

DANO AMBIENTAL: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA POSIÇÃO DE ACIONISTA TITULAR DE GOLDEN SHARE

ENVIRONMENTAL DAMAGE: CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE BY OMISSION IN THE POSITION OF SHAREHOLDER HOLDER OF GOLDEN SHARE

LUANE SILVA NASCIMENTO¹
FABRÍCIO WANTOIL LIMA²
ELISAMA TAMAR JOSÉ DA SILVA³
WELLINGTON PEREIRA RODRIGUES⁴
JOÃO CARLOS BATISTA COELHO DE OLIVEIRA⁵

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo primordial analisar a aplicação da responsabilidade civil por omissão de fiscalização do Poder Público sobre a prestação de serviço pela concessionária que acarreta dano ambiental e a possível aplicação da responsabilidade civil ao Estado na qualidade de *Golden Share*. Foi traçada a delimitação da responsabilidade civil e sua base teórica, bem como a forma de sua aplicação no Direito Ambiental, que se dá sob a teoria do risco integral. Tal instituto jurídico foi aplicado na relação do Estado com a concessionária, que é definida pelo Direito Administrativo, mais especificamente quando se trata dos serviços públicos. Por fim, constatou-se que a responsabilidade civil por omissão imputada ao Estado possui cabimento se houver comprovação de falha na fiscalização da concessionária responsável pela execução do serviço público quando o Estado está na qualidade de acionista especial, no entanto, de forma mitigada, por conta da já aplicada responsabilização solidária por omissão. Quanto ao método científico que sustentou esta pesquisa, a opção recaiu no método dialético. A par da decisão do método, julgou-se mais conveniente a adoção da pesquisa qualitativa e bibliográfica. Definiu-se pelo seguinte problema de pesquisa: há possibilidade de aplicar a responsabilidade civil ao Estado na posição de acionista titular de *Golden Share*?

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano Ambiental. Omissão de Fiscalização. Estado.

ABSTRACT

This work focuses on the application of civil liability for omission of inspection by the Government on the rendering of services by the concessionaire that causes environmental damage and the possible application of civil liability to the State as Golden Share. The delimitation of civil liability and its theoretical basis was traced, as well as the form of its application in Environmental Law, which occurs under the theory of integral risk. This legal institute was applied in the State's relationship with the concessionaire, which is defined by Administrative Law, more specifically when it comes to public services. Finally, it was found that the civil liability for omission imputed to the State is appropriate if there is evidence of failure to supervise the concessionaire responsible for the execution of the public service when the State is acting as a special shareholder, however, mitigated by account of the already applied joint liability for default.

Keywords: Civil Liability. Environmental Damage. Omission of Supervision. State.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC-Portugal) e professora da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: luanesnascimento@n@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito - Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (FDUC). Doutor em Ciências da Religião (PUC/GO) e mestre em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente - Ciências Ambientais (UNIEVANGÉLICA/GO). Professor pesquisador da Faculdade Raízes e do Centro Universitário UniEvangélica (NPDU). Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: fabricio.lima@faculdaderaizes.edu.br

³ Estudante do Curso de Direito na Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: elisamatamr@gmail.com.

⁴ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Raízes, cursando o 9º período, bolsista PIVIC da Faculdade Raízes.

⁵ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Raízes, cursando o 9º período, bolsista PIVIC da Faculdade Raízes.

INTRODUÇÃO

A presente análise trata da responsabilidade civil por omissão de fiscalização do poder público em casos de danos ambientais decorrentes de falha na prestação do serviço pela concessionária de serviço público, e da responsabilidade civil por omissão sob a ótica dos danos ambientais, com enfoque na posição do Estado sob a titularidade de *Golden Shares*.

A principal relevância para o desenvolvimento do tema está na necessidade de abordar o Direito Ambiental no que se refere à responsabilidade civil. É notório, nacional e internacionalmente, que o Brasil sofreu tragédias ambientais de dimensões alarmantes, de consequências irreversíveis e cujo a responsabilidade, por ações negligentes causadoras dos expressivos danos, até a presente data não foram devidamente apuradas.

A escolha do tema não está atrelada a busca dos motivos para as tragédias ou as dimensões delas, mas sim, na consciência de estar o acontecimento confinado no tempo pretérito havendo, então, a necessidade de responsabilizar os que contribuíram para o acontecimento dos fatos, prestando a devida reparação dos danos, como pontua Carlos Roberto Gonçalves (2016).

Diante das tragédias ocorridas nas cidades de Brumadinho (em 25/01/2019) e de Mariana (em 05/11/2015) ambas decorrentes do rompimento de barragens de rejeitos de minérios, é necessário analisar a perspectiva de responsabilização dos agentes causadores, pela atividade de exploração e bem como pela fiscalização das atividades, com o objetivo de promover a restauração do território atingido ao *status quo ante* ou de reparar os danos causados ante à impossibilidade de restauração, bem como a indenização das famílias afetadas.

Assim, esta pesquisa visa abordar a aplicação da responsabilidade civil para os casos de dano ambiental, como intuito de contribuir para a reparação dos envolvidos nas tragédias. Outrossim, promover a investigação sobre o cabimento da responsabilização do Poder Público, uma vez que o Estado assume o risco da atividade no processo de desestatização e concessão de exploração de bem público à concessionária, no entanto, remanescendo como acionista sob o formato das ações preferenciais denominadas como *Golden Share*.

Deste modo, estudar o tema é de extrema relevância, além disso, a pesquisa busca contribuir com os entendimentos da Justiça, a fim de diminuir os questionamentos referentes à atribuição de responsabilidade civil como meio para reparar danos e, por conseguinte, evitar novas atitudes que possam acarretar acontecimentos catastróficos como os estudados.

Destarte, esta pesquisa irá contribuir para analisar a teoria e verificar se o Estado é responsável por omissão na fiscalização da atividade desempenhada pela concessionária sob a forma solidária, nos casos de danos ambientais ocasionados por falha na prestação do serviço da

concessionária e, com isso, poder enquadrar a negligência do Poder Público em fiscalizar as concessionárias na reparação civil sob a óptica objetiva (teoria do risco integral) ou subjetiva (aferição de culpa).

Por conseguinte, o objetivo da pesquisa é analisar a possibilidade de imputação de responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva) por omissão de fiscalização do Poder Público frente aos danos ambientais causados por falha na prestação de serviço da concessionária de serviço público e a possibilidade de aplicar a responsabilidade civil ao Estado na posição de acionista titular de *Golden Share*.

A metodologia a ser utilizada é a de pesquisa bibliográfica qualitativa, com intuito de elucidar propostas de modo coeso e ponderativo a fim traçar uma delimitada compreensão acerca do tema. Foi pesquisado e então exposto o pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido de forma a desenvolver um raciocínio que contribua para as indagações da problemática e atenda os objetivos propostos.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

É salutar lançar um olhar sobre a incidência de reparações civis na atualidade, seja de cunho material ou moral, com vista ao ressarcimento da presumida vítima. O entendimento acerca do desagravo não mais se detém somente na esfera dos aplicadores do direito, mas é um direito de repercussão atual e popular, amplamente difundida no meio social.

A responsabilidade civil faz parte do Direito Civil das Obrigações e traz o objetivo de reparação da vítima atingida por determinado ato danoso, gerando como consequência, então, obrigação sobre o causador do dano, que se configura como perdas e danos. Gonçalves apresenta a definição de obrigação que consiste no “vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação” (GONÇALVES, 2016).

Apesar de tais definições estarem cada vez mais evidentes na compreensão popular, nem sempre a responsabilidade civil possuiu definições expressas em leis e doutrinas. Inclusive, fora o Direito Romano que consolidou o entendimento a seu respeito. Certamente naquela época já havia pensadores com a consciência de reparação de dano, ou de forma mais objetiva na definição, a punição do dano. No Direito Romano, com o passar dos anos, os atos ilícitos conceituados já não eram suficientes para aplicação nos diversos casos concretos, o que ensejou o acontecimento considerado uma das maiores revoluções acerca da responsabilidade civil, a *Lex Aquilia*, a Lei Aquiliana. Seu principal cerne se estabelecia na necessidade de culpa para configuração da responsabilidade do civil (PEREIRA, 2018).

Dentre inúmeras discordâncias, a lei que revolucionou a concepção de responsabilidade civil possuía características de imputação com a existência de culpa, configurando a existência de três elementos a serem investigados para sua determinação, sendo eles o dano, o ato contrário ao direito e a culpa, que seria a averiguação da conduta positiva do agente. No entanto, apesar das semelhanças, a responsabilidade civil atual tem origem francesa, a qual também possuía fundamentos na responsabilização também decorrente de culpa do autor do dano. O Código Civil brasileiro de 1916 não foi adverso a tal teoria, ao contrário, possuía em seu artigo 159 expresso a teoria da culpa (PEREIRA, 2018).

Não obstante a origem da responsabilidade civil, o Código de Civil brasileiro de 2002 além de possuir a teoria subjetivista, baseada na teoria da culpa, possui também a teoria objetiva, a qual possui aplicações específicas, ditadas pela relação dos envolvidos no fato ou por situações de perigo, questão explanada no próximo tópico.

1.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao tratar as espécies de responsabilidade civil o Código Civil brasileiro vigente adotou como principal a teoria da culpa subjetiva, baseada na culpa *lato sensu*, expresso nos artigos 186 e 927 do mesmo diploma. A ressalva desses artigos é presente no parágrafo único do artigo 927, o qual estabelece o dever de reparar o dano àquele que causar ato ilícito e, ainda, garante reparação à vítima no caso de ato que ponha em risco os direitos alheios (LOPEZ, 2006).

O que enfatiza o cerne de toda a responsabilidade civil, seja objetiva ou subjetiva, é a reparação da vítima, não se tratando mais como outrora, com a punição do ato danoso, mas sim com a reparação do dano⁶ causado à vítima. Isso coloca o tema a ser aplicado baseado na lei, mas também no poder discricionário do julgador, visto que a adequação ao caso concreto possui variações de acordo com as minúcias do ato danoso (LOPEZ, 2006).

A teoria subjetiva da responsabilidade civil se apresenta fundada na culpa ou dolo do agente de causar o dano a outrem. Essa teoria trata da responsabilidade civil somente nos casos em que há a violação de uma obrigação que enseja lesão a vítima de modo que o agente concorreu de forma culposa ou dolosa para o resultado (NASCIMENTO, 2018).

Em se tratando de culpa subjetiva há dois tipos de possibilidades, uma é a denominada *lato sensu* que retrata o dano oriundo de imprudência ou negligência com fundamento no dolo do agente, ou seja, há a intenção de ocasionar o dano. A outra possibilidade, chamada culpa *stricto sensu*

⁶ O direito ambiental preconiza não somente a reparação do dano de forma pecuniária, mas possui esfera de atuação enfática na recuperação do ambiente ao seu *status quo ante*, com responsabilização preventiva, reparatória e repressiva (NASCIMENTO, 2018).

se refere à existência de imprudência ou negligência, mas não há dolo do agente a fim de causar a lesão (MIRAGEM, 2015).

Certamente não há que se falar em análise das intenções psicológicas do agente pelo órgão julgador⁷, o que se baseia para determinação da existência de tal tipo de responsabilidade são: “[...] os padrões objetivos de conduta devida, exigíveis em dada situação concreta, que passam a ser comparados com o comportamento que de fato o agente desenvolveu, de modo a considerar culpado aquele que deixou de observar tais padrões (MIRAGEM, 2015, p. 104).

Exemplo expresso da responsabilidade civil subjetiva, conforme explanado acima é o exposto no artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

Há outra teoria da responsabilidade civil, qual seja a responsabilidade civil objetiva. Comparada à anteriormente exposta, essa é a imputada sem a identificação de culpa, ou seja, é concretizada na existência do dano e é justificada pelo fato da crescente urbanização e em certos casos pela impossibilidade de imputação de culpa, ou até mesmo a inutilidade de sua aplicação⁸ (MIRAGEM, 2015).

A responsabilidade civil objetiva não é sinônimo de risco integral. Esse tipo de responsabilidade é baseado na determinação objetiva da conduta do agente possuindo como exemplo o previsto nos artigos 932 e 933 do Código Civil, ao qual aduz a responsabilidade dos pais sob seus filhos menores, independente de culpa, o tutor e o curador sob seus tutelados ou curatelados, além do empregador sob seus empregados (LOPEZ, 2006).

O exemplo expresso dessa responsabilidade é o exposto no art. 187 do Código Civil de 2002, o qual classifica o abuso de direito com responsabilidade objetiva, somente bastando o excesso por parte do titular do direito (LOPEZ, 2006): “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002, *online*).

Diante da definição acima exposta, adentramos na espécie da teoria da responsabilidade objetiva, denominada teoria do risco integral. Essa possui concretização mais específica, com necessidade de previsão legal e definição presente no artigo 927, parágrafo único do CC/02:

⁷ A base da teoria da culpa era a culpa psicológica, na qual obstinava-se a determinar se realmente o agente possuía a intenção de provocar o dano, ou ao menos possuía culpa por negligência ou imperícia. Atualmente o que determina a imputação da culpa é a denominada culpa normativa, isto quando não se aplica a teoria objetiva no caso em concreto (MIRAGEM, 2015, p. 104)

⁸ Pereira (2018, p. 97) confirma a necessidade social da responsabilidade objetiva ao demonstrar a antiga existência de diversos tipos de culpas para determinados tipos de situação, como por exemplo a *culpa in vigilando*, na qual o fato de um indivíduo que possui o dever de velar e vigiar e por desatenção não o faz, possuía investigação de culpa. Atualmente tal conduta possui imputação da responsabilidade civil objetiva, mais aplicável visto já haver um dever imposto.

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002, *online*)

A expressão do referido artigo “atividade normalmente desenvolvida” foi utilizada para definir não especificamente um ato, mas sim, uma série de atos coordenados não se configurando, portanto, com um ato isolado como, por exemplo, na esteira de Lopez (2006) que dispõe sobre o ato do motorista de empresa de dirigir, que implica em algo constante, dentro dos atos empresariais. Outra causa que engloba a implicação da teoria do risco integral é da presença do risco na atividade. Conforme o artigo 927, parágrafo único estabelece, por natureza a atividade é arriscada, à qual coloca em perigo terceiros, riscos relacionados à saúde e segurança de toda população envolvida.⁹ No entanto, a simples prática de tais atividades não gera responsabilidade civil. Algo evidente é que, além dos riscos da atividade coordenada, haja também o evento danoso, imputação possível para casos de danos ambientais, sendo atribuído ao causador a imputação de tal responsabilidade pelo dano advindo de sua atividade potencialmente arriscada (LOPEZ, 2006).

1.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A imputação da responsabilidade civil possui pressupostos que somados a configuram, quais sejam: a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade.

1.2.1 COMISSÃO E OMISSÃO

O já mencionado artigo 186 do Código Civil brasileiro enfatiza quais as possibilidades de imputação da responsabilidade civil baseada nas condutas do agente. Inicialmente, aponta-se o primeiro pressuposto para que haja responsabilidade, a comissão ou a omissão.

A comissão nada mais é que a ação, na qual Ruth Rocha (2005, p. 180) define ser o “ato de agir, de atuar”. A omissão trata-se do ato de omitir, que segundo a mesma autora, Ruth Rocha (2005, p. 504) é “deixa de fazer, de indicar, de expressar ou de incluir”.

Tratando-se de comissão o agente teria agido ocasionando o dano e na omissão o agente é confrontado com a responsabilidade por não ter agido, fato que gerou o dano, ou seja, diante de determinado ato ou a da falta dele, o agente cometeu conduta antijurídica (MIRAGEM, 2015).

Caio Mário da Silva Pereira (2018) enfatiza um detalhe importante acerca da responsabilidade civil por omissão, que somente poderá ser imputada se houver um dever por parte

⁹ O exemplo de atividades de risco mais aplicáveis a essa teoria é o de transportes, seja qual for o tipo, aéreo, marítimo e terrestre, atividades que se usem armas, entre outros.

do agente, ou seja, deve haver uma obrigação de agir que deixou de ser realizada para que haja esse tipo de responsabilidade, não bastando somente simples falta de agir.

1.2.2 DANO

Para configuração da responsabilidade civil, além da conduta comissiva ou omissiva deve haver o dano. Segundo Miragem (2015, p.155):

A noção de dano toma o sentido de perda, uma lesão a um patrimônio compreendido em sentido amplo como conjunto de bens e direitos de que seja titular a pessoa. É lesão a interesses juridicamente protegidos. Ou a diminuição ou supressão de uma situação favorável reconhecida ou protegida pelo direito.

A conduta que viola um determinado direito gera como consequência um dano. Esse dano é pré-requisito da responsabilidade civil pela necessidade de haver algo a se reparar de forma pecuniária. A vítima necessariamente precisa ter sofrido algum tipo de lesão ou perda (MIRAGEM, 2015).

Para o autor, o dano pode ser material ou imaterial abrangendo bens em seu sentido mais amplo e também as pessoas detentoras de direitos intangíveis, que ante determinadas condutas podem ser alocadas na responsabilidade civil. Ademais, a dimensão do dano é a que determina acerca da indenização no caso concreto, conforme artigo 944 do Código Civil Brasileiro: “art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

1.2.3 NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade está intrinsecamente ligado ao dano, nomeadamente, na necessidade de apreciação do poder julgador, ao qual tem a missão de verificação do vínculo entre a conduta do agente, antijurídica, e o dano causado à vítima. Fundado no impacto do dano e na interpretação do ocorrido ao arbítrio do julgador (MIRAGEM, 2015).

Segundo Pereira (2018, p. 103) Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”

[...] não basta que a vítima sofra um “dano”; que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado [...]. (PEREIRA, 2018, p. 103)

Gonçalves (2016) aduz que:

[...] toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria. (GONÇALVES, 2016, p. 487).

A causalidade será, em suma, determinada pelos fatos concretos da relação jurídica existente entre o agente e a vítima. E mesmo que a ação ou omissão do agente não seja tão gravosa, também será considerado para fins de nexo de causalidade se houver circunstâncias que concorram com o dano (GONÇALVES, 2016).

1.3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Visto o instituto da responsabilidade, é relevante abordar as nuances referentes à responsabilidade civil do Estado, visto que há obrigação de reparar os danos ambientais, no entanto, possui característica administrativa, conforme disposto por Di Pietro (2018, p. 809):

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade. Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

Essa responsabilidade pode ser reparada no âmbito administrativo, mas também no judicial, cabendo ao Poder Público o direito de regresso contra o autor do dano, no caso, servidor público, conforme preconiza o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 (DI PIETRO, 2018). Eis o dispositivo constitucional:

Art. 37, § 6º. as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988, *online*).

O referido artigo possui caráter de aplicação tanto na responsabilidade objetiva, quanto na subjetiva. Para objetiva basta a existência do ato danoso praticado por pessoa com algum vínculo com o Poder Público, sejam as de direito público ou privado, ampliando, inclusive para as prestadoras de serviço público. Destarte, não serão responsabilizadas de modo objetivo as que prestam serviços econômicos, como é o caso, por exemplo, da Caixa Econômica Federal, a qual possui somente possibilidade de imputação da responsabilidade civil subjetiva (PIETRO, 2018).

Além disso, é necessário que o dano atinja a interesses de terceiros, que seja causado por agente da pessoa jurídica e que este tenha causado o dano na qualidade de sua entidade a qual faz parte. Esses são os requisitos de imputação da responsabilidade do Estado. Porém, na

responsabilidade civil por omissão há divergência sobre sua aplicação, será de modo subjetivo ou objetivo, mas há claro o entendimento que é necessário que haja o dever de agir e ainda a possibilidade de agir por parte do Estado. Algo consequente, portanto, é que o dano causado por omissão seja ilícito, diferente do objetivo o qual não exige isso (PIETRO, 2018).

1.4 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Em relação a danos ambientais há além das imputações cíveis e penais, a responsabilidade administrativa. Tal obrigação é imposta pelo Poder Público, não havendo expressamente a possibilidade de imputação a ele próprio, por meio do Poder de Polícia (RODRIGUES, 2017).

É regulado pela Lei 9.605/98, que aduz a necessidade de violação às normas jurídicas ambientais para que haja infração no âmbito administrativo, conforme o artigo 70 da referida lei: “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. (BRASIL, 1998, *online*).

Havendo infração, as sanções administrativas em nada prejudicam as demais responsabilizações, ou seja, não impedem aplicação da responsabilidade penal e civil. Possui o objetivo de reprimir os danos ambientais.

Verifica-se, portanto, que não só as sanções penais, mas, também as administrativas têm o condão de reprimir a prática de atos que apresentam risco de lesão ao meio ambiente, inclusive em obstar a concessão de benefícios às empresas que realizem atividades nocivas, além de cominar multas pecuniárias, obrigação de restaurar a área atingida e prevenir contra eventuais danos futuros (NASCIMENTO, 2018, p. 143).

Os órgãos que compõe o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente) são competentes para a aplicação das sanções administrativas, eles exercem o poder de polícia nas suas diversas esferas políticas deixando, portanto, a questão acerca da possibilidade do Estado figurar como polo passivo na referida imputação, visto que também é passível de cometer atos com resultados danosos (RODRIGUES, 2017).

2. SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Os serviços públicos são guiados notoriamente por interesses, visto que colocam em voga o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao qual aduz que as questões públicas possuem superioridade em relação às individuais (DI PIETRO, 2018).

Tal princípio se desdobra em uma divisão de interesses, quais sejam o primário e o secundário. O interesse primário é a razão de ser do Estado no qual está presente o dever constitucional de saúde, justiça, segurança e bem-estar do público. O interesse secundário é atribuído à pessoa jurídica de direito público, ou seja, às necessidades do Estado de cunho patrimonial que visam assegurar as finanças, desse modo, garantir que recursos financeiros não sejam deteriorados (CORREIA, 2012).

2.2. CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A concessão do serviço público é um tema bastante atual e que exige atenção.

Hodiernamente, a fim de atender os interesses públicos, o Estado tem recorrido a parcerias com o privado, assim, tal instituto possui o intuito de atender as necessidades coletivas de forma que o capital privado venha a integrar na efetivação dos serviços públicos. Não significa afirmar que o Estado perde a sua autoridade sobre determinado serviço prestado por um particular, mas se trata de uma comunhão na qual as garantias constitucionais de interesse público possuem alcance e participação das sociedades civis (JUSTEN FILHO, 2003).

A Constituição Federal de 1988 determina que o serviço público seja realizado pelo Estado de forma direta, por concessão ou permissão. No entanto, não há definição na Carta Magna do que seria a concessão. Então, em 1997 foi editada a Lei sobre a concessão e permissão de serviço público baseado no artigo 175 da Constituição. (BRASIL, 1988).

Logo em seu artigo 2º a Lei 8.987 de 1995 traz a definição legal do que seria o instituto da concessão:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (BRASIL, 1995, *online*).

Tal definição não traz exaustão na explicação das características da concessão, no entanto, norteia que essa ocorre por meio da delegação¹⁰ da prestação do serviço, por meio de

¹⁰ Note-se que não se trata de transferência da titularidade da prestação do serviço e sim de sua execução, ou seja, o Estado ainda possui a titularidade, mesmo que não seja o executor do serviço, o que permite ao Estado alterar as formas do contrato com a concessionária dependendo das questões públicas (DI PIETRO, 2018).

licitação e, ainda, a uma ou mais pessoas jurídicas consideradas capazes de exercer tal serviço público por um prazo estabelecido (BRASIL, 1997).

A execução ocorre pelo prestador do serviço que, em regra, é remunerado por meio da tarifa que é cobrada do usuário, no entanto, dependendo das diretrizes estabelecidas pelo Poder Concedente, a parceria realizada entre o Estado e a pessoa jurídica, a chamada parceria público-privada, poderá ter outros moldes de remuneração para concessionária, podendo ser pago somente pelo Poder Público ou dividido entre os usuários e o ente estatal (DI PIETRO, 2018).

Outro aspecto da concessão de serviço público é a obrigatoriedade da realização prévia do processo de licitação para escolha da melhor proposta para a Administração e, após, para que possa ser assinado o contrato entre o ente estatal e o privado.

Ressalte-se que a licitação é o meio utilizado pelo Estado a fim de selecionar a melhor proposta para determinado serviço público, seja em termos financeiros, seja em termos de qualidade, no qual a modalidade concorrência deverá, necessariamente, ser utilizada nesse caso (MEIRELLES, 2004).

2.2.1. RISCO POR CONTA DA CONCESSIONÁRIA

Outro aspecto importante a ser abordado é a transferência do risco da atividade explorada para a prestadora do serviço, conforme se constata do teor do artigo 2º, inciso II da Lei 8.987/97 supramencionado. Ou seja, o Estado ao transferir o serviço público também atribui a responsabilidade inerentes ao serviço ao detentor da titularidade do serviço. (JUSTEN FILHO, 2003).

2.3. ESTADO COMO FISCAL

Uma das diversas atribuições nesse processo de delegação do Estado é a de fiscalizador, na qual atua com a finalidade de resguardar que o bem comum prevaleça sobre o bem privado. No Direito Administrativo é denominado poder de polícia, no entanto, se trata do poder fiscalizatório (DI PIETRO, 2018)

O poder de polícia é de responsabilidade não só do Legislativo por meio da edição de textos de leis, mas também, do Executivo, chamado de Administração Pública, conforme Di Pietro elenca (2018, p. 149):

A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, **regulamenta** as leis e **controla** a sua aplicação, preventivamente (por meio de **ordens, notificações, licenças** ou **autorizações**) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas). (sic)

Nesse sentido, é oportuno apontar que no âmbito administrativo a fiscalização ambiental é de responsabilidade do SISNAMA, conforme aponta Nascimento (2018, p. 16):

Uma das formas de reprimir administrativamente a prática de conduta nociva o meio ambiente é a competência de órgãos ambientais para fiscalizar as atividades e impor multas pelo eventual descumprimento de normas protetivas ao meio ambiente, o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA – é exemplo de um desses órgãos de atuação administrativa, bem como, a Capitania dos Portos do Comando da Marinha.

Vê-se que mesmo as atividades não exercidas pelo Estado possuem relação intrínseca com o ente. As fiscalizações baseiam-se em documentação regular, atividades monitoradas e seguras, conforme os preceitos legais, a fim de assegurar o bem-estar social englobando saúde, liberdade, cultura, entre outros.

2.4. ESTADO COMO ACIONISTA EM EMPRESAS PRIVATIZADAS

Diante da complexidade da atividade, o Estado possui atuação perante a sociedade baseada na supremacia do interesse público. Esse interesse engloba, inclusive, a economia e o próprio mercado financeiro, visto que as garantias inerentes à atividade do Estado possuem ligação direta com capital.

Durante a década de 70 diversos países apresentaram problemas de financiamentos do Estado, o que prejudicava o funcionamento estatal e, conseqüentemente, a prestação de serviços públicos. Então, durante a década de 80 a iniciativa para solucionar esse problema foi a privatização dos serviços e/ou empresas que estavam em poder do Estado. Tal transferência era incentivada com o objetivo de que o capital fosse melhor investido e o serviço melhor prestado. No entanto, seria muito desvantajoso para o Estado simplesmente se livrar de seus ativos empresariais, então, por esse motivo, a fim de consolidar as vantagens dessa transferência foi criada a ação de ouro ou ação de classe especial (PELA, 2008).

Juliana Krueger Pela (2008, p. 189) assim dispôs:

Assim, fez-se necessário conceber um mecanismo que permitisse, a um só tempo, a transferência do controle societário dessas companhias a particulares e a reserva, nas mãos do Estado, de poderes que resguardassem os interesses nacionais, impedindo a participação de estrangeiros em setores estratégicos da economia. Tratava-se, justamente, da “ação de ouro”.

A ação de ouro é popularmente conhecida como *Golden Share* e se trata de um título acionário representativo em que o Estado possui um patamar especial sobre os demais acionários. O objetivo de estar nessa posição privilegiada é garantir que o interesse público seja preservado e que não haja controle externo de forma absoluta proporcionando ao ente estatal o poder sobre o ente privatizado. Apesar de ser amplamente aplicada por todo o mundo, as ações de classe especial trazem

uma grande discussão acerca de sua licitude, visto que taxa a determinadas condições uma porcentagem das ações que são referência de variações. O Brasil primeiramente possuiu as ações de ouro reguladas pela Lei 8.031/90 que trata do Programa Nacional de Desestatizações, que mais tarde foi revogada pela Lei 9.491/97, hoje em vigor. (PELA, 2008)

O artigo 1º da Lei 9.491/97 trata dos objetivos fundamentais das privatizações:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:
I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa. (BRASIL, 1997, *online*)

A Lei revogada de 1990 possuía referência na criação de uma classe especial para o Estado nas empresas desestatizadas, no entanto, não apresentava as justificativas a fim de atribuir razões ao controle acionário exercido pela União Federal¹¹. Tal controle foi previsto para três empresas na lei, uma delas foi a então Vale do Rio Doce, responsável pela mineralização. (PELA, 2008)

Pela (2008, p. 218) relata como ocorreu a privatização da empresa desestatizada que hoje ficou conhecida como Vale:

A Companhia Vale do Rio Doce, por sua vez, foi incluída no Programa Nacional de Desestatizações pelo Decreto n. 1.510, de 06 de junho de 1990. em 06 de março de 1997, foi publicado o edital para alienação das ações da companhia, de n. PND/01/97/CVRD. Segundo o item 3.2 desse edital, após a realização do leilão de venda das ações de emissão da Companhia vale do Rio Doce, a União Federal permaneceria titular de participação direta e indireta na companhia, participação essa representada, no primeiro caso, por ação de classe especial emitida pela própria Companhia vale do Rio Doce e, no segundo caso, por ação preferencial de classe “a” emitida pela sociedade adquirente das ações ofertadas em leilão.

O poder de determinadas ações sobre a empresa privatizada é de grande dimensão e influência sobre o mercado e sobre a tomada de decisões da empresa e, no caso específico da Vale, tem-se o seguinte poder exercido pela União Federal previsto no edital de privatização, em consonância com o entendimento de Pela (2008, p. 219):

¹¹ O artigo 8º da Lei 8.031/90 aduz: “sempre que houver razões que o justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas, que lhe confirmam poder de veto em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos estatutos sociais das empresas (...)” (BRASIL, 1990, *online*)

Nos termos do item 3.2.1 do edital, a ação de classe especial de emissão da Companhia vale do Rio Doce garantia à União Federal veto nas deliberações da assembléia geral que tivessem por objeto: (i) a alteração da denominação social; (ii) mudança da sede social; (iii) mudança do objeto social, no que se refere à exploração mineral; (iv) liquidação da companhia; (v) alienação ou encerramento das atividades de qualquer uma ou do conjunto das seguintes etapas dos sistemas integrados de minério de ferro da companhia, a saber: (a) depósitos minerais, jazidas, minas; (b) ferrovias; (c) portos e terminais marítimos; (vi) quaisquer modificações dos direitos atribuídos à ação de classe especial da companhia. Já a ação preferencial de classe “a” emitida pela sociedade adquirente das ações da Companhia vale do Rio Doce atribuiria, de acordo com o item 3.2.2 do edital, “direito exclusivo de deliberar” sobre as seguintes matérias, submetidas à assembléia geral: (i) alteração no objeto social; (ii) modificações nas regras sobre limites de participação individual ou conjunta de acionistas em seu capital social; (iii) liquidação, dissolução, transformação, cisão, fusão ou incorporação por outra sociedade; (iv) modificações nas regras de desconcentração aplicáveis a seus acionistas; (v) alienação, oneração ou transferência, sob qualquer forma, de ações ordinárias ou de quaisquer valores mobiliários permutáveis em ações ordinárias do capital da Companhia Vale do Rio Doce de propriedade da sociedade, exceto ações ordinárias adquiridas fora do âmbito do leilão e desde que mantido, nessa sociedade, no mínimo, o mesmo percentual dessas ações adquiridas no leilão; e (vi) qualquer modificação nos direitos atribuídos à ação preferencial de classe “a”. Segundo o item 3.2, “b” do edital, tal ação preferencial de classe “a” vigoraria pelo prazo de 5 anos e seria atribuída à BNDES Participações S.a., que deveria exercer os direitos a ela inerentes no interesse da União Federal. (sic)

É notório que o Estado possui poder superior em relação aos acionistas comum perante a Vale, o que, à época da privatização, gerou muitos debates e discussões acerca do tema, inclusive no âmbito do judiciário que, por fim, decidiu ser perfeitamente cabível não havendo nenhuma ofensa à Constituição. (PELA, 2008)

O edital supramencionado sobre a privatização possuía a garantia de amplos poderes de veto ao ente público federal. Ocorre, todavia, que a Lei 9.491/97 não só confirmou esses poderes, como também tratou de forma genérica que a *Golden Share* possuía poderes especiais, ou seja, se trataria de mais privilégios dos que os citados acima, visto que não há taxatividade, não devendo ser circuladas, portanto, serão apenas de propriedade do ente federativo.

Não havendo circulação no mercado de capitais a ação de ouro se depara com a falta de liquidez, visto que as ações de empresas de capital aberto possuem a chamada liquidez, a qual a ação de classe especial não possui.

Nesta esteira, liquidez possui o seguinte significado:

A liquidez de um ativo é definida como a facilidade com que um ativo pode ser vendido, sendo essa facilidade compreendida por custos de transação, tais como custos de busca, custos da diferença entre os preços de oferta e de demanda, custos de contratação e negociação e custos de espera. Inclui, além desses, os descontos que precisam ser oferecidos para compensar a informação assimétrica e a especificidade dos ativos. (CORREIA, AMARAL; BRESSAN, 2008, p. 110-111)

Portanto, se vê que o Estado ao possuir uma posição especial frente a empresa privatizada, no caso específico da concessionária Vale, com a chamada ação de ouro ou *Golden Share*, ele possui poderes especiais relacionados às decisões da atividade, bem como com relação ao

mercado. O Estado exige para si um patamar diferenciado em relação aos demais acionistas, então chama para si responsabilidades da administração da desestatizada.

3. APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Já vimos que a responsabilidade civil do Estado pode ser objetiva ou subjetiva. Tratando-se do meio ambiente essa responsabilidade se configura na sua modalidade de risco integral, uma vertente da responsabilidade civil objetiva, no qual o responsável, independentemente de culpa, assume para si o dever de reparar o dano e as vítimas.

A discussão permeia na imputação da responsabilidade civil por omissão na modalidade do risco integral, visto que aquela se configura em geral de forma subjetiva quando se trata do Estado no polo de causador do dano de alguma forma, seja indireta ou direta. Além de concentrar também no fato de que a responsabilidade seria sobre a omissão de fiscalização de um serviço público de uma concessionária, que detém a execução da atividade.

3.1. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA

No âmbito do Direito Civil as Obrigações são dimensionadas por subsidiária e solidária. A subsidiária se trata da obrigação que possui em primeiro plano um responsável e em segundo outro, ou seja, o segundo somente será cobrado dessa obrigação se o primeiro não a satisfizer. Já a solidária trata-se de responsáveis no mesmo patamar para cumprimento da obrigação, ou seja, qualquer um dos obrigados poderá ser cobrado a cumprir o dever. (DUQUE, 2009)

Tratando-se da responsabilidade ambiental a Constituição Federal definiu que o dever de cuidado é de todos, por se tratar de um direito difuso. No caso da poluição, o poluidor-pagador é exclusivamente o obrigado a reparar o meio ambiente e indenizar as vítimas. A controvérsia se concentraria, então, em quais seriam os responsáveis pelo dano.

O Estado possui a responsabilidade de fiscalização das atividades concedidas aos que detém a execução do serviço público. O poder de polícia exercido pelo poder de autotutela do Estado é fundamental para o funcionamento da sociedade como a vemos, é necessário que a supremacia do interesse público prevaleça sobre o privado, por exemplo, é de grande relevância que a tomada de decisões que possam afetar toda uma parcela da sociedade seja realizada sem visar o bem comum.

Diante disso, em um caso de dano ambiental causado por falha na prestação de serviço público da concessionária, de acordo com a lei pura e simples, a responsabilidade não alcançaria o Estado, visto que a atividade corre por conta e risco de quem a executa.

Nesse mesmo raciocínio, vê-se que o Estado deve resguardar os direitos coletivos. Se o ente estatal não o faz, incorre em omissão de seu dever. A omissão tratando-se de um ato que se deveria ser executado, configura o agente a ser responsável civilmente.

Mukai (2016, p. 78) traz à tona que a responsabilidade estatal por omissão não pode ser configurada de qualquer forma: “em princípio, a Administração não responde civilmente por atos de terceiros, por culpa *in omittendo* provenientes de medidas de polícia”.

No entanto, acerca disso já se possui julgados, no qual o Poder Judiciário considera a Administração Pública como responsável pelo dano pela omissão na fiscalização que é de dever. Senão vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. DEGRADAÇÃO DE ZONA DE PRESERVAÇÃO ECOLÓGICA PELA INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO CLANDESTINO DE FONTE DE POLUIÇÃO. INFRAÇÕES AMBIENTAIS REITERADAS DURANTE DÉCADAS. PROVA DO DANO. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO POR OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER AOS ENTES PÚBLICOS E DE NÃO FAZER AO PARTICULAR. POSSIBILIDADE DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO E DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA QUE SE TORNOU INEXEQUÍVEL ANTE A FALTA DE RECURSO DO AUTOR. RECURSO OFICIAL, CONSIDERADO INTERPOSTO, E APELAÇÕES DO MUNICÍPIO E DO ESTADO PROVIDAS. APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA, APENAS PARA LIMITAR OS EFEITOS DA SENTENÇA À PARCELA DA PROPRIEDADE INSERIDA NOS LIMITES DA SERRA DO ITAPETI. (TJ-SP - APL: 90633578320098260000 SP 9063357-83.2009.8.26.0000, Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez, Data de Julgamento: 20/06/2013, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 28/06/2013) (BRASIL, 2013, *online*)

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. 1. Não existe ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de modo claro e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, é cediço nesta Corte que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos listados pelas partes se ofertou a prestação jurisdicional de forma fundamentada. 2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público (in casu, Município de Jquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos. 3. A conclusão exarada pelo Tribunal a quo alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente

equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de "interesse local" e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica. 5. Incidência da Súmula 83/STJ. 6. Agravo regimental não-provido (STJ - AgRg no Ag: 973577 SP 2007/0275202-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 16/09/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2008). (BRASIL, 2008, *online*)

Além de ser o Estado caracterizado pelo Judiciário como responsável pela poluição na modalidade omissiva, ainda foi de forma solidária, não subsidiária como se imaginaria, visto que não é absoluto que a atividade prestada pelo terceiro privado se dá somente por sua conta e risco.

O Estado frente a concessionárias que exercem atividades de grande impacto ambiental deve fiscalizar como se propõe o poder de polícia. Diversos danos ambientais de grande escala são previsíveis ou ao menos imagináveis se corretamente fiscalizados e administrados, pois geralmente a atividade é de risco, já anunciando necessidade de controle mais intensivo e de amortização de erros.

Séguin (2006, p. 412) retrata da seguinte forma:

A responsabilidade civil do Estado é solidária referente as pessoas prestadoras de serviços públicos por delegação negocial (concessionárias e permissionárias de serviços públicos), e também aquelas empresas que executam obras e serviços públicos por força de contratos administrativos, ou seja, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Ainda que a aplicabilidade da responsabilidade civil de forma solidária do Estado não seja comum, é, segundo Séguin, o caminho jurídico mais plausível quando se constata a culpa estatal frente a um dano ambiental.

Tratando-se dos casos de danos ambientais de responsabilidade da concessionária Vale, a falta de fiscalização é evidenciada pelo passar dos anos da tragédia de Mariana. Essa tragédia foi ocasionada por um rompimento de barragem de rejeitos de minério na data de 05/11/2015 e causou indetermináveis danos ambientais e vítimas na cidade de Mariana, Minas Gerais. Apesar de diversas medidas judiciais adotadas não houve cumprimento integral por parte da empresa e o Estado não atuou na fiscalização (BANDEIRA; STIVAL; COSTA, 2019).

Não bastasse essa grande tragédia, houve uma segunda, a tragédia de Brumadinho. Em 25/01/2019 a barragem de responsabilidade da Vale se rompe e espalha rejeitos, causando mais um grande dano ambiental e matando centenas de pessoas.

A omissão estatal atinge uma escala de intensidade inimaginável, pois a barragem rompeu com rumo as residências, ou seja, foi permitido uma barragem com abertura direta para a zona urbana. Não havia previsões de possível rompimento e ainda assim, ocorreu um desastre cujo números de vítimas é impressionante. (BANDEIRA; STIVAL; COSTA, 2019)

Destarte, referida omissão, pode gerar danos em larga escala, visto o fato que atinge um número indeterminado de vítimas, como foi o caso de Brumadinho e Mariana, pois a tragédia ambiental gerou um dano social enorme e um sentimento de indignação em escala nacional e internacional em decorrência da falta de atenção no exercício da mineração, e na morosidade da reparação dos danos.

3.2. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO ESTADO NA POSIÇÃO DE ACIONISTA TITULAR DE GOLDEN SHARES

Já se sabe que a posição do Estado quando se trata de *Golden Shares* é de privilégio em relação a acionistas comuns das empresas de capital aberto. O ente estatal possui diversos benefícios e ainda dita certo poder público no âmbito privado, com o fim de garantir que a supremacia do interesse público não seja ofuscado pela privatização.

A Vale S/A é uma empresa de capital aberto que possui o Estado como acionista *Golden Share*. Nesse patamar o Estado estaria em posição para voto na assembleia, possuindo, portanto, características de um sócio e estando à frente da administração da concessionária, as vantagens estão previstas no art. 17 da Lei n.10.303 de 2001:

Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:
I - em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo;
II - em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou
III - na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II. (BRASIL, 2001, *online*)

Nesse viés da *Golden Share*, o Estado possuiria somente o poder de fiscalização e de veto não havendo, portanto, ligação com a exploração da atividade, conforme se verifica ao art. 3º da Lei 8.987/95: “Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”. (BRASIL, 1995, *online*).

O privilégio concedido ao Estado chama-o à responsabilidade sobre a empresa desestatizada, a fim de que fiscalize de forma eficaz. Não havendo essa fiscalização e prevalecendo a omissão sobre o andamento das atividades, que é um dever fundamental do ente estatal, a irresponsabilidade concedida em virtude da transferência da execução da atividade é relativizada.

Diante disso tem-se que a irresponsabilidade por não ser mais o executor da atividade é afastada, visto que o Estado não cumpriu um dever de fundamental importância para todo o coletivo. De sorte que, havendo responsabilidade solidária em razão da omissão de fiscalização, ocorre a mitigação da responsabilidade em razão do Estado ser detentor das *Golden Share*, prevalecendo, portanto, a aplicação da teoria do risco integral, por se tratar de responsabilidade civil ambiental.

CONCLUSÃO

As tragédias ocorridas nas cidades de Mariana e de Brumadinho possuíam impactos não dimensionáveis aos brasileiros, não somente no que tange às vítimas, mas também aos impactos ambientais e sociais com os rompimentos das barragens.

Tais fatos são oriundos de uma série de atitudes comissivas e omissivas. Dentre essas há a omissão do Estado na fiscalização da concessionária de serviço público de forma eficaz e preventiva.

É sabido que o Estado possui o poder dever de fiscalizar todas as concessões, visto que é titular dos serviços públicos. Por ser titular, o Estado pode estabelecer por meio da parceria público privada a concessão da execução para uma empresa particular, que atua por sua conta e risco, conforme o artigo 2º da Lei n.º 8.987 de 1995 determina.

No entanto, não havendo essa fiscalização, que é dever do Estado, a responsabilidade civil integral em ocorrência de falha na execução do serviço pela concessionária sofre uma relativização. Isso se dá devido ao bem tutelado, o meio ambiente, que é direito de todos garantido constitucionalmente, ao qual possui imputação da responsabilidade civil de risco integral, no qual não se avalia a culpa do agente na ocorrência de dano, ocasião em que o responsável é sancionado e imposto a responsabilidade respectiva segundo a dimensão do dano.

O dano ambiental é tratado com demasiado rigor legal devido às consequências desastrosas e muitas vezes irreversíveis. Diante disso, o dano advindo da falta de fiscalização do Estado sobre os serviços da concessionária de serviço público os torna responsáveis civilmente na forma solidária, de acordo com a lei e diversos julgados dos Tribunais Superiores.

A jurisprudência não tem tido dificuldade em estabelecer o vínculo solidário da responsabilidade por se tratar de dever do Estado de avaliar, fiscalizar e determinar mudanças à empresa que executa o serviço público.

Contudo, no que tange à responsabilidade civil do Estado nos casos em que ele é titular de *Golden Share* tem-se, que haverá imputação da responsabilidade civil solidária se houver dano ambiental, visto que nessa circunstância o Estado possui privilégios especiais que garantem voto na assembleia, prioridade na distribuição de dividendos, reembolso do capital, entre outros.

Portanto, o Estado em suas posições de fiscal e de detentor de *Golden Share* possui imputação de responsabilidade civil pelo risco integral, pelo fato de se omitir na execução de sua atribuição de fiscalização da concessionária e por deter características de administrador ao ser titular de ação de ouro nas empresas desestatizadas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Aurea Marchetti, STIVAL, Mariane Morato; COSTA, Daniel Gonçalves Mendes (orgs.). **Dossiê Direito e Mineração**: Estudos sobre as tragédias socioambientais ocorridas em Mariana e Brumadinho. São Paulo: Fonte Editorial, 2019.

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. **Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 31 de outubro de 2001. **Altera e acrescenta dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.605/98. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. 1998. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.303, de 09 de setembro de 1997. **Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei 10.406, **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no Ag: 973577**, da segunda turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702752020&dt_publicacao=19/12/2008>. Acesso em: 30 de out. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação 9063357-83.2009.8.26.0000**. Apelante: Wu Long Ien, Prefeitura Municipal De Mogi Das Cruzes e Fazenda Do Estado De São Paulo. Apelada: Ministério Público. Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez. SÃO Paulo, 20 de junho de 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6839787&cdForo=0>>. Acesso em: 30 de out. 2019.

CORREIA, Fabiola Samara Brito. Interesses Públicos Versus Interesses Privados; Divergências Na Doutrina Brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano I, n. 3, 2012.

- CORREIA, Laise Ferraz; AMARAL, Hudson Fernandes; BRESSAN, Aureliano Angel. O efeito da liquidez sobre a rentabilidade de mercado das ações negociadas no mercado acionário brasileiro. **Revista BASE (Administração e Contabilidade) da UNISINOS**. Belo Horizonte: Universidade do Vale do Rio dos Sinos Brasil, Volume 5, n. 2, p. 109-119, mai./ago. 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed, rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DUQUE, Bruna Lyra. Teoria geral da obrigação solidária. **Revista Âmbito Jurídico**. São Paulo: Revista 63. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/teoria-geral-da-obrigacao-solidaria/>>. Acesso em: 24 de out. 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17^o. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n.1, p. 95- 136, jan./mar. 2003.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 101. p. 111 - 152. jan./dez. 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5435>>. Acesso em: 23 mai. 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 10^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NASCIMENTO, Luane Silva. Responsabilidade Ambiental Civil. **Revista Raízes no Direito**. Faculdade Raízes, Anápolis, v. 7, n. 2, p. 139-154, jul./dez. 2018.
- PELA, Juliana Krueger. Origem e desenvolvimento das Golden Shares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 187-238, jan/dez 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ROCHA, Ruth. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Scipione, 2005.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

recebido em: 14 de março 2020
aprovado em: 27 junho 2020