necessárias correções de suas atividades, para

o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

55. Poderia ser, em tese, no caso do concreto, cogitada a conveniência da celebração desse compromisso, o qual contemplaria a participação da *RFFSA* nos custos e nas medidas de correção dos danos ambientais praticados no período em que exercia a exploração da atividade. Firmado o aludido termo de acordo, a *RFFSA* assumiria a responsabilidade pelas medidas necessárias, sob pena de sofrer a penalização correspondente ao descumprimento das obrigações contraídas perante as autoridades administrativas.

III. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

A) DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

56. Além da responsabilização subjetiva, que sujeita o infrator das normas ambientais à imposição das sanções administrativas e penais previstas em lei, descritas anteriormente, há a obrigação de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente de culpa, o que configura a responsabilidade objetiva, como será a seguir explicitado.

57. Sabe-se que a responsabilidade civil genérica fundamenta-se, como em tantos outros casos, no art. 159 do Código Civil, segundo o qual:

“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

58. É intuitivo que o dever de indenizar deflui da culpa *lato sensu*, acorde com suas três tradicionais formas: imprudência, negligência e imperícia.

59. Todavia, paralelamente a esta regra existe uma outra, determinando que, em casos excepcionais, o simples nexo de causalidade é bastante para determinar a responsabilidade. A indenização não está ligada à culpa, mas à simples comprovação do vínculo de causa e efeito.

60. A responsabilidade objetiva implica em que os pressupostos do dever de indenizar

sejam apenas o evento danoso e o nexo de causalidade. O nexo de causalidade é exigido como requisito para que se reconheça o dever de indenizar, quer se trate de responsabilidade objetiva, quer da subjetiva.

61. É suficiente para tal que se reconheça tenha o autor praticado ato que se revele como potencial causador do dano. É necessária a presença de conexão causal, vale dizer, relação de causa e efeito entre a atividade do agente e o dano dela advindo.

62. São encontradas no direito civil brasileiro várias hipóteses que acolhem esta regra excepcional, algumas trazendo a inversão do ônus probatório, outras acarretando dever de reparação de forma objetiva pelo risco criado, afastável tão-somente mediante a comprovação da ocorrência de caso fortuito ou força maior. São exemplos as situações configuradas no Código Civil: a responsabilidade do dono do edifício, pelos danos resultantes de sua ruína (art. 1.528 do C.C.) e a daquele que habitar casa, pelas coisas que dela caírem ou forem lançadas (art. 1.529).

63. A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado, prestadoras de serviço público, pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, está consagrada no art. 37 § 6º da Constituição Federal, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

64. Forçoso reconhecer que o ato praticado pela concessionária, na realização de obra ou serviço público, equipara-se ao ato de autoridade. Tanto assim, que o ordenamento jurídico do mandado de segurança indica expressamente como autoridades impetradas, entre outros, os “representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do

Poder Público, somente no que entender com essas funções” (art. 1º, § 1º da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951).⁵

65. No campo da responsabilidade objetiva por dano ambiental, a doutrina tem afirmado que a continuidade delitiva é motivo bastante para a condenação *atual* da indústria poluente, não obstante tenha o dano sido provocado *também* por um antecessor no tempo. No caso de danos ocasionados por obra ou serviço público, a mesma regra se aplica, em relação à atual concessionária e à anterior. É nisso que reside a indenização por responsabilidade objetiva solidária dos danos causados ao meio ambiente.⁶

66. Corolário desta premissa, cabe aduzir que, em matéria de responsabilidade civil por danos ambientais, o dever de indenizar se impõe, não sendo necessário cogitar de causa principal, secundária ou concausa, porquanto nenhuma delas se constitui em fundamento bastante para o afastamento da responsabilidade civil.

67. Cumpre salientar que o dano ao meio ambiente encontra seu primeiro fundamento de reparação nos sistemas ordinários da responsabilidade civil. Ou seja, como salienta *Aguiar Dias*, a doutrina da culpa funciona sempre que se verifique um procedimento prejudicial que poderia ter sido evitado, mediante providências cautelares ao alcance do interessado, de acordo com as conquistas atuais da ciência.⁷

68. No entanto, como esta teoria não é suficiente para atender aos casos em que a culpa não pode ser claramente identificada, observou-se um movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de adotar, para estes casos, a teoria do risco criado, segundo a qual, a empresa deve reparação a seus vizinhos e à

5 ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES, ALEXANDRE DE M. WALD, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 154.

6 NELSON NERY JUNIOR, *Responsabilidade Civil e Meio Ambiente*, Revista do Advogado, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, nº 37, p. 36 e ss.

7 AGUIAR DIAS, *Responsabilidade Civil no Plano Ecológico*, in *Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. ORLANDO GOMES*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, 1ª ed., p.50.

comunidade, pelos danos decorrentes de sua atividade.

69. Não há, porém, responsabilidade civil sem relação de causalidade entre o dano e a atividade do sujeito passivo da obrigação de reparar. Todos os autores concordam quanto à indispensabilidade desse nexo causal, mas é considerável a divergência quanto à colocação do problema, quando se faz mister designar, entre vários fatos, a qual deles deve ser atribuída a verdadeira função de causa. No entanto, estabelecida de acordo com o critério de risco, a responsabilidade por dano ecológico.

*“ao sujeito passivo da obrigação de reparar incumbe a prova da redução da coincidência a seu sentido real, isto é, que não houve, na produção do fenômeno, influência do fato ou atividade que a representa”.*⁸

B) PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

70. O dano é pressuposto básico da obrigação de indenizar.

71. Visto que o meio ambiente é um patrimônio do homem e se constitui de um bem comum a todos, a sua deterioração, degradação e diminuição importarão necessariamente em lesão a este patrimônio.

72. Por outro lado, de acordo com *Evandro Ferreira de Viana Bandeira*, a preservação da natureza se apresenta como condição primeira, indispensável e insuprível à existência, manutenção e desenvolvimento da vida humana. Daí conclui o Autor que

“todas as lesões provocadas ao meio ambiente e que impliquem a impossibilidade, o desaparecimento ou prejuízos ao homem, quer no seu aspecto orgânico, quer no estético ou cultural, representam uma violação de um interesse difuso, porquanto o meio am-

biente em que a vida se desenvolve é um bem juridicamente protegido”;

para, em seguida, arrematar:

*“O dano ecológico, enquanto causa de efeitos jurídicos, somente poderá ser visto se o enfocarmos sob o prisma de sua injuridicidade, ou seja, como fato bastante capaz de desencadear a reação jurídica própria e específica no ordenamento jurídico”.*⁹

73. Consoante assinala *HELLY LOPES MEIRELLES*, poluição, conceito estreitamente ligado à noção de dano ecológico, é definida, em sentido amplo, como sendo:

*“toda alteração de propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente, de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos”.*¹⁰

74. Consta do inciso III do art. 3º da Lei nº 6.938/81, o que deve ser entendido por poluição, no sentido de degradação ambiental:

“Art. 3º — Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III — Poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indireta:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

75. Em face do princípio da responsabilidade objetiva, adotada na disciplina ambiental, dois são os pressupostos que geram a obrigação de indenizar: o dano e o nexo causal. Isto é, no caso concreto, deve existir, para que haja

8 DIAS, AGUIAR, *Responsabilidade Civil no Plano Ecológico*, ob. e loc. cit., p. 50-52.

9 BANDEIRA, EVANDRO FERREIRA DE VIANA, *apud* BITTENCOURT, DARLAN RODRIGUES e MARCONDES, RICARDO KOCHINSKI, *Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental*, Revista dos Tribunais 740, p. 53 e ss.

10 MEIRELLES, HELLY LOPES, *Direito Municipal Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1990, p. 424.

responsabilização, um liame entre ação ou omissão do pretense responsável, que constitui causa eficiente para o surgimento daquele prejuízo.

76. Tratando-se de responsabilidade objetiva, no caso do ressarcimento por danos ambientais, as únicas defesas possíveis são as de que a atividade não causou o dano ou, ainda, de que inexistiu o dano.

77. Existe, segundo *Darlan Rodrigues e Ricardo Kochinski Marcondes*, além destes, a hipótese do nexo causal recair em elementos estranhos à atividade. O que não significa admitir excludente, mas somente inadequação do nexo de atividade com o dano.¹¹

78. Cumpre registrar a existência de importante corrente doutrinária francesa, representada por *Patrick Girod*, que desenvolve a idéia do que, na avaliação do prejuízo reparável, na esfera dos danos ambientais, devem ser sopesados, principalmente em matéria de obras e serviços públicos. Ou seja, os benefícios da atividade em confronto com a nocividade gerada pela poluição, como expressão concreta do bloqueio do processo natural de eliminação e digestão de detritos. A problemática da responsabilidade, em tais casos, deve partir do confronto entre dois interesses de ordem pública, sendo merecedor de reparação apenas o dano e que ultrapassar um certo nível de tolerância, apreciado o abuso pelos juizes.¹²

79. Para *Aguiar Dias*, a teoria do risco advém do preceito constitucional que institui a responsabilidade objetiva, em que domina a consideração da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Há aí duas noções, segundo o Autor, que se articulam:

“a da anormalidade e a da especialidade, apresentando esta o caráter de dimensão subjetiva daquela e apreciadas em função do tempo, lugar e pessoas, pois é certo que a

poluição não afeta indistinta ou igualmente a todas as pessoas, mas aquelas colocadas naquela tríplice condição”.¹³

80. Partindo destas noções, merece ser ponderada a doutrina francesa, que ecoou significativamente na jurisprudência daquele país. O prejuízo indenizável deve ser apenas aquele que ultrapassar um nível tolerável, cabendo sempre, na avaliação, dimensionar o custo/benefício do serviço de utilidade pública que gerou a poluição, aplicando-se teoria análoga à que prevaleceu em relação aos direitos de vizinhança.

C) CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

81. Diante do regime da responsabilidade objetiva, de acordo com a qual os únicos pressupostos do dever de indenizar são o evento danoso e o nexo de causalidade, a eventual aplicação da sanção administrativa ou criminal, conforme claramente estabelece o art. 14 da Lei nº 6.938/81, não elide a responsabilidade pela indenização civil do dano causado ao meio ambiente¹⁴, sendo que esta prescinde da prova da culpa do poluidor. Já é aliás o princípio consagrado pelo art. 1.525 do Código Civil.

82. A adoção, entre nós, do fundamento da responsabilidade civil por dano ecológico de natureza objetiva, acarretou, necessariamente, as consequências básicas, abaixo mencionadas:

a) deixou de ser relevante a subjetividade da conduta, não havendo mais a necessidade de demonstrar intenção danosa ou perquirir a culpa do responsável, bastando a mera configuração de prejuízo decorrente de uma determinada atividade;

b) o requisito de maior importância desta teoria consiste na inversão do ônus da prova, partindo-se de uma presunção de causalidade

11 BITTENCOURT, DARLAN RODRIGUES e MARCONDES, RICARDO KOCHINSKI, ob. e loc. cit.

12 GIROD, PATRICK, *La Réparation du Dommage Ecologique*, apud AGUIAR DIAS, ob. cit., ps. 45/48.

13 DIAS, AGUIAR, ob. cit., ps. 48/49.

14 MACHADO, PAULO AFONSO LEME, *Direito Ambiental Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 196 e ss.

entre a atividade do agente e o prejuízo; sendo dele a incumbência de desfazer esta presunção, que é, portanto *juris tantum*:

c) demonstrado o dano ecológico e presumido o nexo de causalidade com a atividade desenvolvida, o acusado tem o dever de indenizar, a não ser que providencie a produção de prova negativa, excludente de sua responsabilização.¹⁵

D) A FIGURA DO RESPONSÁVEL PELA REPARAÇÃO CIVIL. O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

83. Estabelecido o dano ressarcível e seu nexo com o risco criado, identifica-se o responsável pela respectiva reparação. A lei é clara — o responsável é aquele que exerce a atividade: quem polui paga.

84. O princípio do *poluidor pagador* é, pois, aspecto de fundamental relevância na política ambiental.

85. Este princípio parece haver surgido a partir da teoria econômica, segundo a qual os custos sociais externos que acompanham a produção industrial, e, portanto, os custos resultantes da poluição, devem ser assumidos pelos empreendedores de atividades potencialmente poluidoras.

86. O princípio do *poluidor pagador* é aquele que impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação ou omissão.

87. Originário da influência francesa, o princípio do “poluidor pagador”, ou *pollueur-payeur*, foi adotado em diversos países, após a declaração de Estocolmo de 1972. Consiste tal princípio, basicamente, na idéia de que o

dano deve ser ressarcido por aquele que foi beneficiado pela atividade que o causou. Ou seja, quem de alguma forma contribuiu para a degradação ambiental, deve responder por ela, na exata proporção de sua participação no resultado danoso.

88. A Lei nº 6.938/81 indica o sujeito responsável pela reparação, conceituando a figura do *poluidor*:

“Poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. (art. 3º, inciso IV da Lei n. 6.938/81)

89. O poluidor é, de acordo com a terminologia legal, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental, e, portanto, responsável pela reparação dos danos causados ao meio ambiente. Quando vários poluidores concorrem para o resultado, todos respondem solidariamente.¹⁶

90. Cabe aqui a indagação: qual a concorrência exigida pela Lei nº 6.938/81? A doutrina a identifica como concorrência de risco, não de conduta. Verificada essa circunstância, a ofensa deve ser a todos imputada. Em outras palavras, responderão solidariamente pela reparação, nos termos do art. 1.518 *in fine*.¹⁷

91. Na situação em tela, portanto, à luz das disposições legais aplicáveis, responderá civilmente pelas reparações do meio ambiente, que se fizerem necessárias, a Consulente, na medida em que está exercendo a atividade de transporte ferroviário, no momento, sucedendo a RFFSA.

92. Haveria, de acordo com a regra do Código Civil, um obrigado inicial — o causador do dano — e outro(s) responsável(eis) solidário(s), em virtude da presunção firmada no

15 FÁBIO DUTRA LUCARELLI, *Responsabilidade Civil Por Dano Ecológico*, in RT 700, p. 7 e ss.

16 De acordo com o parágrafo único do art. 896 do CC, “há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação à dívida toda”.

17 Determina o art. 1.518 do mesmo diploma legal: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos respondem solidariamente pela reparação”.

texto da lei. Se o responsável não for o culpado, poderá ter ação regressiva contra o efetivo causador do dano, para reaver o que efetivamente pagou em indenização pelo ato ilícito que não praticou.¹⁸

E) A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

93. O fenômeno da poluição é complexo e difuso, fazendo com que, às vezes, seja difícil precisar a conduta poluente, bem como a individualização dos sujeitos imputáveis e a prova do nexo de causalidade. Daí a razão de o art. 1.518 do CC dispor sobre a solidariedade passiva na responsabilidade extracontratual, que aproveita a hipótese de dano causado ao meio ambiente.

94. Por exemplo, na ação judicial entre o *MINISTÉRIO PÚBLICO* e *OIKOS* contra as indústrias de Cubatão, objetivando a recomposição de flora e fauna da Serra do Mar, naquele município, e a indenização por danos causados ao meio ambiente, as indústrias alegaram que a petição inicial deveria ter mencionado a conduta de cada uma delas, e em que teria esta atividade concorrido para a causação dos danos. Neste caso, travou-se a discussão no âmbito da culpa, fato absolutamente estranho à responsabilidade objetiva do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.¹⁹

95. Assim, na hipótese da ação judicial referida, ainda que o dano ao meio ambiente, em Cubatão, tenha ocorrido anteriormente ao desenvolvimento das atividades poluidoras das indústrias localizadas atualmente naquele município, a continuidade dessas atividades teria, em tese, segundo presume a lei, contribuído para o agravamento da degradação ambiental. Assim, surge o conseqüente dever de responderem essas indústrias pelos prejuízos causados. Aplicando-se o art. 1.518 do CC e

considerando solidária tal obrigação, as empresas litigantes, no caso em narrativa, devem responder pela totalidade dos danos, ainda que não os tenham causado por inteiro. É a decorrência natural do reconhecimento legal da solidariedade passiva, criada em benefício do credor e não do devedor.

96. Com efeito, é o causador do dano ambiental quem assume o dever de indenizar. Existindo mais de um causador, todos são responsáveis pela indenização, segundo o artigo 1.518, “*caput*”, segunda parte do Código Civil; que determina a solidariedade na responsabilidade extracontratual, independentemente de concerto prévio, unidade de propósitos etc. Já seu parágrafo único, esse sim exige a “*cumplicidade*” para a aplicação da solidariedade, mas é outro instituto e parte de outra premissa.²⁰

97. Na situação em tela, portanto, à luz das disposições legais aplicáveis, poderá a Consultente vir a ser responsabilizada civilmente pelas reparações do meio ambiente, que se fizerem necessárias, mesmo as relativas a atos anteriores ao contrato de concessão, em face da responsabilidade objetiva adotada pela lei, que emerge do fato de estar exercendo a atividade de transporte ferroviário, no momento, sucedendo a *RFFSA*.

98. Pode-se dizer que ocorre neste caso, a situação em que a autora do dano (a *RFFSA*) é a obrigada inicial, sendo a Consultente a responsável solidária, em virtude da presunção firmada no texto da lei. Como a responsável não é a culpada, poderá ter ação regressiva contra a efetiva causadora do dano, para reaver o que efetivamente houver pago em indenização pelo ato ilícito que não praticou.²¹

99. Assim, *in casu* caso à luz das disposi-

18 WALD, ARNOLDO, *Obrigações e Contratos*, 13ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 558.

19 Ação judicial descrita por NELSON NERY JUNIOR (ob. cit., loc.cit), em que a tese foi defendida, tendo logrado acolhimento da 7ª C.C. do TJSP, relatado pelo Des. Sousa Lima, v.u., j. 28.03.90.

20 Dispõe o parágrafo único do art. 1.518 do C.C. “São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521”.

21 Conforme está explicado no tratamento da responsabilidade solidária, à luz do Código Civil (ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, 13ª ed., p. 558).

ções legais aplicáveis, devem responder, solidariamente pelas reparações do meio ambiente, que se fizerem necessárias, a Consulente (na medida em que hoje está exercendo a atividade de transporte ferroviário) e a RFFSA (concessionária anterior do mesmo serviço público).

100. Em consequência, na hipótese de que venha a arcar com os custos envolvidos nas indenizações e reparações ambientais, a serem promovidas, a Consulente terá, por força das disposições legais relativas à solidariedade, anteriormente aduzidas, direito de ressarcir-se do que houver dispendido para recuperar os danos ambientais provocados pela sua antecessora no serviço — em face da anterior concessionária — a RFFSA.

F) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS

101. A doutrina tem firmado o entendimento no sentido de que o Estado pode ser legitimado passivo, se tiver alguma participação na atividade causadora do dano.²²

102. A simples autorização do poder público para funcionamento de alguma empresa que venha a causar dano ao meio ambiente não seria, no entanto, por si só, motivo suficiente para gerar a sua responsabilização. É necessário que se demonstre o nexo de causalidade entre a autorização estatal e o dano.

103. Discrepam os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade do Estado por danos ambientais.

104. Uma corrente doutrinária admite que a responsabilidade civil da Administração exsurge de comportamentos comissivos ou omissivos, sendo certo que, em princípio, a Administração não responde civilmente por atos de terceiros, decorrente de falhas nas medidas de polícia administrativa. Em outros termos, como assinala a doutrina, a responsabilidade administrativa existirá se, efetivamen-

te, restar provado que o Poder Público tomou conhecimento do fato danoso e deixou de tomar as providências cabíveis.²³

105. Cabe entender, de acordo com tal corrente da doutrina que, tratando-se de responsabilidade solidária da Administração por ações voluntárias dos particulares, o Estado, só pelo fato de exercer o poder de polícia em tema de meio ambiente, não pode ser responsabilizado solidariamente com o poluidor. Desarte, somente em casos em que o evento danoso puder ser atribuído diretamente à omissão do agente público é que haveria a responsabilidade da Administração, posto que aí surge a culpa *in omissendo* do Poder Público, sendo necessário demonstrar que deixou de exercer a sua atribuição.

106. Nesse sentido, ANTONIO CHAVES assevera que, em algumas hipóteses, não se poderá empenhar a responsabilidade solidária de Administração, tais como nas situações em que o poluidor ou predador do meio ambiente cause dano clandestinamente, sem culpa grave (por omissão) do Poder Público; quando aqueles implantam empreendimentos e/ou atividades com base em licença ilegal, mas atribuível a ilegalidade ao funcionamento normal do serviço, sem dano especial; quando ocorrer acidente ecológico independentemente do comportamento comissivo ou omissivo da Administração Pública.

107. AGUIAR DIAS, por sua vez, defende outro posicionamento, quando ainda em vigor a Constituição anterior (ajustável também ao vigente sistema constitucional, que também consagra a responsabilidade objetiva do Estado), assinalando:

“Seja simplesmente omissiva, seja comissiva, desde logo se evidencia que a inércia da Administração empenha a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público e conseqüente obrigação de reparar integralmente o dano causado, na forma do art. 107

22 NELSON NERY JÚNIOR, ÉDIS MILARÉ E ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo, 1984, ps. 75/76; HUGO NIGRO MAZZILI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 3ª ed., São Paulo, 1991, nº 18.2, ps. 132/133.

23 TOSHIO MUKAI, *Responsabilidade Solidária da Administração por Danos Causados ao Meio Ambiente*, in *Revista de Direito Administrativo* — v. 171 — jan./mar. 1988, ps. 227 e ss.

da Constituição, que não exige sequer prova de culpa, mas somente a relação de causalidade entre aquela e o dano".²⁴

108. A responsabilidade solidária da Administração com o empreiteiro, perante terceiros é admitida, conforme realçado pelo Supremo Tribunal Federal.²⁵

109. Em tema de meio ambiente, Paulo Affonso Leme Machado assevera:

*"Para compelir, contudo, o poder público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais, mesmo com a observância dos padrões oficiais, o poder público deve responder solidariamente com o particular".*²⁶

110. Em âmbito constitucional, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, está consagrada no art. 37§ 6º da CF, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

111. Em sede de legislação estadual, cabe citar a Lei orgânica do município de São Paulo, de 04/04/90, que, ao disciplinar o meio ambiente, prevê a responsabilização, perante o município, das pessoas jurídicas, públicas ou privadas, e das pessoas físicas, pelos danos causados ao meio ambiente, devendo o causador do dano promover a recuperação plena do meio ambiente degradado, sem prejuízo das demais responsabilidades decorrentes.

112. Sintetizando os acontecimentos suscetíveis de acarretar a responsabilidade estatal

por omissão e atuação insuficiente, Celso Antonio Bandeira de Mello enuncia os seguintes:

"a) fato da natureza, cuja lesividade o poder público não obsteu, embora devesse fazê-lo; sirva de exemplo o alagamento de casas ou de depósitos, por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão do poder público em limpar bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão;

*b) comportamento material de terceiros, cuja atuação lesiva não foi impedida pelo poder público, embora pudesse e devesse sê-lo. Cite-se, por exemplo, o assalto processado diante de agentes policiais inertes e desidiosos".*²⁷

113. Cabe aduzir que esta última hipótese pode encaixar-se na espécie em estudo, na medida em que a União Federal, enquanto poder concedente dos serviços de transporte ferroviário, outorgado a uma concessionária estatal — RFFSA — deixa de prover a necessária supervisão e fiscalização dos serviços concedidos a uma sociedade que, em última análise, ela própria controla.

114. Com efeito, os incisos X, XI e XII do art. 29 da Lei nº 8.987/95 atribuem ao poder concedente as funções de estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; competitividade e formação de associações de usuários, tudo com a finalidade maior de criar condições adicionais para o aprimoramento dos serviços concedidos. Caracterizam estas competências autêntica delegação de poderes, que serão exercidos tanto no âmbito normativo, como em sede executiva, com a adoção de procedimentos e práticas administrativas destinadas a alcançar tais finalidades.²⁸

24 DIAS, AGUIAR, *Da Responsabilidade Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, t. 1, ps. 528/529.

25 RE nº 85.079, de São Paulo, Prefeitura Municipal de São Paulo *versus* Indústrias Reunidas Matarazzo, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Acórdão de 21/02/78, publicado in *Revista de Direito Administrativo*, 136 p. 161-166.

26 MACHADO, PAULO AFFONSO LEME, *Direito Ambiental Brasileiro*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, 1991, p. 93.

27 MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, ps. 149-50.

28 WALD, ARNOLDO, MORAES, LUIZA RANGEL DE, e M. WALD, ALEXANDRE DE, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, ob. cit., p. 151.

115. As atribuições do poder concedente, como se observa, não se esgotam no estabelecimento de regras, mas dele se exige, no novo ordenamento das concessões, uma efetiva atuação, principalmente no âmbito da prevenção de práticas nocivas à perfeita execução do objeto da concessão.

116. Não há, portanto, *in casu*, como desconsiderar a responsabilidade da *UNIÃO*, pelo passivo ambiental em enfoque, que originou-se de práticas passadas, fruto de negligência, imprudência ou imperícia na administração dos serviços. Assim, seja enquanto poder concedente destes serviços, seja na qualidade de acionista controladora da concessionária dos serviços de transporte ferroviário, deve a *UNIÃO* responder pelos danos ocasionados, além de empenhar-se em promover a plena reparação dos mesmos.

117. Tendo em vista que a Consulente se encontra, hoje, na posição de concessionária do serviço, e, portanto, nos termos da lei, não pode fugir à responsabilidade civil objetiva, inscrita na disciplina ambiental, parece-nos não existir dúvida de que, a União Federal e a *RFFSA* são co-responsáveis, em regime de solidariedade com a Consulente, pelas penalidades e indenizações devidas em razão dos danos ecológicos, bem como pelas medidas de recuperação.

G) ASPECTOS PROCESSUAIS

118. A doutrina tem admitido a legitimidade passiva do Estado, nas situações em que este tiver alguma participação na atividade causadora do dano.²⁹

119. Os processualistas defendem a utiliza-

ção da ação de chamamento ao processo (art. 77, do CPC) para o caso de haver solidariedade entre o devedor demandado e outro que se encontre fora da relação processual.³⁰

120. Relativamente à ação de denunciação da lide, é admissível quando houver direito de regresso do denunciante em face do denunciado. Esse direito de regresso deve derivar da lei ou do contrato.³¹

121. No entanto, há uma corrente da doutrina que entende, assim como a jurisprudência, que descabe a denunciação da lide, no caso em que o fundamento da demanda é a responsabilidade objetiva. No caso, a denunciação da lide instauraria uma demanda secundária, incluindo fundamento novo, estranho à ação principal. E tal fundamento novo seria o direito de regresso do denunciante fundado na responsabilidade subjetiva, originária da culpa.

122. Dentro desta linha doutrinária e jurisprudencial, não seria admitida a denunciação da lide em ação indenizatória por danos ambientais, na medida em que, fundada na responsabilidade objetiva, não admite a discussão da culpa na lide secundária.³²

123. Mesmo admitindo a impossibilidade processual de denunciar da eventual lide indenizatória, a *UNIÃO* e a *RFFSA*, para os fins de exercício do direito de regresso, o ressarcimento de todos os custos que a Consulente houver incorrido, em razão dos danos ambientais provocados por ações anteriores à concessão, poderiam, claramente, vir a ser exigidos em ação própria, fundada na lei e no contrato de concessão, sendo que, na hipótese

29 NERY, NELSON JÚNIOR, MILARÉ, ÉDIS E, FERRAZ, ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO, *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo, 1984, ps. 75/76; HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 3ª ed., São Paulo, 1991, nº 18.2, ps. 132/133.

30 Cf. BARBI, CELSO AGRÍCOLA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 1, 4a. ed., Rio de Janeiro, 1986, nº 406, p. 338.

31 GRECO FILHO, VICENTE, *A Denunciação da Lide: Sua Obrigatoriedade e Extensão*, in "Justitia", vol. 94, p. 9.

32 Apelação Cível nº 80.345-1, da comarca de Santos, Ministério Público versus Empresa Transportadora Marítima Estrela Ltda. Relator: TOLEDO CESAR. Acórdão de 07/04/87, publicado in Revista dos Tribunais 620, de junho de 1987, p. 69-70.

em estudo a partir da consulta formulada, dois aspectos devem ser ressaltados:

— o primeiro decorre da responsabilidade solidária que se instaurou a partir das disposições das leis ambientais, gerando para a Consulente o direito de vir a juízo postular o ressarcimento de todas as despesas e custos com penalidades e indenizações que houver pago, com vistas à recuperação ambiental de danos que não provocou, mediante a aplicação do art. 1.524 do Código Civil;

— o segundo se origina do próprio contrato de concessão, entre a Consulente e a União Federal, celebrado após licitação pública, em que todos os termos e condições se achavam estipulados, vinculando a *UNIÃO*, tendo a *RFFSA*, no Edital do procedimento licitatório, assumido a responsabilidade por todos os passivos ocultos, inclusive os de natureza ambiental, não contemplados no preço da privatização, como será abordado no tópico seguinte.

IV. DO REGIME JURÍDICO DAS RESPONSABILIDADES POR PASSIVOS OCULTOS NAS PRIVATIZAÇÕES

A) DOS EFEITOS VINCULANTES DO EDITAL DE LICITAÇÃO E DO CONTRATO DE CONCESSÃO

124. A doutrina tem salientado a importância e a impositividade do procedimento licitatório como pré-condição para a contratação pela Administração Pública.

125. Para *Laubadère*, a concorrência é;

“destinada a proteger os interesses financeiros da Administração, permitindo-lhe celebrar contrato com o particular, disposto a aceitar as condições de preço mais favoráveis para a coletividade pública. Este objetivo supõe, primeiramente, a abertura, para o maior número possível de empreiteiros ou fornece-

*dores, de um sistema de competição que os conduza a se apresentarem e a proporem oferecimentos à Administração; esta idéia de competição vai animar a primeira fase da operação de adjudicação, a saber, a participação da concorrência; ela é informada pelos princípios da publicidade e da livre concorrência”.*³³

126. Os autores nacionais sustentam, desde a edição do antigo Código de Contabilidade da União de 1922, o entendimento de que a exigibilidade de concorrência pública é a medida para preservar a moralidade pública e evitar a ocorrência de arbítrio.

127. Licitação e contrato administrativo são temas conexos, como assevera, com toda a sua autoridade o saudoso mestre *Hely Lopes Meirelles*, ao escrever que:

“A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. A licitação é o procedimento administrativo preparatório do contrato; é condição para a sua formalização. Pela licitação se seleciona a melhor proposta; pelo contrato se vinculam as partes para a consecução de seu objeto.

Os vínculos contratuais não nascem da licitação, mas são preparados, por esta para a celebração do ajuste. O procedimento da licitação tem fases e atos específicos; o contrato administrativo tem características próprias e cláusulas essenciais irrelegáveis pelas partes”.

128. Segundo *Hely Lopes Meirelles*, assim se conceitua licitação:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É

33 LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 1956, vol. I, p. 263.

34 MEIRELLES, HELY LOPES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 23.

o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma concessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato subsequente".³⁵

129. Para CRETELLA JUNIOR, nas licitações,

*"o princípio da legalidade incide sobre o edital — a lei interna do procedimento concorrencial — informando-o, ou seja, ditando a conduta da Administração, do começo o fim, suportando a Administração a lei que editou, ao mesmo tempo que aderindo o licitante, ponto por ponto, às regras estabelecidas para o certame".*³⁶

130. Nossos tribunais posicionam-se pelo controle da legalidade do ato administrativo, compreendendo como legalidade ou legitimidade, não só a sua conformação com a lei, como também com a moral administrativa e o interesse coletivo.³⁷

131. O princípio da vinculação ao edital está intimamente ligado aos princípios da legalidade, da igualdade e do julgamento objetivo das propostas. Tem por precípua finalidade proporcionar aos licitantes a segurança de que não serão, após o início e a finalização do certame, estabelecidas outras condições contratuais ou outros componentes de remuneração.

132. O edital vincula as partes aos seus critérios, requisitos e condições, cuja observância poderá ser exigida, durante a licitação, na assinatura do contrato e durante a vigência da concessão, tanto pela concessionária quanto pelo poder concedente.

133. Nos quinze incisos do art. 23 da Lei

nº 8.987/95 são enunciadas as cláusulas essenciais do contrato de concessão, que devem, sempre, estar em perfeita consonância com as disposições do edital e da proposta vencedora, já que consolidará os direitos e obrigações assumidos pelo poder concedente e pelo concessionário, que deverão observar, ainda, as disposições legais dirigidas ao poder concedente (arts. 29 e 30) e à concessionária (art. 31).

134. Em síntese, o contrato de concessão é o instrumento de vinculação entre o poder concedente e a concessionária, consolidando todas as matérias atinentes a objeto e prazo da concessão, direitos e obrigações das partes, remuneração, modo de prestação do serviço, garantias, situações de extinção da concessão e suas consequências indenizatórias, formas de aferição da regularidade e adequação do serviço, e outras previstas na lei e nos regulamentos próprios do poder concedente.

135. Pondere-se que, mesmo admitindo a prerrogativa do Poder Público de exercer o *ius variandi*, ou seja, de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou de serviço do contrato de concessão, está obrigado a manter as cláusulas contratuais econômicas, intangíveis por força de garantias constitucionais, legais e constantes do próprio contrato. A Lei de Concessões reforça esse preceito de ordem pública, delegando ao poder concedente competência para exercer a atividade regulamentar, modificando, quando for necessário, as regras de serviço, sempre no sentido de zelar pela adequada e regular execução do objeto da concessão, com vistas ao seu constante aperfeiçoamento, para atendimento das melhores e mais modernas condições técnicas e operacionais. O poder de modificar unilateralmente o contrato administrativo é irrenun-

35 MEIRELLES, HELY LOPES, *Licitação e Contrato Administrativo*, cit., p.5.

36 JUNIOR, JOSÉ CRETELLA, *Licitações Públicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 94.

37 Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 151.580 — Henrique Guilherme Fontes dos Santos x Caixa Econômica do Estado de São Paulo — Relator Des. Cardoso Rolim, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, pág. 134-7, jul./set. 1967. No mesmo sentido, aresto publicado na *Revista dos Tribunais*, a. 80, nº 671, p. 94-96, set. 1991 e na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, a. 26, v. 135, p. 31-2, mar./abr. 1992.

ciável, pela Administração Pública, conforme já prelecionaram os tratadistas franceses,³⁸ mas não pode, em hipótese alguma, implicar em onerar o concessionário, quebrando ou alterando a equação econômico-financeira.³⁹

136. Outro dos princípios basilares da Administração é o da moralidade pública. Em sua acepção ética, se traduz na probidade administrativa; em seu sentido jurídico corresponde ao exercício regular do poder atribuído ao administrador. A moral administrativa, segundo HAURIOU, é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as instituições a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.⁴⁰

137. A extensão das consequências do ato do administrador contrário à moralidade administrativa foi minuciosamente examinada pelo E. Ministro Milton Luiz Pereira, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no voto que exarou no Recurso Especial nº 20.386-0, do qual se destaca-se o trecho abaixo reproduzido:

*“Erigida, singularmente, pois a moralidade administrativa, pela dignidade constitucional, como princípio fundamental, o funcionário público (acepção lato sensu) pode e deve ser chamado à responsabilidade pelos danos materiais causados, não apenas ao erário, mas também à moralidade, ofensa nascida de desprimoroso comportamento. A lesividade ao patrimônio moral da Administração não pode ser premiada pelo esquecimento. Existe a responsabilidade de indenizar”.*⁴¹

138. Também em razão do princípio da moralidade administrativa, estaria definitivamente afastada qualquer situação que implicasse em alterar as condições contratuais anteriormente oferecidas ao concessionário, em processo de licitação pública, considerando que a proposta apresentada pelo vencedor

contemplou a situação econômica divulgada no procedimento licitatório, não sendo ética e moralmente legítima e posterior aceitação de passivo não contemplado no Edital e no contrato de concessão.

139. Posicionada a importância do Edital, como verdadeira lei interna da licitação pública, que produz entre a Administração e o administrado efeitos vinculantes, quanto às condições de contratação ofertadas em concorrência, cabe, nesse passo, examinar as regras que se encontravam estampadas no Edital de Licitação Pública, que precedeu a celebração do contrato de concessão entre a União Federal e a MRS LOGÍSTICA S/A, para a exploração dos serviços ferroviários da malha sudeste.

B) DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELA RFFSA E PELA MRS, EM FACE DO EDITAL DE LICITAÇÃO E DO CONTRATO DE CONCESSÃO

140. Dentre as regras constantes do referido edital, consta, no CAPÍTULO 7 — RESPONSABILIDADE POR PASSIVOS, a de que

“A RFFSA continuará como única responsável por todos os seus passivos, a qualquer título e de qualquer natureza jurídica, obrigando-se a indenizar à CONCESSIONÁRIA os valores que esta venha a pagar, decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO, mesmo quando reclamados ou objeto de decisão judicial posteriormente ao evento aqui referido”. (grifamos)

141. Ficou estabelecido, também, no mesmo Edital que antecedeu à concessão, em seu Capítulo 5, item XII, que acionistas integrantes do Grupo Controlador se obrigariam a cumprir e fazer cumprir, quando couber, o disposto nos artigos 47, 48, 49 e 50 do Decreto nº 1.204, de 29 de julho de 1994.

38 JÈZE, GASTON, *Derecho Administrativo*, trad., Buenos Aires, Depalma, 1950, vol. IV, p. 235.

39 WALD, ARNOLDO, MORAES, LUIZA RANGEL DE, e WALD, ALEXANDRE DE M., ob. cit., p. 149.

40 HAURIOU, *Précis Élémentaires de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1926, p. 197 e segs.

41 REsp nº 20.386-0-RJ in *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, a. 6, nº 63, p. 251-267, nov. 1991.

142. Dentre estas normas regulamentares está a constante do mencionado art. 47, que dispõe o seguinte:

“Os adquirentes de ações representativas do controle acionário obrigam-se-ão, expressamente, a:

I — fazer com que a sociedade privatizada realize os investimentos necessários e vinculados à recuperação ou preservação do meio ambiente;

II — liquidar as multas e demais penalidades cominadas à sociedade privatizada, por infração à legislação do meio ambiente, consideradas na fixação do preço mínimo de alienação”. (grifamos)

143. Cabe aduzir, ainda, que, *in casu*, no preço mínimo fixado para a privatização, não foram consideradas existentes penalidades ou multas à RFFSA por infração à legislação do meio ambiente, consoante se conclui do exposto no Capítulo 10 do mesmo Edital.

144. Por sua vez, o contrato de concessão, em sua Cláusula Nona, item 9.1, subitem V, estabelece como obrigação da Concessionária:

“Adotar as medidas necessárias e ações adequadas para evitar ou corrigir danos ao meio ambiente causados pelo empreendimento, observada a legislação aplicável e as recomendações da CONCEDENTE específicas para o setor de transporte ferroviário”.

145. Em síntese, interpretadas sistematicamente as normas editalícias e as contratuais, tem-se como efetivamente ajustadas as seguintes obrigações, à luz destas disposições e da legislação disciplinadora das concessões de serviços públicos (Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95):

— a nova concessionária (MRS) não assume as obrigações, de qualquer natureza, inclusive decorrentes da legislação ambiental, relativas ao período anterior à data da assinatura do contrato de concessão, com a União Federal;

— a RFFSA assume todos os passivos existentes e ocultos, de qualquer origem ou natureza jurídica, referentes ao período de tempo anterior ao do início da concessão;

— não há multas por infrações ambientais, descritas ou computadas no preço mínimo fixado para a privatização, pelas quais respon-

deria, contratualmente, a MRS, nos termos do Edital;

— a MRS obriga-se a realizar as medidas preventivas e de recuperação ambientais inerentes ao desenvolvimento das atividades, consideradas tais medidas a partir da data em que passou a explorar os serviços de transporte ferroviário, mediante outorga de concessão.

146. Considerando o teor das garantias prestadas pela RFFSA, no que toca aos passivos que viessem a ser conhecidos após a privatização, inclusive os de natureza ambiental, como os de que trata a consulta, a MRS será credora da primeira de todos os valores que vierem dela a ser exigidos, seja a título de penalidades administrativas, seja em razão de recuperação ambiental de danos decorrentes de ação depredadora anterior à data de início da concessão.

147. Em face da lei (art. 29 da Lei nº 8.987/95) e do contrato de concessão, a União Federal, enquanto poder concedente, tem a seu encargo, as seguintes providências:

— cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

— zelar pela boa qualidade do serviço.

148. Por outro lado, à luz do direito ambiental, cabe concluir que a União Federal assume responsabilidade solidária, juntamente com a RFFSA e a MRS, quanto ao dever de ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente pela concessionária, que explorava o serviço público até 1996. Defere-se ao responsável legal — que, no caso, poderia ser a Consulente — a faculdade de exigir da UNIÃO e da RFFSA o ressarcimento de todas as importâncias pagas, com juros e correção monetária, em relação aos valores pagos ou gastos em virtude dos atos praticados antes da assinatura do contrato de concessão e dos danos deles decorrentes.

V. CONCLUSÕES. RESPOSTA AOS QUESITOS FORMULADOS

149. Diante de todo o exposto, no curso do parecer, apresentamos, a seguir as nossas con-

cláusões, em resposta aos quesitos formulados pela Consulente.

150. A) PRIMEIRO QUESITO:

“As multas e demais penalidades previstas na legislação ambiental poderão ser aplicadas à MRS Logística S/A e aos seus administradores?”

RESPOSTA AO PRIMEIRO QUESITO:

151. Consoante se expôs no curso do parecer, as sanções administrativas e penais constantes da Lei nº 9.605/98, com a alteração feita pela Medida Provisória nº 1.710/98, decorrem, na forma da lei, do efetivo descumprimento das normas que regem a prevenção e a recuperação do meio ambiente.

152. Diferentemente do que se passa no âmbito da responsabilidade civil, a responsabilização administrativa do infrator baseia-se na conduta ilícita, comprovada sua materialidade e autoria através de procedimento administrativo, em que seja assegurado ao infrator o direito à ampla defesa, com instauração do contraditório.

153. Considerando que a Consulente, segundo nos é relatado na consulta, não ostentava, ainda, a posição de concessionária do serviço de transporte ferroviário, à época em que foram praticadas as infrações ambientais, não lhe pode ser imputada a responsabilidade administrativa pelos ilícitos verificados, e, portanto, não é, a nosso ver, passível das sanções pecuniárias e de restrições de direitos, inscritas na Lei nº 9.605/98.

154. A mesma ordem de entendimento decorre das normas da Lei nº 9.605/98, quando se tem presente que os administradores da Consulente não ordenaram nem se omitiram quanto ao cumprimento de dever que lhes seria imposto pela disciplina de proteção do meio ambiente, no intuito de beneficiar a MRS. Por conseguinte, não seriam responsáveis, sob ótica administrativa e criminal, pela degradação ambiental originada de atos praticados antes da assunção pela Consulente da atividade de transporte ferroviário.

155. Cabe ponderar, no entanto, que, diante da degradação ambiental procedida pela RFFSA — concessionária anterior à MRS —,

poderá ser ordenada à Consulente a pronta reparação destes danos ambientais, pela autoridade administrativa, sob pena de multa, inclusive, multa diária, considerando a continuidade da situação danosa, gerando, em caso de descumprimento da ordem administrativa, multa e outras sanções administrativas.

156. B) SEGUNDO QUESITO

“Sendo afirmativa a resposta à pergunta anterior, a RFFSA ou a UNIÃO, como Poder Concedente, tem o dever de ressarcir os pagamentos realizados a título de tais multas e penalidades?”

RESPOSTA AO SEGUNDO QUESITO:

157. Conforme antes exposto, no curso do parecer, tanto a RFFSA quanto a União Federal, esta última enquanto controladora da concessionária e poder concedente do serviço, têm o dever legal e contratual de ressarcir integralmente as despesas que vierem a ser feitas pela Consulente, a título de multas e outras penalidades, caso venha a ser a MRS compelida a assumir tais obrigações, pelas autoridades competentes. A conclusão parte do próprio contrato de concessão, entre a Consulente e a União Federal, celebrado após licitação pública, em que todos os termos e condições se achavam estipulados no Edital, com efeitos vinculatórios, tendo a RFFSA, no Edital do procedimento licitatório, assumido a responsabilidade por todos os passivos ocultos, inclusive os de natureza ambiental, e todas as penalidades que viessem a ser exigidas da concessionária, em virtude de atos passados, não contempladas no cálculo do preço da privatização.

158. C) TERCEIRO QUESITO:

“De quem é a responsabilidade pelo custo e pelas despesas com os serviços e obras necessários à recuperação do meio ambiente? Da MRS Logística S/A, da RFFSA ou da UNIÃO, como Poder Concedente?”

RESPOSTA AO TERCEIRO QUESITO:

159. Diante do regime de responsabilidade objetiva instituída pela Lei nº 6.938/81, pode

ser atribuída à atual concessionária — a *MRS* — que se encontra explorando a atividade da qual se originou o dano ambiental, a obrigação legal de recuperar o meio ambiente, independentemente do fato de que não tenha sido a causadora dos danos ocorridos anteriormente à assunção da concessão.

160. Em síntese, o acolhimento, pela Lei ambiental, da teoria do risco da atividade ou da empresa, da qual decorre a responsabilidade objetiva, traz como consequências principais:

a) a prescindibilidade da culpa e do dolo para que haja o dever de reparar o dano;

b) a irrelevância da licitude da conduta do causador do dano para que haja o dever de indenizar;

c) a inaplicação, em seu sistema, das causas de exclusão da responsabilidade civil (cláusula de não indenizar, caso fortuito ou força maior).

161. D) QUARTO QUESITO:

“De quem é a responsabilidade pelo custo e pelas despesas com os serviços e obras necessários para corrigir atividade já desenvolvida de forma danosa ao meio ambiente antes de 1^a de dezembro de 1996? Da *MRS Logística S/A*, da *RFFSA* ou da *UNIÃO*, como Poder Concedente?”

RESPOSTA AO QUARTO QUESITO:

162. Em virtude de todo o exposto no Parecer, cabe concluir que, considerando a responsabilidade civil pela prática de ato ilícito, na forma do art. 159 do Código Civil, a *RFFSA* responde pela recuperação dos danos ambientais decorrentes da poluição que provocou, quando do exercício das atividades de transporte ferroviário, antes da assunção do serviço pela Consulente.

163. Não obstante, em face do regime de responsabilidade objetiva ditado pela Lei nº 6.938/81, a *MRS*, pelo fato de que se encontra explorando a atividade da qual se originou o dano ambiental, pode ser obrigada a tomar as medidas e arcar com as custos de recuperação do meio ambiente, independentemente do fato de que não tenha sido a causadora dos danos

ocorridos anteriormente à assunção da concessão.

164. No entanto, ainda que perante terceiros e a Administração Pública, a Consulente venha a ter que honrar a obrigação de recuperar o meio ambiente e promover as indenizações cabíveis, terá, em virtude do disposto no art. 159 e no art. 1.524, ambos do Código Civil, bem como das disposições do Edital de licitação e do contrato de concessão, o direito de buscar o ressarcimento das despesas que houver realizado, em cumprimento da obrigação decorrente da lei ambiental, junto ao autor da atividade danosa — a *RFFSA*, bem como perante a União Federal, responsável solidária pela reparação a ser postulada, conforme se expôs no decorrer do Parecer.

165. Na hipótese em estudo, a partir da consulta formulada, dois aspectos ficaram ressaltados:

— o primeiro decorre da responsabilidade solidária que se instaurou a partir das disposições das leis ambientais, entre a Consulente, a *RFFSA* e a União Federal, gerando para a Consulente o direito de vir a postular perante as co-obrigadas o ressarcimento de todas as despesas e custos com penalidades e indenizações que houver pago, com vistas à recuperação ambiental de danos que não provocou, mediante a aplicação do art. 1.524 do Código Civil;

— o segundo se origina do próprio contrato de concessão entre a Consulente e a União Federal, celebrado após licitação pública, em que todos os termos e condições se achavam estipulados, vinculando a *UNIÃO*, tendo a *RFFSA* — e indireta mas solidariamente a *UNIÃO* — assumido a responsabilidade por todos os passivos ocultos, inclusive os de natureza ambiental, não contemplados no preço da privatização, como os de que se cogita no caso em exame.

É o nosso parecer.

São Paulo, 22 de fevereiro de 1999.

ARNOLDO WALD, Advogado inscrito na OAB.RJ nº 6.582 e OAB.SP nº 46.560.A; Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro