

SILVANA GILDA SOARES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS
DECORRENTES DA OMISSÃO NA GESTÃO DOS RECURSOS PESQUEIROS –
CAPTURAS INCIDENTAIS DE ESPÉCIES AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO**

Joinville - SC

2020

SILVANA GILDA SOARES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS
DECORRENTES DA OMISSÃO NA GESTÃO DOS RECURSOS PESQUEIROS –
CAPTURAS INCIDENTAIS DE ESPÉCIES AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO**

Dissertação apresentada à banca examinadora do curso de Pós-graduação em Saúde e Meio Ambiente da Universidade da Região de Joinville – Univille, como requisito parcial para a obtenção de título de mestre, sob a orientação da professora doutora Marta Jussara Cremer e coorientação do professor doutor Ricardo Stanziola Vieira.

Joinville – SC

2020

Catálogo na publicação pela Biblioteca Universitária da Univille

Soares, Silvana Gilda

S676r A responsabilidade civil do estado por danos ambientais decorrentes da omissão na gestão dos recursos pesqueiros – capturas incidentais de espécies ameaçadas de extinção / Silvana Gilda Soares; orientadora Dra. Marta Jussara Cremer; coorientador Dr. Ricardo Stanziola Vieira. – Joinville: UNIVILLE, 2020.

136 f.: il. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Saúde e Meio Ambiente – Universidade da Região de Joinville)

1. Responsabilidade por danos ambientais. 2. Administração pública. 3. Espécies em extinção. 4. Recursos pesqueiros – Administração. I. Cremer, Marta Jussara (orient.). II. Vieira, Ricardo Stanziola (coorient.). III. Título.

CDD 342.151

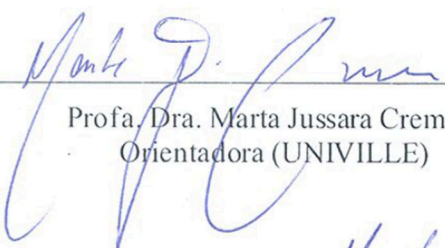
Termo de Aprovação

“A Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes da Omissão na Gestão dos Recursos Pesqueiros - Capturas Acidentais de Espécies Ameaçadas de Extinção”

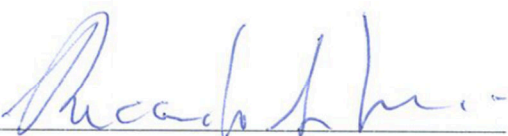
por

Silvana Gilda Soares

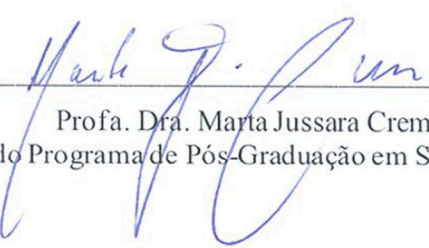
Dissertação julgada para a obtenção do título de Mestre em Saúde e Meio Ambiente, área de concentração Saúde e Meio Ambiente e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Saúde e Meio Ambiente.



Prof. Dra. Marta Jussara Cremer
Orientadora (UNIVILLE)




Prof. Dr. Ricardo Stanziola Vieira
Coorientador (UNIVALI)

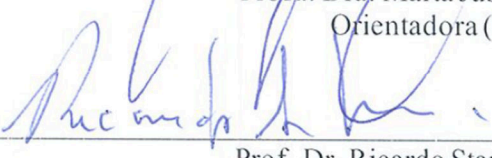


Prof. Dra. Marta Jussara Cremer
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Saúde e Meio Ambiente


Banca Examinadora:



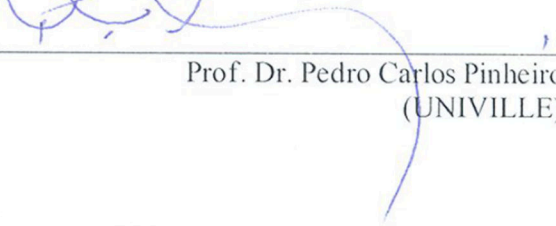
Prof. Dra. Marta Jussara Cremer
Orientadora (UNIVILLE)



Prof. Dr. Ricardo Stanziola Vieira
Coorientador (UNIVALI)



Prof. Dra. Camila Domit
(UFPR)



Prof. Dr. Pedro Carlos Pinheiro
(UNIVILLE)

Joinville, 10 de setembro de 2020

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado por danos ambientais decorrentes de condutas omissivas é uma questão bastante discutida e com diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Há opiniões que defendem que o regime de responsabilização da Administração Pública é o subjetivo, aquele que depende da existência de culpa do agente público; para outros, é o objetivo, que independe de culpa a responsabilidade estatal. Diferem ainda, sobre a modalidade ou teoria aplicável ao caso de dano ambiental decorrente de condutas omissivas - já que o Estado exerce, entre outros, o poder regulamentar, de controle e de polícia. Assim, dentre as duas principais teorias, alguns defendem que a teoria aplicável ao regime de responsabilização objetiva é a do risco integral, que não admite excludentes de responsabilidade; já para outros, a do risco administrativo, mais amena, permitindo alegações de excludentes de responsabilidade. Outro ponto de debate que se dá é se a responsabilidade ambiental do Estado é solidária ou supletiva. Resta salientar que, para cada uma dessas definições de responsabilidade, o Estado terá de responder em caso de demanda judicial do dano, de forma mais rígida ou mais amena. Posto isso, segue o presente estudo com o fito de analisar com base na legislação, doutrina, jurisprudência, tratados e acordos internacionais assinados pelo Brasil, qual a solução prevalente que está sendo dada ou deveria ser aplicada ao caso de danos ambientais decorrentes da inoperância do Estado na gestão do uso dos recursos pesqueiros, com vistas a falhas na implementação de políticas públicas no que concerne a problemática mundial, na qual o Brasil está inserido, que é a questão das capturas incidentais da fauna marinha nas artes de pesca, em especial nesta pesquisa, dos pequenos cetáceos (toninha e boto-cinza) e das cinco espécies de tartarugas marinhas que ocorrem no país, em ambos os casos envolvendo espécies ameaçadas de extinção. Quanto aos resultados, concluiu-se no sentido de que o Estado deve responder objetivamente aos danos ambientais decorrentes das capturas incidentais da referida fauna marinha – como regime/tipo de responsabilização; acerca da modalidade ou teoria aplicada ao risco, concluiu-se pela teoria do risco integral e, por fim, que o Estado deve responder de forma solidária ao degradador principal; embora alguns autores e decisões judiciais defendam que o Estado deva figurar como responsável subsidiário na demanda judicial, ou seja, na condição de devedor-reserva.

Palavras-chave: Responsabilização civil. Administração Pública. Políticas Públicas. Capturas incidentais. Fauna ameaçada.

ABSTRACT

The civil responsibility of the State for environmental damages resulting from the omission of surveillance is a matter of considerable debate, and with different doctrinal and jurisprudential understandings. There are opinions that defend that the responsibility regime from public administration is the subjective, the one that depends on the culpability of the public agent; for others, it is objective, when the responsibility is independent of culpability. They also disagree on the modality or theory applicable to the case of environmental damage resulting from an omission of surveillance - since the State exercises, among others, the regulatory power, of control and police. Thus, among the two main theories, some argue that the theory applicable to the regime of objective accountability, is that of integral risk, which does not admit exclusions of responsibility; for others it applies the administrative risk, which is more lenient, allowing allegations of exclusion of responsibility. Another point of debate is whether the environmental responsibility of the State is solidary or supplementary. It should be pointed out that for each of these definitions of responsibility, the State should respond in case of judicial action of damages, in a more rigid or amicable manner. Thus, in this direction, follows the present study aiming to analyze, based on the legislation, doctrine, jurisprudence, treaties and international agreements, what is the prevalent solution that is being given or should be applied to the case of environmental damages resulting from the State's inoperability in the management of fishery resources, regarding failures in the implementation of public policies to the worldwide problem, to which Brazil is included, which is the question of bycatches of marine fauna in the fishing art, in particular in this research, of small cetaceans (franciscana dolphins and Guiana dolphins) and of the five species of sea turtles that occur in the coast of Brazil, in both cases involving endangered species. For the results, it was concluded that the State must respond objectively to the environmental damage related to the accidental capture of correspondent marine fauna - as a regime / type of accountability; about the modality or theory applied to risk, we arrived at the theory of integral risk. Finally, we concluded that the State must respond in solidarity to the main degrader, despite that some authors and judicial decisions defend that the State should appear as subsidiary part in the lawsuit, that is, as a reserve debtor.

Keywords: Civil Responsibility. Public Administration. Public Policies. Bycatch. Endangered Species.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Captura incidental de toninha na FMA I (Franciscana Management Area, site funbio.org.br, 2016).

Figura 2 – Toninha morta no litoral do Paraná (Projeto de Monitoramento de Praias da Bacia de Santos PMP-BS, site www.diariodacidade.com.br, 2015).

Figura 3 – Capturas incidentais de tartarugas marinhas na pesca (site Projeto Tamar, 2018).

Figura 4 – PAN TONINHA (Plano de Ação Nacional para a Conservação da Toninha, site ICMBio, 2020).

Figura 5 – PAN TARTARUGAS MARINHAS (Plano de Ação Nacional para a Conservação das Tartarugas Marinhas, site ICMBio, 2020).

Figura 6 – Filhotes de tartarugas marinhas em deslocamento ao mar (site Projeto Tamar, 2018).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

Art. – Artigo

CDB – Convenção sobre Diversidade Biológica (**CBD** – Secretariat of the Convention on Biological Diversity)

CF – Constituição Federal

CIT – Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas

CITES – Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção)

CMA – Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Mamíferos Aquáticos

CNUMAD – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

CONABIO – Comissão Nacional da Biodiversidade

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

CPUE – Captura por unidade de esforço

CR – Criticamente em Perigo

DET – Dispositivo de escape para tartarugas

EAF – Ecosystem Approach to Fisheries (Abordagem Ecosistêmica às Pescas)

EN – Em Perigo

EUA – Estados Unidos da América

EW – Extintas na Natureza

EX – Extinta

FAO/ONU – Food and Agriculture Organization of the United Nations (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura)

FMA I – Área de Manejo I do Projeto Conservação da Toninha (Instituto Baleia Jubarte)

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

IN – Instrução Normativa

INI – Instrução Normativa Interministerial

IUCN – International Union for Conservation of Nature (União Internacional para a Conservação da Natureza)

LC – Menos Preocupante

MMA – Ministério do Meio Ambiente

MPA – Ministério da Pesca e Aquicultura (extinto e incorporado ao **MAPA** – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em outubro de 2015)

NT – Quase Ameaçada de Extinção

ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

ONU – Organização das Nações Unidas

PAN – Plano de Ação Nacional para Conservação de Espécies Ameaçadas de Extinção

PIB – Produto interno bruto

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (**UNDP** – United Nations Development Program)

PRÓ-ESPÉCIES – Programa Nacional de Conservação das Espécies Ameaçadas de Extinção

REBYC-II LAC – Manejo Sustentável da Fauna Acompanhante na Pesca de Arrasto na América Latina e Caribe (Projeto da FAO/ONU)

RGP – Registro Geral da Atividade Pesqueira

SINDARPES – Sindicato dos Armadores de Pesca do Rio Grande do Sul

SINDIPI – Sindicato das Indústrias da Pesca de Itajaí e Região

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TCU – Tribunal de Contas da União

TED – Turtle Excluder Device (dispositivo de exclusão de tartarugas) ou **DET** – Dispositivo de escape para tartarugas

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TRF –Tribunal Regional Federal

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

VU –Vulnerável

ZEE – Zona Econômica Exclusiva

SUMÁRIO

RESUMO.....	02
ABSTRACT.....	03
LISTA DE ILUSTRAÇÕES.....	04
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	05
1 INTRODUÇÃO.....	09
2 PROBLEMA.....	12
3 HIPÓTESE.....	12
4 OBJETIVOS.....	13
4.1 GERAL.....	13
4.2 ESPECÍFICOS.....	13
5 REVISÃO DE LITERATURA.....	14
5.1 AS CAPTURAS INCIDENTAIS NAS ARTES DE PESCA.....	14
5.1.1 As capturas incidentais de pequenos cetáceos – com foco na toninha e no boto-cinza.....	18
5.1.2 As capturas incidentais de tartarugas marinhas.....	22
6 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO AMBIENTAL.....	26
6.1 O conceito.....	26
6.2 A legislação aplicável e as considerações acerca das consequências ecológicas, sociais e econômicas do dano ambiental oriundo da problemática estudada.....	28
6.2.1 A legislação aplicável – pequenos cetáceos (com foco nas espécies toninha e boto-cinza).....	33
6.2.2 A legislação aplicável – tartarugas marinhas.....	35
6.3 As normas nacionais aplicáveis às capturas incidentais de pequenos cetáceos (toninha e boto-cinza) e de tartarugas marinhas.....	39
6.4 O dano ambiental caracterizado como resultado da captura incidental da fauna marinha ameaçada de extinção nas artes de pesca.....	41
6.4.1 As justificativas sobre a escolha da fauna marinha “carismática” como foco do estudo....	41
6.4.2 A caracterização do dano ambiental em si.....	43
7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DO DANO AMBIENTAL RELATIVO À PROBLEMÁTICA DA CAPTURA INCIDENTAL NAS ARTES DE PESCA.....	59

7.1 A responsabilidade civil – noções gerais.....	59
7.2 A responsabilidade civil do Estado.....	61
7.2.1 A responsabilidade civil do Estado por omissão – correntes.....	64
7.3 A responsabilidade civil do Estado por danos ambientais decorrentes de omissões e/ou inoperância na gestão do uso dos recursos pesqueiros no que se refere às <i>capturas incidentais</i> nas artes de pesca da fauna marinha ameaçada de extinção.....	67
7.3.1 Uma decisão judicial referente a capturas incidentais de tartarugas marinhas.....	76
7.3.2 A inexigibilidade do licenciamento ambiental para a PESCA – presença de inconstitucionalidade na gestão dos recursos pesqueiros.....	78
7.3.3 Abordagem final acerca da responsabilidade civil do Estado decorrente da problemática da captura incidental de espécies ameaçadas de extinção.....	84
8 INTERDISCIPLINARIDADE.....	86
9 METODOLOGIA.....	88
10 RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	122
ANEXOS.....	132

1 INTRODUÇÃO

A questão da responsabilidade civil por condutas omissivas por parte do Estado diante da degradação ambiental tem sido frequentemente discutida por juristas e doutrinadores. Essa degradação, infelizmente, chegou aos oceanos, mares, rios, enfim, comprometendo os ecossistemas marinhos e os recursos pesqueiros, ao nível de sobre-exploração de várias espécies e, também, muitas espécies da fauna marinha ameaçadas de extinção são vítimas de capturas acidentais nas artes de pesca todos os dias, sendo esse o foco do presente estudo.

De fato, além do modelo de produção capitalista focado na obtenção do lucro, de preferência imediato e, em muitos casos, à custa de alto preço social e ambiental, reforçado pelo consumismo desenfreado da sociedade atual, persistem ainda falhas na implementação de políticas públicas destinadas a uma boa gestão dos recursos pesqueiros e da fauna marinha ameaçada de extinção por parte do Poder Público. Nesse rumo, o direito constitucional fundamental de todo indivíduo *ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* parece algo apenas teórico, e por que não dizer retórico e distante da realidade? Esse cenário nos leva à conclusão de que o tão falado conceito principiológico do desenvolvimento sustentável, com base no tripé: eficiência/prosperidade econômica, justiça social e conservação/qualidade ambiental, conforme traduzido por Elkington (1997 *apud* VIZEU *et al.*, 2012), está longe de ser uma realidade. E, das palavras de Vizeu *et al.* (2012) destaca-se as seguintes:

Desenvolvimento sustentável é também ideologia, pois mascara e distorce o real ao fazer das suas ideias a versão dominante, mas não verdadeira de algo, e seu compartilhamento como necessidade central nos discursos empresariais demonstra como a ideologia se impôs ante a reflexão permanente e contínua da realidade, motivando justamente o aparecimento da sustentabilidade. [...]

A sustentabilidade apresenta-se como termo esclarecido, ou seja, como algo instrumental que afeta a sociedade tal como qualquer outro conhecimento científico das ciências tradicionais. Para que ela se torne conhecimento emancipado para o indivíduo e para a coletividade, precisa fazer parte de uma práxis transformadora, em que a condição humana seja o fim em si mesma e não os interesses econômicos concentrados nas mãos de poucos.

Nesse contexto, temos a problemática das capturas incidentais – foco delineado nesse trabalho, em seu item 5 –, que representa uma adversidade em nível mundial, na qual o Brasil está incluído. Nos termos do livro elaborado pelo Secretariado da Convenção da Diversidade Biológica – CDB (2012), da Organização das Nações Unidas – ONU, os oceanos cobrem 71% da superfície da Terra e constituem mais de 90% do espaço habitável no Planeta. Apenas para

se ter uma ideia da gravidade do problema, um estudo de 2009 revelou que, para cada dez (10) toneladas de peixes capturadas em pesca comercial, quatro (4) toneladas eram descartadas. A esse descarte se dá o nome de *captura incidental*, mas diversos textos que tratam do assunto utilizam também outras expressões, tais como: *captura acidental*, *acessória*, *secundária* ou *colateral*, para se referirem ao mesmo fato (será esclarecido no item 5), ou seja, a **captura de espécies não-alvo** nas artes de pesca, que são, na maioria das vezes, devolvidas ao mar mortas ou quase mortas. Essas capturas, além de representarem um enorme desperdício de recursos pesqueiros, o que por si só já é uma situação insustentável ambiental, social e economicamente, ainda comprometem a sobrevivência de muitas espécies já ameaçadas de extinção que vêm juntamente nas redes e espinhéis de pesca, podendo, dessa maneira, levar ao dano ambiental irreversível do desaparecimento de espécies protegidas por normas nacionais e internacionais, sem sequer haver o aproveitamento/consumo desses animais em face de impedimentos legais, conforme será visto no item 6, que trata da caracterização do dano ambiental.

Embora muitos sejam os estudos voltados à sustentabilidade nas artes de pesca, que envolvem tecnologia de pesca, navegação, localização da espécie-alvo, biologia, desenvolvimento de avaliação e gestão de pesca etc., tais conhecimentos não evitaram que os recursos pesqueiros chegassem ao nível de sobre-exploração ou de colapso (PEREIRA, 2014).

O Estado, que é constitucionalmente obrigado a zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado e pela sadia qualidade de vida das pessoas, se vê, por vezes, faltoso nesse encargo, podendo, então, ser chamado em juízo em razão de demandas decorrentes de condutas omissivas. A responsabilidade civil do Estado por omissão, objetivo maior almejado no presente estudo, será vista no item 7, que tratará sobre o que a doutrina tem entendido a respeito do tema e, concomitantemente como os tribunais têm se posicionado; em subitens que cuidarão da responsabilidade estatal a partir da época em que a Administração Pública era considerada inatingível, até os dias atuais, quando responde por condutas danosas comissivas e omissivas de seus agentes. Cabe destacar, portanto, que a figura da responsabilidade tem evoluído juntamente com a sociedade, na qual todos têm direitos e obrigações, desde o indivíduo na condição de cidadão, até o Estado como o principal guardião do meio ambiente.

Diante de condutas omissivas estatais na área ambiental, doutrina e jurisprudência têm explorado a temática da responsabilidade civil do Estado, buscando definir o tipo de responsabilidade, assim como a qual modalidade a mesma se enquadra e, em que circunstâncias o Estado, como administrador público, é chamado a arcar com valores a título de indenizações à coletividade e/ou a particulares e/ou tendo que, primeiramente, reparar/recuperar o meio ambiente atingido por alguma atividade que deixou de regulamentar, controlar, monitorar ou

mesmo fiscalizar adequadamente. Sem esquecer, no entanto, de que em muitos casos será possível apenas minimizar os efeitos do dano ambiental, sem, contudo, recuperar o meio ambiente na sua essência e integralidade. Assim como, de que apenas o ressarcimento financeiro não reverterá o dano ambiental, haja vista que à natureza é imprescindível o fator tempo para a sua recuperação/regeneração. Sem falarmos dos casos de extinção de espécies, quando resulta num dano irreversível e, é justamente esse dano ambiental que estamos enfrentando neste trabalho, com destaque a duas espécies de pequenos cetáceos – a toninha (*Pontoporia blainvillei*) e o boto-cinza (*Sotalia guianensis*) –, e às cinco espécies de tartarugas marinhas que ocorrem em nosso país – tartaruga-cabeçuda (*Caretta caretta*), tartaruga-de-pente (*Eretmochelys imbricata*), tartaruga-verde (*Chelonia mydas*), tartaruga-oliva (*Lepidochelys olivacea*) e tartaruga-de-couro (*Dermochelys coriacea*) –, sendo todas ameaçadas de extinção e bastantes comuns nas capturas incidentais.

Destarte, a pesquisa pretende levar o referido assunto à análise, a fim de identificar qual o tipo de responsabilidade civil a que se submete o Estado (subjéctiva ou objectiva), em caso de dano ambiental decorrente de condutas omissivas atribuídas ao mesmo, tais como a inoperância na gestão do uso dos recursos pesqueiros e, conseqüentemente, na proteção das espécies mais vulneráveis, com falhas na implementação de políticas públicas direcionadas à problemática das capturas incidentais da fauna marinha ameaçada de extinção, assim como, qual a modalidade ou teoria aplicável para o caso de responsabilidade civil objectiva (risco integral ou risco administrativo) e, por fim, se a responsabilidade ambiental do Estado é solidária ou supletiva à responsabilidade civil do degradador principal. Cumpre destacar que, não obstante a quantidade e a confusão de normas que permeiam o ordenamento jurídico pátrio na seara ambiental, todo esforço no sentido de clarear o seu funcionamento e aplicação se justifica, quando o que se pretende proteger são os recursos ambientais naturais, dos quais todos os seres vivos fazem parte e dependem mutuamente, como num macro ecossistema global, onde o ser humano, infelizmente, tem ocupado o protagonismo de vilão. É nesse cenário de relevância e urgência que se justifica o presente estudo, assim como de outros que buscam reverter essa realidade global de descaso com o meio ambiente natural.

2 PROBLEMA

Qual o tipo, a modalidade de risco e a forma de responsabilidade civil a que deve se submeter o Estado por danos ambientais decorrentes de sua inoperância e omissão relacionadas às elevadas taxas de mortalidade de espécies ameaçadas de extinção (pequenos cetáceos: a toninha e o boto-cinza, e as cinco espécies de tartarugas marinhas que ocorrem no país), em decorrência de capturas incidentais nas atividades pesqueiras?

3 HIPÓTESE

O tipo de responsabilidade civil a que deve se submeter o Estado é o **da responsabilidade objetiva**, que independe da existência de culpa do agente público/Estado por eventuais danos ambientais em razão de condutas omissivas relacionadas às atividades pesqueiras que ocasionem capturas incidentais da fauna marinha ameaçada de extinção; **na modalidade de risco integral**, que não admite excludentes de responsabilidade e, finalmente, **responda de forma solidária**, quando qualquer dos degradadores (diretos ou indiretos) ou todos, podem responder civilmente, inclusive o Estado, que poderá responder primeiramente ao degradador principal (causador do dano).

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar qual é o regime/tipo, a modalidade de risco e a forma de responsabilidade civil do Poder Público por danos ambientais decorrentes de condutas omissivas e/ou falhas quanto ao poder-dever de implementação das políticas públicas, caracterizando, assim, inoperância e/ou omissão do Estado na gestão dos recursos pesqueiros, detidamente à problemática das capturas incidentais da fauna marinha ameaçada de extinção (pequenos cetáceos: a toninha e o boto-cinza, e as cinco espécies de tartarugas marinhas que ocorrem no país).

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar a evolução da responsabilidade do Estado no Brasil e como a atual legislação e a Constituição Federal tratam da questão da *responsabilidade civil ambiental* da Administração Pública, assim como, a jurisprudência e a doutrina sobre o tema.
- Relacionar os tratados, acordos, pactos etc. internacionais assinados pelo Brasil atinentes à proteção do meio marinho como um todo e, em especial aqueles referentes às espécies da fauna marinha ameaçadas de extinção em destaque no presente estudo.
- Analisar o ordenamento jurídico normativo, a doutrina e a jurisprudência nacionais no tocante ao regime/tipo de responsabilização civil do Estado – **teoria subjetiva/aquiliana** ou **teoria objetiva** – no que se refere à problemática das capturas incidentais da fauna marinha ameaçada de extinção, em face da omissão/falha na regulamentação normativa, controle, monitoramento, fiscalização, entre outras.
- Analisar o ordenamento jurídico normativo, a doutrina e a jurisprudência nacionais referentes à modalidade/teoria de risco aplicável à responsabilidade civil objetiva estatal (entre as duas principais) – **risco integral** ou **risco administrativo** – e, de que forma deve ser aplicada a responsabilidade civil do Estado – **solidária** ou **supletivamente** ao degradador principal –, na problemática acima descrita.

5 REVISÃO DE LITERATURA

5.1 AS CAPTURAS INCIDENTAIS NAS ARTES DE PESCA

Primeiramente, cabe esclarecer que, com relação ao conceito de “captura incidental”, outros termos são usados na literatura, legislação etc., para se referirem ao mesmo fato, ou melhor, à **captura de espécies não-alvo** nas artes de pesca, tais como: captura acidental, captura acessória, captura secundária, captura colateral e até, fauna acompanhante. Entretanto, independentemente de haver distinções entre as referidas expressões, não faz parte dos objetivos desse trabalho estudar a fundo essa questão. Podemos, contudo, com base na Instrução Normativa Interministerial MPA/MMA nº 10, de 10 de junho de 2011, extrair os conceitos de “fauna acompanhante previsível” e “espécies de captura incidental”, como seguem:

Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa entende-se por:

XVII - Fauna Acompanhante Previsível: conjunto de **espécies passíveis de comercialização, capturadas naturalmente** durante a pesca da(s) Espécie(s) Alvo, as quais coexistem na mesma área de ocorrência, substrato ou profundidade, cuja **captura não pode ser evitada**, observado o ordenamento definido em norma específica;

XVIII - Espécies de Captura Incidental: conjunto de **espécies não passíveis de comercialização, capturadas incidentalmente** durante a pesca da(s) Espécie(s) Alvo, as quais coexistem na mesma área de ocorrência, substrato ou profundidade, cuja **captura deve ser evitada por estarem protegidas por legislações específicas ou Acordos Internacionais**, as quais, quando capturadas, devem ser liberadas vivas ou descartadas na área de pesca ou desembarcadas para fins de pesquisa quando autorizadas em norma específica e sua ocorrência registrada nos Mapas de Bordo; (Negrito nosso).

Podemos ver na Cartilha elaborada pelo Ministério Público Federal – *Pesca Artesanal Legal - Pescador da Região Sul/Sudeste - Conheça seus Direitos e Deveres (2017)*, que o termo utilizado foi o da *captura incidental*, fundamentado no conceito acima, previsto na referida norma:

captura incidental é o conjunto de espécies **não passíveis de comercialização, capturadas incidentalmente** durante a pesca das espécies-alvo, as quais coexistem na mesma área de ocorrência, substrato ou profundidade, **cuja captura deve ser evitada por estarem protegidas por legislações específicas ou Acordos Internacionais**, as quais, quando capturadas, devem ser liberadas vivas ou descartadas na área de pesca ou desembarcadas para fins de pesquisa

quando autorizadas em norma específica e sua ocorrência registrada nos Mapas de Bordo (art. 2º, inciso XVIII, da INI 10/2011). (Negrito nosso).

Ademais, consta no apêndice C (esboço quase final das Diretrizes Técnicas da FAO para a Pesca Responsável), do Relatório da Reunião de Especialistas para Desenvolver Diretrizes Técnicas para Reduzir a Captura Incidental de Mamíferos Marinhos na Pesca, Roma, Itália, setembro de 2019, a seguinte definição de captura incidental: **"a captura de organismos que não são alvo"**, e que, conforme o referido apêndice, está de acordo com a definição utilizada pela FAO, extraída do trabalho de Peres Roda *et al.*, 2019. Além disso, acrescenta o referido apêndice: **"a definição mencionada aqui também inclui qualquer animal afetado adversamente pela interação, que pode passar despercebido ou não contabilizado como parte das operações de pesca"**. Como se constata, essa definição é bem abrangente, passando a ideia de estarem incluídas no conceito, tanto a chamada "fauna acompanhante previsível", quanto as "espécies de captura incidental".

E, na Wikipédia (2013), os conceitos são tratados como sinônimos (embora discordamos com base na citada INI 10/2011), é o que se lê abaixo:

Em ciências pesqueiras, chama-se **fauna acompanhante, captura acessória, acidental** ou **incidental**, ou ainda **colateral**, à captura de espécies diferentes da espécie-alvo de uma pescaria.

Dependendo do ecossistema, uma arte de pesca com pouca selectividade, como a rede de arrasto pode capturar espécies que não são do interesse imediato do pescador. Essa captura de espécies não desejadas pode atingir 90% do total capturado e, em alguns casos, esses peixes ou crustáceos podem ser deitados de novo à água, muitas vezes em condições em que não podem sobreviver. Esta questão é grave quando se trata de espécies protegidas, como tartarugas ou golfinhos, cuja captura acidental pode levar à perda de valor comercial das espécies-alvo. (Sublinhado nosso).

Por fim, frisamos que o conceito que interessa ao presente estudo é o da captura que ocorre em diversas artes de pesca, de espécies aquáticas não-alvo, que são ameaçadas de extinção e protegidas por normas legais nacionais e internacionais. Esclarecida a questão conceitual, podemos nos ater à visão geral da problemática no documento "Diretrizes Internacionais sobre Gestão de Capturas Incidentais e Redução de Descartes", de 2011, promovido pela FAO/ONU, que tem como objetivo auxiliar Estados e organizações regionais de gestão de pesca e acordos, na implementação da abordagem ecossistêmica à pesca, visando atingir os preceitos do Código de Conduta para a Pesca Responsável de 1995/FAO/ONU e, assim, defender o uso sustentável dos ecossistemas aquáticos e exigir que a pesca seja realizada com o devido respeito ao meio ambiente.

Informa o referido documento que, apesar do citado Código de Conduta ter sido aprovado por todos os membros da FAO em 1995, há uma preocupação crescente de que os níveis de mortalidade de peixes, causados por capturas acidentais e descartes, ameacem a sustentabilidade a longo prazo de numerosas pescarias, assim como a manutenção da biodiversidade em muitas áreas, resultando em um aumento da insegurança alimentar e o comprometimento da subsistência de milhões de pescadores e demais trabalhadores que dependem dos recursos pesqueiros.

Em que pesem os vários esforços empreendidos pela FAO/ONU, representados por planos e diretrizes, como exemplo as “Diretrizes para Reduzir a Mortalidade de Tartarugas Marinhas em Atividades Pesqueiras”, de 2009, os problemas persistem com altos níveis de capturas incidentais e descartes de espécies indesejadas que, frequentemente, não são declaradas na pesca em todo o mundo. Em 2004, a FAO estimou que o descarte global foi de aproximadamente 7 milhões de toneladas. Entretanto, a estimativa do valor total de captura incidental global, incluindo descartes, tem resultado difícil por várias razões e, dependendo da definição usada para esse tipo de captura, pode exceder a 20 milhões de toneladas de recursos pesqueiros (FAO/ONU, 2011). E, sabe-se que, nesses milhões de toneladas estão incluídas muitas espécies aquáticas ameaçadas de extinção.

Outro documento sob o comando da FAO/ONU, que mostra o quanto essa problemática é abrangente, comprometendo outras áreas além das biológica e ecológica, tais como a social, econômica e cultural, é a “Aplicação Prática da Abordagem Ecosistêmica às Pescas”, de 2013, que traz na folha 1, o seguinte:

Hoje, cerca de 90 milhões de pessoas dependem do pescado que é a sua principal fonte cotidiana de proteínas e de rendimento. A sobre-exploração, a modificação do ecossistema e os conflitos internacionais, ligados à gestão das pescas e ao comércio de pescado fazem pesar graves ameaças sobre a sustentabilidade a longo prazo das pescarias. (Negrito nosso).

Por sua vez, no Artigo Técnico “Uma Terceira Avaliação Global de Descartes da Pesca Marinha”, FAO/ONU (2019), consta que:

O estudo atual estimou que os descartes anuais provenientes de capturas globais da pesca marinha entre 2010 e 2014 foi de 9,1 milhões de toneladas [...]. Cerca de 46 por cento (4,2 milhões de toneladas) do total de descartes anuais são de redes de arrasto de fundo incluindo outras redes, de camarão, de arrasto duplo de fundo, de arrasto com portas e de vara.
[...]

Estima-se que um milhão de aves marinhas, **8,5 milhões de tartarugas marinhas**, 225.000 cobras marinhas, **650.000 mamíferos marinhos** e 10

milhões de tubarões, perfazendo um total de cerca de **20 milhões de indivíduos, foram capturados e descartados anualmente na pesca global** (Gray e Kennelly, 2018). (Negrito nosso).

Acontece que, quanto às redes de emalhe, conforme informações do estudo abaixo citado, em épocas anteriores, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, redes de emalhe sintéticas foram amplamente introduzidas nas pescarias do mundo como um meio durável e barato de equipamento de pesca. Sendo que, desde a década de 1960, agências de ajuda como por exemplo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO/ONU), assim como governos nacionais, passaram a fornecer redes de emalhe sintéticas para a pesca, promovendo o seu uso e mudando radicalmente a natureza da pesca nas zonas costeiras e de água doce em todo o mundo. Essas redes sintéticas são mais baratas e fáceis de manter do que as antigas redes de algodão e cânhamo (POTTER & PAWSON, 1991 *apud* BROWNELL Jr. *et al.*, 2019).

Infelizmente, ao promoverem o seu uso, essas agências não levaram em consideração os impactos decorrentes da mortalidade não intencional de espécies como **os pequenos cetáceos, tartarugas marinhas** e outras espécies da megafauna, vulneráveis a esse tipo de equipamento de pesca. Na segunda metade do século passado, a captura incidental por redes de emalhe tornou-se a principal causa do declínio de muitas populações de espécies da megafauna marinha, incluindo os elasmobrânquios, **as tartarugas marinhas**, aves marinhas e **mamíferos marinhos** (LEWISON *et al.*, 2004, READ *et al.*, 2006, WALLACE *et al.*, 2010, ZYDELIS *et al.*, 2013, HUANG, 2015, WERNER, 2018 *apud* BROWNELL Jr. *et al.*, 2019).

As redes de emalhe são especialmente atraentes para os pescadores de pequena escala, porque podem ser colocadas e recuperadas por embarcações pequenas, além de seu uso não requerer equipamentos caros, grandes embarcações mecanizadas ou habilidades especializadas (embora seja necessário um conhecimento qualificado para encontrar e capturar espécies-alvo); podendo ser rentáveis porque são configuradas para funcionar passivamente (as de fundo) e com menos consumo de combustível do que engrenagens móveis, como as redes de arrasto (ROBARDS & REEVES, 2011 *apud* BROWNELL Jr. *et al.*, 2019).

Mesmo quando espécies não visadas são descartadas, essas capturas não são prejudiciais para os pescadores, contanto que não haja penalidade, aumento de tempo de manuseio e nem danos à engrenagem das embarcações. Como resultado, redes de emalhe são amplamente populares tanto na pesca artesanal quanto nas frotas de pesca industrial em todo o mundo e são responsáveis pela morte de centenas de milhares de cetáceos a cada ano (READ *et al.*, 2006).

Nesse contexto, conforme Brownell Jr. *et al.* (2019) esclarecem, a situação global dos pequenos cetáceos tem piorado significativamente desde a década de 1980, quando o baiji (*Lipotes vexillifer*) foi considerada a espécie mais ameaçada de extinção e, trinta anos atrás, a vaquita (*Phocoena sinus*) estava em declínio, mas com uma população ainda viável; no entanto, agora essa espécie está em iminente risco de extinção. Prosseguem os autores dizendo que 8 dos 13 pequenos cetáceos (CR) revisados no estudo têm tamanhos populacionais menores que 100; 2 têm populações entre 200 e 500 indivíduos; e apenas 3 consistem em 500 ou mais indivíduos. E que, a maioria dos pequenos cetáceos da Lista Vermelha da União Internacional para a Conservação da Natureza – IUCN, na categoria de criticamente em perigo (CR), está em declínio, alguns, catastróficamente. E, segundo Mitchell (1975 *apud* BROWNELL JR. *et al.*, 2019), a vaquita será extinta em breve, apesar do fato de que sabemos há mais de 50 anos que as redes de emalhe ameaçam a existência dessa espécie.

Traz ainda o estudo que, a captura incidental é o problema mais comum existente; sendo 11 dos 13 pequenos cetáceos considerados criticamente em perigo de extinção (CR), ameaçados pela captura incidental, assim como, a captura de espécies não-alvo também representa um problema para muitos dos pequenos cetáceos constantes na Lista Vermelha como em perigo de extinção, vulnerável e quase ameaçado de extinção. E que, inclusive, o problema é maior e mais abrangente do que indicado pela referida lista, pois faltam dados necessários para avaliar e listar muitas espécies e populações afetadas pela captura incidental (BROWNELL Jr. *et al.*, 2019).

Finalmente, considera Brownell Jr. *et al.* (2019) que, “[...] para pequenas populações, a eliminação de riscos, ao invés de apenas a redução de riscos, deve ser uma prioridade, a fim de evitar a extinção da espécie”.

5.1.1 As capturas incidentais de pequenos cetáceos – com foco na toninha e no boto-cinza

No estudo a seguir, direcionado à toninha, Secchi *et al.* (2001), Crespo (2002) (*apud* CREMER *et al.* 2018) salientam tratar-se de **espécie de cetáceo mais ameaçada do sudeste do Oceano Atlântico** e, segundo Bastida *et al.* (2007) é espécie endêmica na referida região, e ocorre do estado do Espírito Santo, Brasil até a província de Chubut, na Argentina. Outras pesquisas informam que **a principal ameaça é a captura incidental em operações de pesca**, muito embora o número exato de animais que morrem seja desconhecido (SECCHI *et*

al., 1997; DI BENEDITTO *et al.*, 1998; BERTOZZI e ZERBINI, 2002; DI BENEDITTO, 2003).

A área do estudo compreendeu o litoral dos estados de São Paulo, Paraná e Santa Catarina (Área de Gestão II/FMA II), sendo que os encalhes de toninhas foram registrados em toda a área monitorada, nos dois anos de monitoramento, isto é, de outubro/2015 a setembro/2017, e foram registrados 1.123 toninhas encalhadas; as maiores taxas de encalhes foram no norte do estado de Santa Catarina, no sul da Baía de Babitonga (CREMER *et al.*, 2018).

Consoante estudos, a espécie está exposta a altas taxas de capturas incidentais em redes de emalhe costeiras (PINEDO, 1994; BERTOZZI e ZERBINI, 2002; ROCHA-CAMPOS *et al.*, 2010; CREMER *et al.*, 2013 *apud* CREMER *et al.*, 2018). O habitat dos animais é uma das principais razões pelas quais a espécie sofre altos níveis de captura incidental em redes de pesca. Ao longo da FMA II, tanto a pesca artesanal (pequena escala) quanto a pesca industrial operam na área usando intensivamente a referida arte pesqueira (CREMER *et al.*, 2018).

Os números mostram que a espécie está continuamente sob forte pressão nas águas brasileiras, apesar dos regulamentos para o uso de redes de pesca estabelecidos pelo governo (INI, MMA/ MPA nº 12/2012). O estudo concluiu que, ações urgentes precisam ser implementadas para reduzir a captura incidental de cetáceos e eliminar o risco de extinção da toninha nas águas brasileiras (CREMER *et al.*, 2018).

O trabalho realizado por Vianna *et al.* (2016), que envolveu registros de vários bancos de dados (por meio de esforços oportunistas e não sistemáticos) e de longa data (de 1983 a 2014), traz relevantes informações, conforme exposto abaixo.

A investigação constatou que, para os casos em que a causa presumida da morte pôde ser verificada (n = 110), foi detectado que, a mortalidade antropogênica devido às interações com a pesca ERA COMUM (n = 104). Essa apuração ocorreu com base na presença de marcas de redes de emalhe em todo o corpo, consistentes com o emaranhado, ou grandes hematomas e fraturas associadas, sugerindo colisão com barcos de pesca.

Foram três as espécies costeiras mais comuns – em negrito as espécies focadas –, tendo sido a **toninha** a que teve o maior número de encalhes, com **173 registros** no litoral catarinense; sendo que, na região norte do estudo, as toninhas foram observadas ao longo do ano, tanto na Baía de Babitonga quanto nas áreas costeiras adjacentes (CREMER & SIMÕES-LOPES, 2005). O golfinho nariz-de-garrafa foi a espécie com o segundo maior número de encalhes, foram 100 registros ao longo do litoral catarinense (COSTA *et al.*, 2016). E, por fim, o **botocinza**, que teve o terceiro maior número de encalhes (**n = 97**).

Como causas presumidas de morte, segundo o estudo de Vianna *et al.* (2016), 27% dos registros de encalhe, provavelmente, tiveram origem em causas antropogênicas, como interações com a pesca. Fazem ainda, os autores, a seguinte constatação:

Embora nosso estudo tenha mostrado uma alta porcentagem de animais com causas desconhecidas de morte, **quase 1/3 dos registros de encalhe estavam presumidamente relacionados às interações pesqueiras negativas. Isso sugere que os fatores antropogênicos desempenham um papel importante na mortalidade de mamíferos marinhos e o impacto dessas interações pode ser subestimado.** Em particular, as populações de **toninhas** são consideradas vulneráveis (IUCN 2015). Esse *status* de conservação também tem sido reforçado por estudos anteriores para o **boto-cinza**, embora seu *status* esteja classificado como dado deficiente pela IUCN (Simões-Lopes e Ximenez 1993, Corcuera et al. 1994, Crespo et al. 1994, Pinedo 1994, Pinedo & Polacheck 1999, Pinheiro & Cremer 2003). **Para essas espécies, esforços consistentes de monitoramento e coleta beneficiariam muito o entendimento das tendências populacionais e outras implicações de conservação.** (Negrito nosso).

Prado *et al.* (2016), por sua vez, afirmam que a captura incidental na pesca é uma das ameaças mais significativas para os mamíferos marinhos. No sul do Brasil, a maior ameaça para a **toninha** e para uma pequena população de golfinhos-nariz-de-garrafa (*Tursiops truncatus*) é, destacadamente, a mortalidade devido ao emalramento acidental na pesca costeira. Um exemplo disso, é a mortalidade anual de toninhas na pesca de emalhe no sul do Brasil, que varia entre algumas centenas a alguns milhares de indivíduos. Essa pesquisa esclarece também que, o esforço nas redes de emalhe costeiras aumentou nessa região desde o início dos anos 80, assim como o comprimento médio das redes da maioria dessas frotas, em quatro vezes, desde meados da década de 90. Então, em decorrência disso, seria esperado um aumento na mortalidade dessas espécies costeiras, afirma o estudo.

Também vemos no Plano de Ação Nacional para a Conservação do Pequeno Cetáceo TONINHA, do ICMBio-MMA, 2010, que: “A mortalidade devido à captura acidental em redes de pesca, especialmente redes de emalhe, é a principal ameaça à conservação da toninha (e.g. Ott *et al.*, 2002; Secchi *et al.*, 2003b)”.

Um estudo realizado já nos anos de 2001 e 2002 por Di Benedetto (2003), constatou que no norte do Rio de Janeiro as redes de espera (emalhe) foram responsáveis pela captura incidental de vários pequenos cetáceos, sendo que as toninhas e os tucuxis marinhos (*Sotalia fluviatilis*) – atualmente conhecidos como botos-cinza (*Sotalia guianensis*) –, foram as espécies mais impactadas negativamente.

Relata a obra acima que ao todo foram 374 operações com rede de espera, com esforço de pesca para toda frota (n= 50 barcos) estimado em 7.161,8 km de rede. Chegou-se ao resultado

de que no norte do Rio de Janeiro as operações pesqueiras nas primeiras 10 milhas náuticas de distância da costa podem causar ameaça substancial aos golfinhos.

Foi detectado inclusive que, ao comparar com outros estudos realizados (LODI e CAPISTRANO, 1990; DI BENEDITTO, 2001), as dimensões das redes mudaram ao longo do tempo, sendo em 35% de comprimento para mais e tamanho de malha das redes em 15% menor, o que, neste último caso, favorece a captura predominantemente imatura da espécie-alvo e, assim, pode resultar num gradual colapso na atividade pesqueira local, e substancial aumento de capturas incidentais que, de 10 a 85 cetáceos capturados anualmente (de 1987 a 1999), passou para 225 indivíduos (DI BENEDITTO, 2003).

Resta elucidar ainda que outras artes de pesca, além das redes de emalhe, também provocam capturas incidentais de pequenos cetáceos, é o que lemos nas “Diretrizes Técnicas da FAO para a Pesca Responsável” (um esboço quase final, como apêndice “C”, do Relatório da Reunião de Especialistas para Desenvolver Diretrizes Técnicas para Reduzir a Captura Incidental de Mamíferos Marinhos na Pesca, realizada em Roma, Itália, 2019), cujo documento consta: **“Existem muitos registros de captura incidental de mamíferos marinhos em todos os tipos de artes de pesca – redes de emalhe e de cerco, anzol, armadilhas e redes de arrasto (de fundo e intermediária) –”**.

Para ilustrar seguem duas imagens de toninhas, sendo na primeira uma captura incidental e na segunda imagem, um encalhe em praia do litoral do Paraná, com morte provável em causa antrópica.

Figura 1 – Captura incidental de toninha na FMA I (Franciscana Management Area)



Fonte: site funbio.org.br (2016)

Figura 2 – Toninha morta no litoral do Paraná, PMP-BS (Projeto de Monitoramento de Praias da Bacia de Santos)



Fonte: site www.diariodacidade.com.br (2015)

5.1.2 As capturas incidentais de tartarugas marinhas

Quanto a relação das *tartarugas marinhas* com a problemática da captura incidental na pesca de arrasto de camarão, pode-se afirmar que é bem antiga e que os primeiros estudos internacionais vêm da década de 70 e são concernentes às pescas no Golfo do México. Já no Brasil, segundo o site do Projeto Tamar, o primeiro estudo que quantificou essa captura foi publicado somente em 2013, pela Dr^a Danielle Monteiro, do Núcleo de Educação e Monitoramento Ambiental – NEMA/RS, todavia, como resultado de um segundo estudo de 2017, elaborado por Guimarães (Projeto Aruanã) e seus colegas, surgiu o primeiro artigo científico publicado abordando a problemática das capturas incidentais relacionada às tartarugas marinhas – “Captura incidental de tartarugas marinhas por pesca industrial de arrasto de fundo no Atlântico Sudoeste Tropical” –, fornecendo, assim, a primeira avaliação dessas capturas pelas pescarias industriais de arrasto de fundo que operam em águas brasileiras. Essa pesquisa foi realizada na região sudeste, abrangendo o sul do Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo e, evidenciou a captura de três espécies de tartarugas marinhas pelas frotas de arrasto voltadas para a captura de camarões e peixes demersais: tartaruga-oliva (*Lepidochelys olivacea*), tartaruga-cabeçuda (*Caretta caretta*) e tartaruga-verde (*Chelonia mydas*).

Guimarães *et al.* (2017) lembram que todas as espécies de tartarugas marinhas são protegidas pela Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção (CITES, 2015), e listadas como ameaçadas de extinção na Lista Vermelha da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN, 2015). No

entanto, a pesca comercial continua a ameaçar as espécies de tartarugas marinhas em razão da mortalidade incidental na pesca.

Relatam os mesmos autores que, desde a década de 1970 (idem 1º parágrafo acima), existem estudos avaliando a mortalidade de tartarugas marinhas na pesca de arrasto no Atlântico Sul e no Golfo do México, e que algumas estimativas indicam que mais de 10.000 tartarugas morrem em razão de capturas incidentais por ano naquelas regiões (ROITHMAYR e HENWOOD, 1982; HENWOOD e STUNTZ, 1987; CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA, 1990). Essas estimativas serviram de base para o desenvolvimento do *Turtle Excluder Device* (TED), uma grade metálica inclinada que possibilita o escape das tartarugas marinhas da rede de arrasto.

Já na discussão do artigo, os autores trazem as seguintes considerações:

Atualmente, o uso de TEDs é obrigatório no Brasil, **mas a indústria geralmente negligencia seu uso em redes de arrasto, pois os capitães de barcos afirmam que os TEDs reduzem o volume de capturas das espécies-alvo.** Até o momento, nenhum experimento completo de comparação foi realizado para determinar a eficiência do TED nas águas brasileiras. Além disso, **os capitães indicam que poucas informações, instruções ou atividades de treinamento sobre o uso adequado do TED estão disponíveis, o que inibe o uso deste equipamento pelas tripulações (Tamar-Ibama, 2007).** Como o uso do TED atualmente não é generalizado, pode valer a pena ensinar aos capitães as melhores práticas de manejo de tartarugas quando capturadas, como aprender técnicas de reanimação de tartarugas que possam ajudar a reduzir a mortalidade de tartarugas nessa pesca (FAO, 2009). **As informações aqui apresentadas indicam que a captura acidental de tartarugas marinhas nas pescarias de arrasto de fundo nas águas da Zona Econômica Exclusiva Brasileira (ZEE) no Atlântico Sudoeste Tropical ocorre em níveis que podem afetar os esforços de conservação das tartarugas marinhas.** O monitoramento sistemático da pesca de arrasto de fundo é, portanto, necessário para entender melhor os níveis de capturas acidentais e fornecer dados adicionais para avaliações aprimoradas das populações de tartarugas marinhas, o que, por sua vez, beneficiará a conservação desses animais. (Negrito nosso).

Um terceiro estudo realizado, de autoria de Tagliolatto *et al.* (2019), esclarece que a captura incidental pela pesca é uma das principais ameaças às tartarugas marinhas. Essa pesquisa analisou padrões espaciais e temporais de capturas incidentais de tartarugas marinhas e a taxa de mortalidade inicial desses animais pela pesca industrial de arrasto duplo de fundo no sudeste do Brasil. Foi também a primeira tentativa de relacionar capturas incidentais/mortalidade no oceano pela pesca de arrasto duplo de fundo com tartarugas encalhadas encontradas ao longo da costa adjacente.

Pode-se afirmar consoante o estudo acima que: “No final dos anos 90, a frota de arrastões no sudeste do Brasil tornou-se altamente oportunista e multiespecífica após a

superexploração e taxas reduzidas de captura de recursos demersais tradicionais, como o camarão-rosa (Martins, 2017; Pezzuto & Benincà, 2015).” E ainda, conforme o mesmo estudo:

A pesca de arrasto é um método de pesca não seletivo, e o atual sistema de gestão no Brasil permite o manejo desse equipamento e que seja usado em uma grande área com alta biodiversidade marinha. Isso resulta na captura de muitas espécies que não sejam os principais alvos como o camarão e peixes demersais (Pezzuto e Benincà, 2015). De acordo com Pezzuto e Benincà (2015), o atual sistema de licenciamento incentiva esforços excessivos concentrados em uma região com recursos pesqueiros limitados. Alguns autores sugerem que o licenciamento deveria passar de uma abordagem baseada em espécies para uma abordagem baseada no espaço e na estação do ano, definindo áreas menores de gestão de acordo com seus grupos de espécies, características do fundo, profundidade, dinâmica da frota e considerações técnicas, onde seria permitido às frotas operar somente dentro de uma ou algumas unidades, seguindo medidas de gestão específicas (Martins, 2017; Perez *et al.*, 2001; Pezzuto e Benincà, 2015; Rosso e Pezzuto, 2016).

No Brasil, uma lei nacional aprovada em 1994 tornou-se obrigatória a instalação de TEDs nas redes de arrasto de camarão (Portaria IBAMA nº 36 1994), para reduzir as capturas acidentais de tartarugas marinhas e permitir a exportação de camarão para os EUA. No entanto, no sul do sudeste do Brasil, a inspeção e aplicação deste requisito é irregular, levando ao uso pouco frequente por falta de consciência ou negligência (Guimarães *et al.*, 2018; Silva, 2015; Silva *et al.*, 2010). Os requisitos para o uso obrigatório de TEDs no Brasil inclui apenas arrastões > 11 m com licença de pesca de camarão (Instrução Normativa MMA nº 31 da 2004). [...] Um experimento recente sobre a efetividade de duas configurações diferentes de TEDs no arrasto de camarões no Brasil relatou que um modelo com abertura superior não reduziu significativamente as taxas de captura de espécies-alvo (Schroeder, Bottene, Sant'Ana, Wahrlich e Queirolo, 2016). Mais testes de configurações de TED disponíveis são necessários para garantir que os TEDs sejam aceitos pelas frotas de arrasto. Sugerimos também que outras medidas de mitigação sejam adotadas para reduzir a captura acidental e a mortalidade de tartarugas marinhas em arrastões de peixes demersais < 11 m, não incluídos no requisito do TED, por exemplo, o desenvolvimento de um TED com maior espaçamento e adaptado às condições de pesca brasileiras. (Negrito nosso).

Finalmente, os resultados do estudo sugerem a necessidade de melhorias na gestão atual da pesca de arrasto de fundo no Brasil, passando de uma abordagem baseada em espécies para abordagens espacial e sazonal, assim como, a necessidade de desenvolver-se dispositivos de exclusão de tartarugas adaptados às condições da pesca local.

Por sua vez, um trabalho mais antigo, realizado já nos anos 2002/2003, de Sales *et al.* (2003) – Projeto TAMAR-IBAMA –, foi introduzido com as seguintes informações:

Um dos problemas de mais difícil solução para a recuperação e proteção das populações de tartarugas marinhas, **é a mortalidade em função da crescente captura acidental pela atividade pesqueira, tanto costeira como oceânica. Em 1990 a captura acidental nas diversas artes de pesca, já era considerada a maior causa antrópica de mortes de tartarugas marinhas (National Research Council, 1990).** Esta interação provoca, por um lado, a mortalidade de um número considerável, e ainda não claramente dimensionado, de tartarugas e, por outro, prejuízos para a pesca em função da

queda da produtividade em relação às espécies-alvo e avarias nos petrechos afetados. **Entre as artes de pesca que capturam tartarugas marinhas está a rede de emalhe de deriva.**

No final da década de 80 e início da década de 90 esse tipo de rede chamou a atenção de ambientalistas e mobilizou a opinião pública por causa principalmente da elevada taxa de captura de mamíferos marinhos, no entanto aves e **tartarugas também compõem o bycatch desta pescaria.** (Negrito nosso).

Como se vê no estudo acima de Sales *et al.* (2003), no qual refere-se às capturas incidentais de tartarugas marinhas em pescarias tanto costeiras quanto oceânicas, tais capturas ocorrem em diversas artes de pesca. Todavia, entre as artes de pesca que capturam tartarugas marinhas, o autor destaca a rede de emalhe de deriva.

Outra arte de pesca que captura incidentalmente os quelônios é o espinhel de superfície, cuja menção vemos no texto abaixo do Guia de Licenciamento Tartarugas Marinhas, do ICMBio/MMA, elaborado por Sforza *et al.* (2017):

Exemplo do uso de informações oriundas da pesca para identificação de áreas de concentração de tartarugas marinhas no mar pode ser obtido em SALES *et al.*, (2008). **Nesse trabalho, entre 2001 e 2005 foram registrados dados de captura de tartarugas marinhas pela frota brasileira que atua com espinheis de superfície.** As informações permitiram identificar quatro zonas distintas quanto à captura de tartarugas marinhas. (Negrito nosso).

Constata-se assim que, não apenas o arrasto favorece a captura incidental de tartarugas marinhas, mas outras artes de pesca como o emalhe de deriva e o espinhel de superfície também são responsáveis por esse grave dano ambiental que, não obstante todas as cinco espécies de tartarugas marinhas – que ocorrem em nosso país – estarem ameaçadas de extinção, continuam sendo capturadas nas diversas artes de pesca, de forma bastante frequente, comprometendo, assim, o futuro dessa fauna. A seguir imagens de tartarugas marinhas capturadas incidentalmente na pesca.

Figura 3 – Capturas incidentais de tartarugas marinhas na pesca



Fonte: site Projeto Tamar (2018)

6 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

6.1 O conceito

Édis Milaré (2018, p. 322), antes de conceituar o dano ambiental, faz a seguinte consideração:

Ora, se o próprio conceito de meio ambiente é aberto, sujeito a ser preenchido casuisticamente, de acordo com cada realidade concreta que se apresente ao intérprete, **o mesmo entrave ocorre quanto à formulação do conceito de dano ambiental.** (Negrito nosso).

No entanto, após analisar a literatura estrangeira que, segundo o mesmo autor, ao contrário do que ocorre em nosso sistema jurídico, pode-se encontrar algumas luzes a respeito do tema, chegou ao entendimento de que:

[...] é dano ambiental toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial), **capaz de desencadear, imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis (*in pejus*) ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida, ou a quaisquer outros valores da coletividade ou de pessoas determinadas** (MILARÉ, 2018, p. 323). (Negrito nosso).

E, prossegue o autor:

Em outro modo de falar, e para que fique claro, **temos que o dano ambiental é uma afronta às normas ambientais, causando um indesejado prejuízo – ou poluição – ao meio ambiente e/ou a terceiros (conhecido este último como efeito ricochete ou reflexo).** Tal prejuízo deve então ser reparado pelos mecanismos da responsabilidade civil ambiental, com a utilização inclusive dos meios processuais preventivos (MILARÉ, 2018, p. 324-325). (Negrito nosso).

Quanto às características do dano ambiental, Milaré (2018, p. 325) expõe o que segue:

2. Características

O dano ambiental, gravame significativamente intensificado com o advento da sociedade industrial, tem características próprias, que acabam por orientar o tratamento que as várias ordens jurídicas a ele conferem, como é o caso da nossa, por exemplo, que, sem perder de vista as luzes do quadro dogmático comum de responsabilidade civil, se assenta num microssistema próprio especificamente adaptado à problemática ambiental. São elas:

2.1 A dificuldade na identificação da fonte lesiva

Comprovada a existência de um dano ambiental, impõe-se identificar o comportamento ou atividade que o desencadeou. Lembre-se, então, de situações paradigmáticas como a da chamada *poluição histórica*, acumulada ao longo de anos, fruto de um somatório de eventos danosos emanados de

fontes muitas vezes desconhecidas. É certo que, em casos como esses, a solução pode ser alcançada mediante a responsabilização solidária do explorador atual, ante a natureza *propter rem* da obrigação geral de defesa do meio ambiente, e não de mera obrigação pessoal supostamente relacionada apenas ao poluidor direto.

Permanece, todavia, o desafio de adequar a solução para as situações de *autoria difusa*, em que o dano resulta de comportamentos sociais massificados, tal qual se dá com o uso de veículos automotores (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 55 *apud* MILARÉ, 2018, p.326). [...]

2.2 A ampla dispersão de vítimas

Ainda, o dano ambiental se caracteriza pela *pulverização de vítimas*. O dano tradicional – um acidente de trânsito, por exemplo – atinge, como regra, uma pessoa ou um conjunto individualizado ou individualizável de vítimas. Entretanto, não é isso que ocorre com o dano ambiental, em virtude até do tratamento que o Direito dá ao *ambiente*, qualificado como “bem de uso comum do povo”. De fato, mesmo quando alguns aspectos particulares da sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos, a lesão ambiental afeta, sempre e necessariamente, uma pluralidade difusa de vítimas. Imagine-se acidente envolvendo uma usina termonuclear, como a de Chernobyl, na Ucrânia, ex-URSS (1986), ou de Fukushima, no Japão (2011), em que milhares, centenas de milhares ou até milhões de pessoas podem ser afetadas.

2.3 A dificuldade inerente à ação reparatória

Outro tanto, o dano ambiental é de *difícil reparação*. Daí que o papel da responsabilidade civil, especialmente quando se trata de mera indenização (não importa seu valor), é sempre insuficiente. Por mais custosa que seja a reparação, jamais se reconstituirá a integridade ambiental ou a qualidade do meio que for afetado. Por isso, indenizações e compensações serão sempre mais simbólicas do que reais, se comparadas ao valor intrínseco da biodiversidade, do equilíbrio ecológico ou da qualidade ambiental plena. A prevenção nesta matéria – aliás, como em quase todos os aspectos da sociedade industrial – é a melhor, quando não a única solução. [...]

É certo que, em algumas situações, o dever de reparar alcança os objetivos que dele se espera. Assim, por exemplo, na hipótese de repovoamento de um rio que, pela contaminação circunstancial por resíduos, perde a população de peixes que o caracteriza. Mas, em outros tantos casos, a reparação integral é claramente impossível ou de utilidade efetiva duvidosa: o desaparecimento de uma espécie, mais ainda quando se tratar de uma daquelas que não gozam propriamente da atenção do homem (um réptil, por exemplo); [...] (Sublinhado nosso).

2.4 A dificuldade da valoração

Por último, o dano ambiental é de *difícil valoração*, porquanto a estrutura sistêmica do meio ambiente dificulta ver até onde e até quando se estendem as sequelas do estrago.

Com efeito, o meio ambiente, além de ser um bem essencialmente difuso, possui em si valores intangíveis e imponderáveis que escapam às valorações correntes (principalmente econômicas e financeiras), revestindo-se de uma dimensão simbólica e quase sacral, visto que obedece a leis naturais anteriores e superiores à lei dos homens.

É o que, com eloquência, retratou a carta do cacique Seattle, em 1852, ao presidente Millard Fillmore, dos Estados Unidos, que desejava adquirir as suas terras para colonizá-las: “O presidente, em Washington, informa que deseja comprar a nossa terra. Mas como é possível comprar ou vender o céu ou a terra? A ideia nos é estranha. Se não possuímos o frescor do ar e a vivacidade da água, como vocês poderão comprá-los? Cada parte dessa terra é sagrada para o meu povo. Cada arbusto brilhante do pinheiro, cada porção de praia, cada bruma na floresta escura, cada inseto que zune, todos são sagrados na memória e na experiência do meu povo” (MELLÃO NETO, 2003, p. A-2 *apud* MILARÉ, 2018, p. 328).

Nessa linha, aproveitando o exemplo antes referido, cabe perguntar: quanto vale, em parâmetros econômicos, uma paisagem natural notável desfigurada, ou uma espécie que desapareceu? [...] (Sublinhado nosso).

Assim, mesmo que levado avante o esforço reparatório, nem sempre é possível, no estágio atual do conhecimento, o cálculo da totalidade do dano ambiental. [...] (Negrito nosso).

Na visão de Guimarães (2015, p. 76): “os elementos mais marcantes do dano ambiental estão na noção de abuso de direito, ou de anormalidade no trato com o meio ambiente, e na propagação de reflexos difusos ocasionados pelo prejuízo ambiental”.

Há décadas, Dias (1992, p. 5 *apud* BRAGA NETTO, 2019, p. 234) já lembrava que:

o dano aparece no plano ecológico não somente quando produz destruição, mas também quando, por sua repetição e insistência, excede a capacidade natural de assimilação, de eliminação e de reintrodução dos detritos no ciclo biológico. A poluição das águas resulta dos despejos frequentes de resíduos industriais em um meio cuja capacidade de autodepuração se tornou insuficiente. A poluição do ar decorre da fumaça contínua das usinas, em atmosfera já saturada de cloro, flúor, ozona etc. Em matéria de poluição sonora se caracteriza pela sua constância, que torna insuportável o que acidentalmente é tolerável. **As externalidades ambientais negativas que causem ruptura do equilíbrio ecológico perfazem dano ambiental.** (Negrito nosso).

É cediço que a legislação brasileira é omissa quanto ao conceito de dano ambiental. A Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), no art. 3º, inc. II, não faz uso da palavra “dano”, utilizando no lugar “**degradação ambiental**”, expressão conceituada por esse mesmo dispositivo como “**a alteração adversa das características do meio ambiente**”. Dito isso, seguimos com outros entendimentos doutrinários acerca do significado do dano ambiental e sua caracterização.

6.2 A legislação aplicável e as considerações acerca das consequências ecológicas, sociais e econômicas do dano ambiental oriundo da problemática estudada

Entende Moura (2013), que o dano ambiental não consiste apenas na lesão ao meio ambiente, mas também na lesão à qualidade de vida e à saúde. Sendo que esses valores estão diretamente relacionados, de forma que a lesão ao ambiente afeta diretamente a saúde e a qualidade de vida da sociedade, é o que se depreende do **art. 225 e seu parágrafo 3º, da Constituição Federal**, conforme seguem:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (Negrito nosso).

Cabe destacar ainda que, o dano ambiental, na visão de Moura (2013), é especialmente crítico, porque envolve a quebra do equilíbrio do ecossistema, colocando em risco todos os componentes ecológicos. Assim, o meio ambiente é caracterizado pela interdependência e integração dos vários fatores que o compõem (**Lei Federal nº 6.938/81, art. 3º, I**), de forma que as consequências de cada ação contra a Natureza são somadas a todos os danos ecológicos já ocorridos. Danos esses, que refletem diretamente no bem-estar do homem, comprometendo, assim, o *direito fundamental da dignidade da pessoa humana*, alicerce essencial do ordenamento jurídico brasileiro.

A problemática da *captura incidental* de espécies ameaçadas de extinção não é, igualmente, um dano ambiental isolado, ao contrário, esses animais protegidos por lei são responsáveis por manter o equilíbrio dos mares. Os pequenos cetáceos, como a toninha e o boto-cinza, por exemplo, estão em elevado nível trófico, o que significa dizer que, a sua retirada em massa, pode comprometer todo o ecossistema do qual fazem parte. E que, somado a outros danos ambientais, pode comprometer a **biodiversidade marinha**, por isso é importante falar sobre o assunto. Édis Milaré (2018, p. 1301), escreve o seguinte:

A seu turno, a biodiversidade, ou diversidade biológica, como é também chamada, tem suas raízes na Biologia e na Ecologia, sem desprezar as contribuições da Biogeografia. Concretamente, ela consiste na considerável variedade de genes, espécies vivas e diferentes ecossistemas, dado que é dentro dos ecossistemas que se desenvolvem as relações entre as espécies, assim como a interação dos demais elementos ali presentes. Se as espécies têm tudo a ver, imediata e diretamente, com seus respectivos ecossistemas, estes últimos, por seu lado, têm tudo a ver com o conjunto da biosfera. **Segue-se que, em última análise, a presença, a atividade, a expansão e a extinção de qualquer espécie viva refletem no seu ecossistema e, por decorrência, na biosfera mesma.** (Negrito nosso).

Aduz, ainda:

As *ameaças* à biodiversidade têm várias origens: parte provém dos riscos globais, parte de causas locais.

Entre os *riscos globais* emergem o efeito estufa, as alterações climáticas, a ruptura da camada de ozônio, as radiações nucleares – todos esses riscos, que

não são meramente potenciais, mas já atuais, exercem efeito nefasto, já comprovado, sobre a diversidade biológica, na medida em que afetam espécies vivas e rompem as cadeias ecossistêmicas. [...]

As *causas locais* são inúmeras, não há como enumerar todas e descrevê-las. Basta, por ora, lembrar a erosão do solo, a desertificação, os desmatamentos e queimadas; **a caça e a pesca predatórias**; o comércio ilegal ou ilícito de espécimes vivos; práticas agrícolas como as monoculturas, a pecuária extensiva etc.

Em síntese, é preciso notar que os riscos globais resultam da soma das causas locais, sim, porém com algo a mais devido à sinergia. É sabido que a destruição da biodiversidade tem sua gênese maior, ou sua causa próxima, na destruição dos habitats. **E tais fenômenos e causas têm em sua origem, de modo geral, interesses econômicos ou ações mal-intencionadas ou mal orientadas, decorrentes da falta de consciência científica ou ética a respeito das intervenções que afetam radicalmente os recursos naturais e o equilíbrio do meio.**

Uma das propostas de solução para as ameaças à biodiversidade – até mesmo porque os fatores locais são mais frequentes, acessíveis e presentes – **é o apoio da comunidade e seu efetivo comprometimento com a relevância da questão, que interessa a ela e ao meio ambiente. Aliás, já se sabe por experiência que a ação voluntária da comunidade é mais profunda e custa menos do que a ação simplesmente imposta pela lei.** Por comunidade deve-se entender as sociedades urbanas, que demandam produtos e serviços decorrentes da biodiversidade, e as comunidades tradicionais ou povos indígenas, cujos modos de vida e tradições promovem a conservação e uso sustentável da biodiversidade. Somente a ação conjunta dessas comunidades, nos âmbitos internacional, nacional, regional e local, aliadas aos cientistas e **ao Poder Público**, poderá gerar resultados positivos de conservação e uso sustentável (MILARÉ, 2018, p. 1304). (Negrito nosso).

Nesse rumo, as convenções internacionais assinadas pelo Brasil serviram de incentivo ao ordenamento político e jurídico da matéria e, como consequência, ensejaram a criação e aperfeiçoamento de nossos estatutos legais pátrios (MILARÉ, 2018). Abaixo seguem algumas trazidas pelo referido autor (em ordem cronológica), as quais têm maior relação com os temas “biodiversidade” e “fauna marinha”, *in verbis*:

– **Convenção sobre Conservação dos Recursos do Atlântico – SE (de 1969)**, visando à cooperação e ao uso racional de recursos;

[...] – **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 10.12.1982)**, especialmente Parte XI, Seção 2, art. 145 – Proteção do meio marinho; Parte V, arts.61 a 68 – Fauna marinha em zonas econômicas exclusivas; e Parte XII – Proteção e preservação do meio marinho. **O Decreto 1.530, de 22.06.1995, promulga a Convenção;**

[...] – **Convenção da Biodiversidade**, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a **ECO-92**. Essa Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 2, 03.02.1994, e promulgada por meio do **Decreto 2.519, de 16.03.1998**. [...] (MILARÉ, 2018, p. 1309). (Negrito nosso).

Além das convenções acima arroladas, o Brasil firmou a **Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção (CITES, 1975)**, que tem por objetivo controlar o comércio internacional de fauna e flora silvestres, exercendo controle e fiscalização, especialmente quanto ao comércio de espécies ameaçadas, suas partes e derivados, com base num sistema de licenças e certificados (site MMA, 2020).

Em **outubro de 1995**, o **Código de Conduta para a Pesca Responsável** foi adotado, criando as condições necessárias para os esforços nacionais e internacionais assegurarem uma exploração sustentável dos recursos vivos aquáticos. O Código estabeleceu princípios e normas aplicáveis à conservação, gestão e desenvolvimento para todas as pescarias. Juntamente com muitos outros acordos internacionais e conferências, serviu para pôr em evidência os benefícios da abordagem ecossistêmica às pescas (EAF), conforme consta no documento da FAO/ONU, “Aplicação Prática da Abordagem Ecossistêmica às Pescas”, de 2013.

Nosso país assinou também a **Convenção Interamericana para a Proteção e a Conservação das Tartarugas Marinhas (CIT, 2001)**, sendo seu objetivo promover a proteção, a conservação e a recuperação das populações de tartarugas marinhas e dos habitats dos quais dependem, com base nos melhores dados científicos disponíveis e considerando-se as características ambientais, socioeconômicas e culturais das partes (site MMA, 2020).

E, ainda, outro documento internacional relevante foi firmado pelo Brasil **em 2015**, a **Convenção sobre Espécies Migratórias de Animais Selvagens (CMS ou Convenção de Bonn)**, cujo objetivo é conservar as espécies (selvagens e seus habitats em escala global), que migram tanto pela via terrestre, quanto pelas marinha e/ou aérea, as quais desconsideram, por óbvio, as fronteiras físicas entre os países e, assim, demandam esforços comuns e uma efetiva cooperação entre os mesmos para a sua proteção (site MMA, 2020).

Quanto à legislação brasileira sobre *biodiversidade*, Milaré (2018) cita primeiramente a Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 225, § 1º, I, II, III e VII, define como dever do Poder Público: a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; *a preservação da diversidade* e integridade do patrimônio genético do país; a proteção dos espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, e a proteção da fauna e da flora e de sua função ecológica.

Ainda no âmbito nacional, o autor relembra que a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), ganhou foros de legalidade e eficácia no Brasil, com o Decreto Legislativo 2, de 03.02.1994 e foi promulgada em 16.03.1998 pelo Decreto 2.519. Na sequência menciona o **Decreto 4.339, de 22.08.2002**, também conhecido como “**Decreto da Biodiversidade**”, em

face do disposto nos documentos multilaterais assinados pelo Brasil em 1992, durante a CNUMAD, e nas normas vigentes sobre a matéria e **“institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade”**. Como se constata, não falta amparo legal à aplicação da “Convenção sobre Diversidade Biológica” e dos escopos do Decreto Federal, conforme salienta Milaré (2018).

Diante de todas essas normas, resume o autor que, no âmbito nacional, a proteção à biodiversidade encontra poderoso apoio na Constituição Federal de 1988, particularmente em seu art. 225, que faz parte da Ordem Social, isto é, pertence aos direitos e deveres fundamentais e inquestionáveis da sociedade brasileira. Sendo esse, portanto, o fundamento da Política Nacional da Biodiversidade. E, conclui:

No cenário internacional, por sua vez, a Convenção da Biodiversidade confere à diversidade biológica relevante proteção. No entanto, desde a assinatura de tal tratado, em 1992, a sociedade global não havia alcançado consenso para aprovar qualquer outro documento daquela envergadura, até que, como se disse, **em outubro de 2010**, se conseguisse estabelecer um programa de metas com vistas a intensificar a proteção da biodiversidade, materializado no ***Plano Estratégico da Biodiversidade 2011-2020, também conhecido como Plano Estratégico de Nagoya*** (MILARÉ, 2018, p. 1330). (Negrito nosso).

Concentrando-nos no ambiente natural marítimo, encontramos, dentre os 17 ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) da ONU, o **Objetivo 14**, que trata da **conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável**, vemos, contudo, dados importantes que refletem o que os oceanos, mares e recursos marinhos representam para a vida humana, sendo alguns bem preocupantes:

- Os oceanos cobrem três-quartos da superfície da Terra, contém 97% da água do planeta e representam 99% da vida no planeta em termos de volume. Mundialmente, o valor de mercado dos recursos marinhos e costeiros e das indústrias é de 3 trilhões de dólares por ano ou cerca de 5% do PIB (produto interno bruto) global.
- Mundialmente, os níveis de captura de peixes estão próximos da capacidade de produção dos oceanos, com 80 milhões de toneladas de peixes sendo pescados.
- Oceanos contêm cerca de 200 mil espécies identificadas, mas os números na verdade devem ser de milhões.
- Os oceanos absorvem cerca de 30% do dióxido de carbono produzido por humanos, amortecendo os impactos do aquecimento global.
- Oceanos são a maior fonte de proteína do mundo, com mais de 3 bilhões de pessoas dependendo dos oceanos como fonte primária de alimentação.
- Pesca marinha direta ou indiretamente emprega mais de 200 milhões de pessoas.
- Subsídios para a pesca estão contribuindo para a rápida diminuição de várias espécies de peixes e estão impedindo esforços para salvar e

- restaurar a pesca mundial e empregos relacionados, causando redução de 50 bilhões de dólares em pesca nos oceanos por ano.
- 40% dos oceanos do mundo são altamente afetados pelas atividades humanas, incluindo poluição, diminuição de pesca e perda de habitats costeiros (site Nações Unidas Brasil, 2020).

Nessa linha, temos a informação da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO/ONU (2012), de que o declínio da pesca mundial nos últimos anos, juntamente com o aumento da porcentagem de estoques de peixes sobre-explotados e o decréscimo da proporção de espécies não totalmente exploradas ao redor do mundo, transmitem a forte mensagem de que a situação dos recursos pesqueiros marinhos está piorando, com impacto negativo na produção pesqueira. E, assim, a sobre-exploração não apenas causa consequências ecológicas negativas, mas também reduz a produção pesqueira, o que leva a consequências sociais e econômicas igualmente negativas.

Nos impactos ecológicos negativos do trecho anterior, inclui-se a problemática da presente pesquisa, na medida em que as capturas incidentais de espécies ameaçadas de extinção, comprometem o equilíbrio e o normal funcionamento dos ecossistemas marinhos aos quais pertencem.

6.2.1 A legislação aplicável – pequenos cetáceos (com foco nas espécies toninha e boto-cinza)

Já na seara da especificidade, como norma direcionada à proteção dos cetáceos, temos a **Lei Federal nº 7.643/1987, que proíbe a pesca de cetáceos (baleias, botos e golfinhos)** nas águas jurisdicionais brasileiras. E, considerando os compromissos assumidos pelo Brasil na CDB, o Ministério do Meio Ambiente (MMA), instituiu por intermédio da **Portaria nº 43/2014, o Programa Nacional de Conservação das Espécies Ameaçadas de Extinção (Pró-Espécies)**, com o objetivo de adotar ações de prevenção, conservação, manejo e gestão, com vistas a minimizar as ameaças e o risco de extinção de espécies, trazendo as categorias utilizadas no método de avaliação de risco de extinção de espécies: EX, EW, CR, EN, VU, NT, LC etc., as Listas Nacionais Oficiais de Espécies Ameaçadas de Extinção e, dentre outras previsões, o que neste item é pertinente, os Planos de Ação Nacional para Conservação de Espécies Ameaçadas de Extinção-PAN, conforme seguem:

A **Portaria nº 655, de 4 de novembro de 2019, específica à toninha**, acompanhada logo abaixo de ilustração representativa do **PAN Toninha**, que:

Aprova o 2º ciclo do Plano de Ação Nacional para Conservação da Toninha - PAN Toninha, contemplando um táxon ameaçado de extinção, estabelecendo seu objetivo geral, objetivos específicos, espécie contemplada, prazo de execução, formas de implementação, supervisão, revisão e institui o Grupo de Assessoramento Técnico. Processo SEI nº 02034.000033/2019-14.

[...] O PRESIDENTE DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE- ICMBio, [...] Considerando a Resolução CONABIO nº 6, de 03 de setembro de 2013, que dispõe sobre as Metas Nacionais de Biodiversidade e estabelece que, até 2020, o risco de extinção de espécies ameaçadas terá sido reduzido significativamente, tendendo a zero, e sua situação de conservação, em especial daquelas sofrendo maior declínio, terá sido melhorada; [...] resolve:

Art. 1º Aprovar o 2º ciclo do Plano de Ação Nacional para Conservação da Toninha - PAN Toninha.

Art. 2º O PAN Toninha tem como objetivo geral evitar o declínio populacional da toninha em todas as áreas de manejo, em especial por meio da redução das capturas incidentais e da proteção do habitat.

§ 1º O PAN Toninha abrange e estabelece estratégias prioritárias de conservação para *Pontoporia blainvillei*, espécie ameaçada de extinção na categoria CR (Criticamente em Perigo).

§ 2º Para atingir o objetivo previsto no caput foram estabelecidas ações distribuídas em oito objetivos específicos, assim definidos:

I - Redução da mortalidade da espécie a níveis sustentáveis através do estabelecimento de mecanismos eficientes de redução da captura incidental na pesca de emalhe;

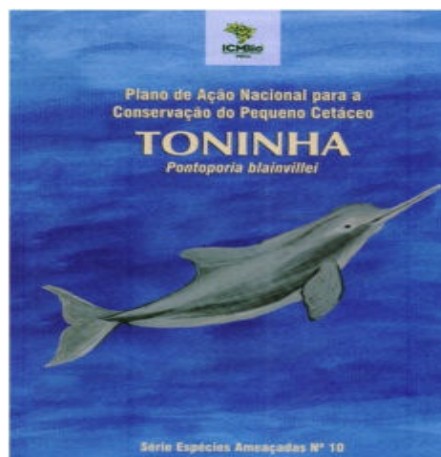
II - Criação e fortalecimento das iniciativas locais e regionais de gestão pesqueira compartilhada como instrumentos de proteção da toninha;

III - Redução e mitigação da degradação do habitat e investigação dos efeitos cumulativos que afetam a toninha;

IV - Promoção da conservação e manutenção de áreas críticas para a toninha; [...]

Art. 6º O PAN Toninha terá vigência de outubro de 2019 até setembro de 2024. (Sublinhado nosso).

Figura 4 – PAN TONINHA (Plano de Ação Nacional para a Conservação do Pequeno Cetáceo TONINHA *Pontoporia blainvillei*)



Fonte: site ICMBio (2020)

E, a **Portaria nº 375, de 1º de agosto de 2019**, que aprovou o Plano de Ação Nacional para Conservação de Cetáceos Marinhos Ameaçados de Extinção - PAN Cetáceos Marinhos, no qual está incluído o **boto-cinza**, pequeno cetáceo focado na presente pesquisa, prevê em seu “Art. 2º O PAN Cetáceos Marinhos tem como objetivo geral melhorar o estado de conservação de cetáceos marinhos, mitigando os impactos antrópicos e minimizando as ameaças.”[...] E, no primeiro objetivo específico busca reduzir a problemática ora estudada das capturas incidentais e, como último objetivo específico fortalecer as políticas públicas visando a conservação dessa fauna, conforme segue:

§ 3º Para atingir o objetivo previsto no caput foram estabelecidas ações distribuídas dez objetivos específicos, assim definidos:

I - Redução das capturas acidentais, intencionais e enredamentos de cetáceos marinhos; [...]

X - Fortalecimento de políticas públicas para conservação de cetáceos marinhos. (Negrito nosso).

6.2.2 A legislação aplicável – tartarugas marinhas

No que se refere às tartarugas marinhas, a primeira vez que foram citadas nominalmente como espécies em extinção e merecedoras de proteção especial foi com a **Portaria do Ibama nº. 1.522, de 19 de dezembro de 1989**. A proteção legal a estes animais é bastante abrangente, sendo proibido tanto o seu consumo direto, como todas as formas de captura, abate, comércio e transporte. É o caso do **Decreto nº 3.842, de 13 de junho de 2001**, que promulgou a CIT, e dos instrumentos que regulam a iluminação artificial (**Portaria do IBAMA nº 11, de 31 de janeiro de 1995**); o trânsito de veículos nas praias de desova (**Portaria do IBAMA nº 10, de 30 de janeiro de 1995**), bem como a exigência de que os processos de licenciamento ambiental dos empreendimentos localizados em áreas de desova, façam consulta ao Centro de Tartarugas Marinhas – TAMAR (**Resolução do CONAMA nº 10, de 24 de outubro de 1996**), tudo isso visando garantir a qualidade ambiental dos locais onde as tartarugas marinhas fazem seus ninhos.

Muito embora o Brasil tenha sido um dos promotores e signatários da CDB/1992, que prevê princípios de conservação, sustentabilidade e proteção ambiental; poder contar com a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), que prevê sanções e penas

para captura, matança, coleta de ovos e distúrbios de *habitat* da fauna silvestre e, ainda, ter ratificado a CIT, concluída em Caracas na data de 1º de dezembro de 1996 e promulgada pelo Decreto nº 3.842, de 13 de junho de 2001, passando a vigorar a partir de 15 de junho de 2001, as cinco espécies de tartarugas marinhas que ocorrem no país continuam fazendo parte da lista em vigor de animais ameaçados de extinção (Portaria MMA nº 444, de 17/12/2014).

A referida CIT/1996, contém o seguinte teor:

Artigo IV

Medidas

1. Cada Parte tomará as medidas apropriadas e necessárias, em conformidade com o Direito Internacional e com base nos melhores dados científicos disponíveis, para a proteção, a conservação e a recuperação das populações de tartarugas marinhas e de seus habitats: [...]

2. Tais medidas incluirão: [...]

b) O cumprimento das obrigações estabelecidas na Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e da Flora Silvestres (CITES), no que diz respeito às tartarugas marinhas, seus ovos, partes ou produtos; [...]

h) A redução ao mínimo possível da captura, da retenção, do dano ou da morte acidentais das tartarugas marinhas durante as atividades pesqueiras, por meio da regulamentação apropriada dessas atividades, bem como o desenvolvimento, o aprimoramento e a utilização de artes, dispositivos ou técnicas apropriados, inclusive os dispositivos de escape para tartarugas (DETs), de acordo com o disposto no Anexo III, e o correspondente treinamento, de acordo com o princípio do uso sustentável dos recursos pesqueiros; [...]

Anexo III

Uso de Dispositivos de Escape para Tartarugas

1. Entende-se por "embarcação camaroneira de arrasto" qualquer embarcação utilizada para a captura de espécies de camarão por meio de redes de arrasto.

2. Entende-se por "dispositivo de escape para tartarugas", ou "DET", o mecanismo cujo objetivo principal é aumentar a seletividade das redes camaroneiras de arrasto para diminuir a captura acidental de tartarugas marinhas nas operações de pesca de arrasto de camarão.

3. Cada Parte deverá exigir o uso dos dispositivos de escape para tartarugas (DETs) recomendados, instalados adequadamente e em funcionamento, em todas as embarcações camaroneiras de arrasto sob sua jurisdição que operem dentro da área da Convenção. [...]

7. Para os efeitos da presente Convenção:

a) Os DETs recomendados serão aqueles que as Partes determinarem, com a assessoria dos Comitês Consultivo e Científico, para reduzir, ao máximo possível, a captura acidental de tartarugas marinhas nas operações de arrasto de camarão.

b) Em sua primeira reunião, as Partes elaborarão uma relação inicial de DETs recomendados, que poderá ser modificada nas reuniões subsequentes.

c) Até que se realize a primeira reunião das Partes, cada Parte determinará, de acordo com suas leis e regulamentos, os DETs cujo uso exigirá nas embarcações camaroneiras de arrasto sob sua jurisdição, a fim de reduzir, ao máximo possível, a captura acidental de tartarugas marinhas nas operações de pesca camaroneira de arrasto, com base em consultas com as demais Partes. [...]

Por sua vez, conforme o site do ICMBio, do MMA, segue a **Portaria nº 287, de 26 de abril de 2017**, que aprova o 2º ciclo de implementação do **PAN Tartarugas Marinhas**, acompanhada logo na sequência de ilustração representativa do referido plano:

Aprova o 2º ciclo de implementação do Plano de Ação Nacional para a Conservação das Tartarugas Marinhas – PAN Tartarugas Marinhas, contemplando cinco táxons, estabelecendo seu objetivo geral, objetivos específicos, espécies contempladas, prazo de execução e formas de implementação, supervisão e revisão (Processo SEI nº. 02044.010042/2016-43). (Negrito nosso).

O PRESIDENTE DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE - ICMBio, [...]

Considerando a Resolução CONABIO nº 6, de 03 de setembro de 2013, que dispõe sobre as Metas Nacionais de Biodiversidade e estabelece que, até 2020, o risco de extinção de espécies ameaçadas terá sido reduzido significativamente, tendendo a zero, e sua situação de conservação, em especial daquelas sofrendo maior declínio, terá sido melhorada;

[...]

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o 2º ciclo de implementação do Plano de Ação Nacional para a Conservação das Tartarugas Marinhas - PAN Tartarugas Marinhas.

Art. 2º O PAN Tartarugas Marinhas tem como objetivo geral “manter a tendência de recuperação das populações de tartarugas marinhas que ocorrem no Brasil, por meio do aprimoramento das ações de conservação, pesquisa, fortalecimento institucional e envolvimento da sociedade, em cinco anos”.

§1º O PAN Tartarugas Marinhas abrange e estabelece estratégias prioritárias de conservação para as cinco espécies de tartarugas marinhas que ocorrem no Brasil: tartaruga-verde (*Chelonia mydas*), tartaruga-cabeçuda (*Caretta caretta*), tartaruga-de-pente (*Eretmochelys imbricata*), tartaruga-oliva (*Lepidochelys olivacea*) e tartaruga-de-couro ou gigante (*Dermochelys coriacea*);

§2º Para atingir o objetivo previsto no caput, o PAN Tartarugas Marinhas, com prazo de vigência até maio de 2022, possui os seguintes objetivos específicos:

I - Estimativa de capturas, mortalidade e identificação de áreas onde ocorre maior interação das tartarugas marinhas em pescarias prioritárias;

II - Redução das capturas incidentais e da mortalidade de tartarugas marinhas nas atividades pesqueiras; [...]

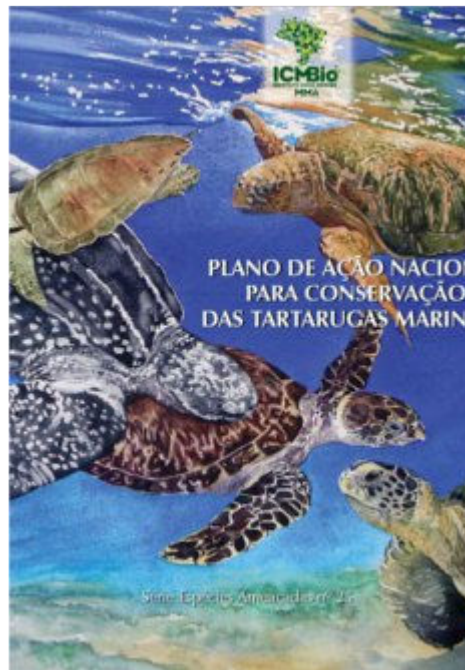
VII - Aprimoramento das políticas públicas de proteção às tartarugas marinhas. [...]

Art. 4º O PAN Tartarugas Marinhas será monitorado anualmente, para revisão e ajuste das ações, com uma avaliação intermediária prevista para o meio da vigência do Plano e avaliação final ao término do ciclo de gestão.

Parágrafo único. O Presidente do Instituto Chico Mendes designará um Grupo de Assessoramento Técnico para auxiliar no acompanhamento da implementação do PAN Tartarugas Marinhas. [...]

Publicado no DOU edição Nº 83, quarta-feira, 03 de maio de 2017

Figura 5 – PAN TARTARUGAS MARINHAS (Plano de Ação Nacional para Conservação das Tartarugas Marinhas)



Fonte: site ICMBio (2020)

Vê-se contudo que, muito embora dispomos de planos de ação próprios a várias espécies e legislação direcionada ao Estado, no sentido de proteger, defender e preservar o meio ambiente como um todo e, também, de forma específica às espécies ameaçadas de extinção (conforme subitens anteriores e o seguinte), omissões e falhas persistem na execução desses planos, projetos, programas etc., assim como no controle, monitoramento e fiscalização das atividades pesqueiras artesanais e, principalmente, industriais, pois, não fosse assim, o panorama estaria bem melhor do que se apresenta.

6.3 As normas nacionais aplicáveis às capturas incidentais de pequenos cetáceos (toninha e boto-cinza) e de tartarugas marinhas

PORTARIA Nº 444/2014, MMA DE 18/12/2014

Art. 1º Reconhecer como espécies da fauna brasileira ameaçadas de extinção aquelas constantes da "Lista Nacional Oficial de Espécies da Fauna Ameaçadas de Extinção" - Lista, conforme Anexo I da presente Portaria, em observância aos arts.6º e 7º, da Portaria nº 43, de 31 de janeiro de 2014.

§ 1º A presente portaria trata de **mamíferos**, aves, **répteis**, anfíbios e invertebrados terrestres e indica o grau de risco de extinção de cada espécie. [...]

Art. 2º As espécies constantes da Lista, conforme Anexo I, classificadas nas categorias **Extintas na Natureza (EW)**, **Criticamente em Perigo (CR)**, **Em Perigo (EN)** e **Vulnerável (VU)** ficam protegidas de modo integral, incluindo, entre outras medidas, a proibição de captura, transporte, armazenamento, guarda, manejo, beneficiamento e comercialização. [...]

Art. 6º A não observância desta Portaria constitui infração sujeita às penalidades previstas nas Leis nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967, e **9.605, de 12 de fevereiro de 1998, sem prejuízo dos dispositivos previstos no Código Penal e demais leis vigentes, com as penalidades nelas consideradas.** (Negrito nosso; não citamos as espécies desse estudo constantes no Anexo I, com vistas à concisão).

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPA/MMA Nº 10, DE 10 DE JUNHO DE 2011, alterada pela IN MPA nº 14 2014, IN MPA/MMA nº 01/2015.

[...]

Art. 1º Aprovar as normas gerais e a organização do sistema de permissionamento de embarcações de pesca para acesso e uso sustentável dos recursos pesqueiros, com definição das modalidades de pesca, espécies a capturar e áreas de operação permitidas. [...]

Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa entende-se por: [...]

XVII - Fauna Acompanhante Previsível: conjunto de espécies passíveis de comercialização, capturadas naturalmente durante a pesca da(s) Espécie(s) Alvo, as quais coexistem na mesma área de ocorrência, substrato ou profundidade, cuja captura não pode ser evitada, observado o ordenamento definido em norma específica;

XVIII - Espécies de Captura Incidental: conjunto de espécies não passíveis de comercialização, capturadas incidentalmente durante a pesca da(s) Espécie(s) Alvo, as quais coexistem na mesma área de ocorrência, substrato ou profundidade, cuja captura deve ser evitada por estarem protegidas por legislações específicas ou Acordos Internacionais, as quais, quando capturadas, devem ser liberadas vivas ou descartadas na área de pesca ou desembarcadas para fins de pesquisa quando autorizadas em norma específica e sua ocorrência registrada nos Mapas de Bordo; [...]

INSTRUÇÃO NORMATIVA MMA Nº 31, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2004

[...]

Art. 1º Alterar as especificações técnicas do Dispositivo de Escape para Tartarugas, denominado TED.

Art. 2º Fica obrigatório o uso de TED, incorporado às redes de arrasto utilizadas pelas embarcações permissionadas para a pesca de camarões, no litoral brasileiro, independentemente da espécie a capturar.

Parágrafo único. Ficam isentas desta obrigatoriedade as embarcações camaroneiras com comprimento até onze metros, bem como aquelas cujas redes de pesca sejam recolhidas exclusivamente por meio manual. [...]

Art. 5º Aos infratores da presente Instrução Normativa serão aplicadas as sanções e penalidades, respectivamente, previstas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e no Decreto-Lei nº 3.179, de 22 de setembro de 1999. [...]

PORTARIA INTERMINISTERIAL NO 74, DE 1º DE NOVEMBRO DE 2017

Estabelece medidas mitigadoras para redução da captura incidental e da mortalidade de tartarugas marinhas por embarcações pesqueiras que operam na modalidade espinhel horizontal de superfície, no mar territorial brasileiro, na Zona Econômica Exclusiva ZEE brasileira e águas internacionais.

[...]

Art. 2º Torna-se obrigatória a utilização de anzóis circulares pelas embarcações nacionais e pelas embarcações estrangeiras arrendadas que operam no mar territorial brasileiro, na ZEE e em águas internacionais, nas seguintes modalidades, previstas no Anexo I da Instrução Normativa Interministerial MPA/MMA no 10, de 10 de junho de 2011:

I - espinhel horizontal (superfície), cujas espécies-alvo são a Albacora laje (*Thunnus albacares*), Albacora branca (*Thunnus alalunga*) e Albacora bandolim (*Thunnus obesus*);

II - espinhel horizontal (superfície), cuja espécie-alvo é o Espadarte (*Xiphias gladius*). [...]

Art. 3º Todas as embarcações de pesca que operam na modalidade de espinhel horizontal de superfície, conforme previsto no Anexo I da Instrução Normativa Interministerial MPA/MMA no 10, de 10 de junho de 2011, ou nos atos que vierem a substituí-la, ficam obrigadas a dispor a bordo, desde o porto de origem até o porto de destino e nas operações de pesca, dos seguintes equipamentos e petrechos mitigadores para reduzir a mortalidade de tartarugas marinhas capturadas incidentalmente:

I - desenganchador de anzol;

II - cortador de linha;

III - cortador de anzol; e

IV - puça ou sarico. [...]

Art. 8o O descumprimento do disposto nesta Portaria ensejará a aplicação das sanções cominadas na Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e no Decreto no 6.514, de 22 de julho de 2008. [...]

INSTRUÇÃO NORMATIVA INTERMINISTERIAL MPA/MMA Nº 12, DE 22 DE AGOSTO DE 2012

Dispõe sobre critérios e padrões para o ordenamento da pesca praticada com o emprego de redes de emalhe nas águas jurisdicionais brasileiras das regiões Sudeste e Sul. [...]

Art. 1º Estabelecer critérios e padrões para o ordenamento da pesca praticada com o emprego de redes de emalhe nas águas jurisdicionais brasileiras das regiões Sudeste e Sul, do Estado do Espírito Santo ao Estado do Rio Grande do Sul. [...]

Art. 23. Aos infratores da presente Instrução Normativa Interministerial serão aplicadas as penalidades e as sanções previstas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e no Decreto nº 6.514, de 26 de julho de 2008. [...]

6.4 O dano ambiental caracterizado como resultado da captura incidental da fauna marinha ameaçada de extinção nas artes de pesca

6.4.1 As justificativas sobre a escolha da fauna marinha “carismática” como foco do estudo

Primeiramente, cabe lembrar que já esclarecemos na parte introdutória que os objetivos buscados nesse estudo focam na análise da responsabilidade civil do Estado relativamente às capturas incidentais da fauna marinha ameaçada de extinção e protegida por normas legais, decorrentes das interações da referida “fauna carismática” com os diversos tipos de artes de pesca.

A escolha por esses animais ao invés de outros – como por exemplo, as várias espécies de peixes que são impactadas pela sobrepesca, muito embora trata-se igualmente de questão importantíssima e correlacionada, de âmbitos nacional e internacional –, se deve em razão do risco acentuado de extinção de tais espécies. Essa problemática necessita de políticas públicas concretas e eficientes, que envolvam todos os setores da sociedade. A fauna protegida tem algumas características biológicas peculiares, que repercutem nos ecossistemas envolvidos.

Um indicativo da relevância de proteger-se algumas espécies é a existência de normas nacionais específicas e de tratados, convenções etc. internacionais, cuidando da matéria. São exemplos a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna

Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES), Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas (CIT), e Convenção sobre Espécies Migratórias de Animais Selvagens (CMS ou Convenção de Bonn), entre outras.

Os golfinhos (pequenos cetáceos), por exemplo, geralmente ocupam o topo da cadeia alimentar, e são considerados espécies-chave no ecossistema a que pertencem, sendo que, o desaparecimento dessas espécies, compromete toda a cadeia, num efeito cascata chamado pelos ecólogos de cascata trófica. Segundo o Plano de Ação Nacional para a Conservação do Pequeno Cetáceo – Toninha (2010), publicado pelo ICMBio/MMA, as fêmeas dessa espécie dão à luz somente a um filhote, a cada um ou dois anos, sendo que o período de gestação dura em torno de onze meses. Nesse documento, item “1.9 Potencial para crescimento populacional”, página 22, lê-se ainda:

Apesar das variações regionais nos parâmetros vitais (taxa de sobrevivência, fecundidade, estimativa de abundância) e as incertezas associadas a suas estimativas, **a Toninha, em geral, apresenta um baixo potencial para crescimento populacional anual, o qual varia de aproximadamente 0.2% para a FMA II a 3.4% para a FMA I. Na FMA III essa taxa foi de 2.1%** (Secchi, 2004). Estes valores estão próximos àqueles encontrados para pequenos cetáceos em outras regiões do mundo e **indicam que a espécie tem uma baixa capacidade para repor a parcela da população removida pelas capturas acidentais em redes de pesca** ou outra fonte de mortalidade não natural. (Negrito nosso).

Quanto ao boto-cinza, consta no Plano de Ação Nacional para a Conservação dos Mamíferos Aquáticos – Pequenos Cetáceos de 2011 (anterior), que a distribuição costeira dessa espécie a torna extremamente vulnerável às redes de pesca, resultando em capturas incidentais em diversas localidades ao longo do litoral do Brasil.

No caso das tartarugas marinhas, a importância dessas espécies nos ecossistemas marinhos guarda relação com a longevidade de vida desses animais e as baixas taxas de sobrevivência dos filhotes e, é por isso que a perda de um indivíduo é considerada um fato mais grave do que se comparado com a de outras espécies. Em síntese, as tartarugas marinhas não suportam retiradas constantes de indivíduos, sem que isso comprometa a existência de suas espécies. Sem contar que, as tartarugas marinhas, por exercerem um papel fundamental para os ecossistemas, representam o equilíbrio dos mares (SFORZA *et al.*, 2017).

Em que pesem tais fatos, as tartarugas marinhas estão globalmente ameaçadas de extinção devido às atividades antropogênicas persistentes no decorrer dos tempos. As intensas atividades antrópicas nas áreas costeiras têm sido um desafio à biota marinha, isso porque a

lista de ameaças aos animais marinhos é longa: sobrepesca, tráfego de embarcações, poluição sonora, contaminação química de resíduos domésticos, agrícolas e industriais, detritos marinhos, além dos múltiplos impactos causados pelos portos, dragas e exploração de petróleo e gás. A degradação ambiental é particularmente problemática para animais de vida longa, crescimento lento e com maturação sexual tardia, como é o caso dessas espécies. Essas ameaças normalmente aceleram o declínio populacional ou postergam a recuperação populacional, mesmo quando as ameaças são reduzidas (MUSICK, 1999; MAZARIS *et al.*, 2017 *apud* CANTOR *et al.*, 2020).

Além desses fatores de vulnerabilidade, as populações de tartarugas marinhas são também afetadas por outras ameaças que são convencionais à forma de vida dessas espécies, como por exemplo, as extensas migrações entre diferentes áreas, a fidelidade do local de desova das fêmeas e do fluxo gênico mediado pelos machos (PLOTKIN, 2003 *apud* CANTOR *et al.*, 2020). Globalmente, seis das sete espécies de tartarugas marinhas estão atualmente vulneráveis à extinção, ameaçadas ou criticamente ameaçadas (IUCN, 2019).

Assim, concluiu o trabalho:

As tartarugas marinhas são indicadores de qualidade ambiental (Domiciano *et al.*, 2017; Gaus *et al.*, 2019). Desenvolvendo informações de base sobre as espécies ameaçadas que são migratórias, ameaçadas e protegidas por várias leis nacionais e convenções internacionais, pois é uma prioridade internacional para a conservação. [...] **Tais espécies ameaçadas estão incluídas em planos de conservação nacional e internacional, mas eles dependem especificamente de ações em países em desenvolvimento que enfrentam muitas dificuldades de gestão e mitigação de impactos antropogênicos.** (Negrito nosso).

6.4.2 A caracterização do dano ambiental em si

As espécies da fauna brasileira ameaçadas constam em duas Portarias do Ministério do Meio Ambiente, as de números 444 e 445/2014. As espécies extintas e ameaçadas são classificadas em: a) Extintas na Natureza (EW); b) Criticamente em Perigo (CR); c) Em Perigo (EN); e d) Vulnerável (VU). **Neste trabalho focamos em dois grupos de espécies ameaçados de extinção que constam na referida Portaria nº 444/2014, do MMA. São os pequenos cetáceos, representados pelas duas únicas espécies ameaçadas de extinção no Brasil: a toninha e o boto-cinza, e as tartarugas marinhas, representadas pelas cinco espécies que ocorrem no Brasil, todas ameaçadas de extinção.**

Com o intuito de reprimir condutas danosas ao meio ambiente e, assim, protegê-lo para as presentes e futuras gerações, contou o Estado com o amparo e a força do disposto na Constituição Federal e demais normas legais nesse sentido, principalmente internacionais, criando a Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) que, em seu artigo 34, parágrafo único, faz a seguinte previsão:

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas. (Negrito nosso).

No entanto, entendimentos jurisprudenciais divergentes surgiram em razão da parte final do artigo 36, da referida lei, sobre ser aplicável ou não o citado dispositivo legal acima (Art. 34, parágrafo único, inciso I, da LCA) para o caso de captura de animais ameaçados de extinção, tendo em vista a ressalva contida na última parte daquele artigo, *in verbis*:

Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, **ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.** (Destacado nosso).

Sobre a referida controvérsia, Becker (2016) que, como procuradora da República e membro do Ministério Público Federal, se deparou várias vezes, elucida a discussão fazendo uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tendo como fundamento os princípios constitucionais norteadores do Direito Ambiental. Abaixo, os principais trechos do artigo, cujo embasamento contou com importantes decisões do Tribunal Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, que seguem:

1 Introdução

O art. 36 da Lei n. 9.605/1998 estabelece que,

para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, *ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais de fauna e da flora*. [Grifo nosso].

Acerca de mencionada ressalva, não há muitas referências. Passa a questão a relevar, contudo, à medida que a capitulação daquela conduta, pelo Ministério Público, no art. 34 do diploma legal citado, venha a sofrer, em alegada observância à parte final do art. 36, desclassificação judicial para o seu art. 29, § 4º, inciso I, cuja pena cominada é inferior àquela correspondente ao tipo do art. 34, parágrafo único, inciso I.

Esta, aliás, a situação experimentada nos autos de diversas ações penais que tramitaram perante a Justiça Federal da Subseção Judiciária de Rio Grande-RS, onde em certa época (2009/2010) proferidas decisões segundo as quais as espécies ameaçadas de extinção, por expressa disposição do art. 36 da Lei n. 9.605/1998, estariam fora da abrangência do tipo penal descrito no seu art. 34, porquanto o dispositivo citado, ao estabelecer o conceito legal de *pesca*, dele teria excluído expressamente a captura de espécies ameaçadas de extinção.

Tais casos foram objeto de recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público Federal perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Distribuídos entre suas Sétima e Oitava Turmas, a oposição inicial de orientações veio a se pacificar no sentido adotado pela Oitava Turma, em consonância com superveniente entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Decisiva para a adoção de um entendimento ou outro a compreensão do julgador quanto às regras de interpretação jurídica.

2 Fundamentos

A redação do dispositivo legal invocado não é, por certo, das mais felizes, de modo que, efetivamente, dá ensejo à compreensão excludente. Dúbia a redação, não é esta, também por certo, a única interpretação que dela se pode colher. São, portanto, outros os critérios – além da eventual primeira impressão que possa restar de sua leitura isolada – que devem nortear a extração do conteúdo da norma jurídica nele positivada.

Esses critérios devem atentar não apenas para a realidade dos fatos observados na vivência comunitária em que se dá a prática delituosa em comento, mas sobretudo para o fundamento normativo da sua criminalização (que diz com o relevo jurídico-criminal da conduta). Tudo a fim de evitar que se alcancem – tal como se deu nos casos mencionados – artificialismos conflitantes com a intenção material em que normativamente se funda aquela penalização, reconhecidos inclusive pelo Juízo em referência, ao admitir que o tratamento mais brando da extração de peixes sujeitos à extinção constitui evidente *contradição*.

O artificialismo, no caso, consiste na exclusão do ato de pesca, que tem o organismo aquático por excelência como seu objeto, de algumas espécies de organismos tais, em decorrência de seu *status* de conservação – critério que não guarda qualquer relação de pertinência com a exclusão operada.

Assim, a menos que se pretenda assumir que as normas protetivas do ambiente constituem efetivamente um *tapete de Penélope* – tecido durante o dia para satisfazer determinados interesses, mas desfeito secretamente durante a noite para satisfazer outros, a avocar, com isso, a natureza de um espetáculo, de uma representação, pois suas normas seriam aparentes e a sua fraqueza consentida, com o objetivo de possibilitar, ainda que temporariamente, a prossecução de interesses econômicos associados ao uso dos bens ambientais (OST, s/d) –, a

interpretação do disposto no mencionado art. 36 há de observar o destaque conferido, na esfera constitucional, à vedação das práticas que provoquem a extinção de espécies (art. 225, § 1º, inciso VII).

Se a utilização sustentável dos recursos naturais consiste em princípio constitucional impositivo conformador da ordem econômica (art. 170, inciso VI) e, como tal, princípio *normativo, retriz e operante*, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocamente conformadores – leis, atos normativos –, deve por isso ser interpretada segundo um princípio de *máxima efetividade* (CANOTILHO, 1998, p. 1040 e 1097).

Tal entendimento leva à obrigatória conclusão de que a ressalva constante na parte final do citado art. 36 tem em referência não o conceito legal de pesca, para dele excluir a pesca de espécies ameaçadas de extinção, mas sim *a suscetibilidade ou não de aproveitamento econômico* dos espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios. E isto em coerência sistemática com o conjunto das normas atinentes às espécies ameaçadas de extinção, precisamente para *reforçar a sua proteção*.

Note-se, a propósito, que, em conformidade com o art. 15, inciso II, alínea *q*, da Lei n. 9.605/1998, o cometimento de infração que atinja espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes, constitui circunstância que agrava a pena, não podendo, por isso, aceitar-se que, no mesmo diploma legal, outro dispositivo remeta a apenamento mais leve conduta que tenha essas espécies por objeto e que, exatamente por tê-lo, constitui crime.

Uma interpretação sistemática e constitucional da ressalva constante na parte final do art. 36 da Lei n. 9.605/1998 faz ver que esta consiste em destaque complementar à não suscetibilidade de aproveitamento econômico das espécies ameaçadas de extinção, cuja pesca – por essa exata razão – é proibida. Vale dizer, quer o mencionado art. 36 ressalvar que, ainda que do ponto de vista econômico as espécies ameaçadas de extinção apresentem interesse para o seu aproveitamento, *este não poderá ocorrer*.

Esta a razão, inclusive, por que não há qualquer percentual de pesca permitida de espécie ameaçada de extinção a título de *captura incidental*. Tal vedação total visa, precisamente, a *desestimular* a sua pesca e possibilitar o controle eficaz da proibição de sua captura e comércio, e determina, no caso de efetiva *captura incidental*, a sua devolução à água, ainda que já sem vida, uma vez que o referido controle importa também na vedação de seu desembarque.

Isso posto, não resta dúvida de que a conduta em questão subsume-se àquela tipificada no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/1998, que comina pena de detenção de um a três anos e/ou multa a quem “pesca espécies que devam ser preservadas”. Interpretação diversa estaria em *contradição com o fundamento normativo da especial proteção jurídica conferida às espécies ameaçadas de extinção, na medida em que lhe atribuiria apenamento mais brando, num caso que estímulo à captura, precisamente, das espécies cujo status de conservação é o mais frágil, tudo em flagrante violação à vedação constitucional às práticas que provoquem extinção de espécies*.

[...]

Isso significa que a interpretação jurídica passível de ser conferida ao disposto no citado art. 36 pode apenas ser uma que lhe confira *sentido jurídico*. E aquela que desclassifica a pesca de espécies ameaçadas de extinção do art. 34 para o 29 certamente está longe de possuí-lo, pois foge inteiramente à razoabilidade. De modo que, se uma simples *leitura* (carente, assim, de intenção jurídica) do

art. 36 da Lei n. 9.605/1998 autoriza aquela desclassificação, veda-a a assunção da intencionalidade jurídica em sua *interpretação* (que, como tal, não se reduz ou confunde com a mera leitura).

A não adoção dessa interpretação sistemática e constitucional do disposto no art. 36 da lei n. 9.605/1998 importa, necessariamente, no reconhecimento, inclusive incidental, da inconstitucionalidade – frente ao art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República – da expressão “ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais de fauna e da flora”, registrada na parte final do mencionado dispositivo legal.

3 Julgados

A apreciação de tais fundamentos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região gerou entendimentos inicialmente dissonantes. Sua Oitava Turma desde logo pacificou o entendimento de que a conduta em questão se subsumiria ao art. 34 da Lei n. 9.605/1998, sob o argumento de que o trecho “ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora” refere-se apenas à possibilidade de aproveitamento econômico de tais peixes, pois sua retirada da água é totalmente vedada. Entendimento diverso, restritivo da aplicabilidade do tipo em questão às hipóteses de pesca de espécies não ameaçadas de extinção, afrontaria o disposto no art. 225, § 1º, inciso I, da Constituição da República.

De acordo com o entendimento inicial da maioria da Sétima Turma daquele Tribunal, porém, seria vedada a utilização típica da conduta de pesca proibida em caso de espécie ameaçada de extinção por força da ressalva constante no citado art. 36. Embora reconhecendo que a pretensão do legislador seria certamente punir mais gravemente a conduta de apanha de peixes em extinção, segundo tal entendimento, isto dependeria de norma penal específica, como se dá no caso dos cetáceos (Lei n. 7.643/1987). Enquanto ausente lei penal específica, somente encontraria tipicidade penal a conduta de dano a espécime em extinção quando enquadrada no tipo penal do art. 29 da Lei Ambiental, pois “embora a genérica conduta de pesca tenha pena maior do que o socialmente mais gravoso crime de apanha de espécime ameaçada de extinção, não pode o magistrado criar norma penal mais gravosa por analogia, desconsiderando o exposto conteúdo normativo a fixar os limites do crime”.

Em voto divergente, porém, pontuava o desembargador federal Márcio Antônio Rocha que a desclassificação do delito para aquele previsto no art. 29, § 1º, III, c/c seu § 4º, I, da Lei n. 9.605/1998 não poderia prevalecer, pois por força do § 6º do mesmo art. 29, referidas disposições “não se aplicam aos atos de pesca”. Submetida a uma interpretação sistemática, a ressalva contida em seu art. 36 não importa na não subsunção das disposições do art. 34 à pesca, coleta, apanha etc., de espécimes da fauna ictiológica ameaçadas de extinção, mas visa a definir o núcleo típico do ato de pescar, esclarecendo que esse núcleo abrange todos os atos de captura ou conduta assemelhadas, de espécies suscetíveis ou não de aproveitamento econômico.

Também o desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, divergindo do entendimento majoritário daquela Turma, manifestou-se no sentido de que, embora a uma leitura superficial dos dispositivos em causa até se compreenda aquela exegese, o trecho “ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora” não possui o condão de restringir a aplicabilidade do art. 34 às hipóteses de pesca de seres aquáticos não ameaçados de extinção, sendo

[...] de rigor uma análise mais detida de tais normas, levando-se, sobretudo, em consideração que a interpretação legal não deve ser feita apenas de forma

literal, mas, também, tendo-se em mente princípios e regras sistemáticas. Somente dessa forma extrair-se-á o verdadeiro alcance do dispositivo.

Posteriormente, com a alteração de sua composição, a referida Turma passou a prover tais recursos à unanimidade. E, mais uma vez, foi decisiva a atenção do julgador aos critérios norteadores da interpretação jurídica. É o que expressamente se colhe do voto do desembargador federal Élcio Pinheiro de Castro:

O posicionamento empregado pelo julgador monocrático apresenta verdadeira contradição com nosso ordenamento jurídico, na medida em que aplica pena mais branda à pesca de espécies ameaçadas de extinção do que à captura das demais espécies, sendo evidente que esta não era a intenção do legislador ao redigir o art. 36 da LCA.

De tal sorte, considerando que o dispositivo em comento comporta mais de um entendimento, penso ser mais adequado adotar uma interpretação conforme os princípios e leis atinentes ao Direito Ambiental, sob pena de vermos textos legais vazios e destituídos de qualquer razoabilidade ou sentido prático.

De acordo com o mencionado desembargador federal, a ressalva feita ao final do art. 36 não consiste em uma exclusão, mas sim em um alerta: “Não está dito que as espécies ameaçadas de extinção estão suprimidas do conceito de pesca, mas apenas está se salientando a necessidade de resguardo dessa categoria no que diz respeito aos atos de pesca”. E cita, a propósito, a lição de Gomes (2011, p. 163-164) que, comungando do entendimento de que a redação do dispositivo em comento não é clara, atribui à ressalva nele contida – de aconselhável supressão – o sentido de advertir sobre a necessidade de se proibir a pesca de espécies ameaçadas de extinção, como uma diretriz dirigida à Administração Pública de que não seja autorizada a captura de pescado nessa condição, um alerta direto no sentido da sua preservação.

Para o referido julgador, é a interpretação que atribui à expressão *ressalvar* o sentido de *proteger, resguardar, pôr a salvo – incluindo*, assim, as espécies em extinção na definição de pesca – a que se mostra em harmonia com a Constituição Federal e com a sistemática da Lei n. 9.605/1998, que, esforçando-se em criminalizar condutas que possam desequilibrar a fauna aquática e arriscar a existência das espécies, apresentaria enorme contrassenso se não buscasse proteger justamente aquelas que estão na iminência de serem extintas.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela ministra Laurita Vaz, “valendo-se de uma interpretação lógico-sistemática dos dispositivos legais, e buscando um sentido mais consentâneo com a tutela de proteção aos bens jurídicos em questão”, fixou que a referida ressalva não exclui a pesca de espécies que devem ser protegidas, sob pena de serem extintas, do tipo legal inserido no inciso I do art. 34. “Essa norma tem caráter explicativo e visa definir o que vem a ser a atividade de pesca permitida, razão pela qual fez a ressalva aos espécimes ameaçados de extinção”, de modo que a conduta de pesca de espécies ameaçadas de extinção subsume-se ao tipo descrito no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/1998.

4 Conclusão

O exame dos julgados em questão não apenas revela que, de uma ressalva de insuspeita complexidade, inserida em dispositivo legal de redação dúbia, podem exsurgir entendimentos diametralmente opostos, como ressalta, sobretudo, a importância de manterem-se os operadores do direito atentos aos critérios que devem nortear a interpretação jurídica, a fim de se resguardarem contra resultados aos quais escape o próprio *sentido jurídico*.

Referências [...] (Sublinhado nosso).

Seguem duas ementas de decisões judiciais que integraram os fundamentos do artigo acima citado:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. PESCA E COMERCIALIZAÇÃO DE ESPÉCIES EM EXTINÇÃO. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E III, DA LEI 9.605/98. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 29, § 1º, III, DA LEI 9.605/98. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 36, PARTE FINAL, DA LEI AMBIENTAL. TUTELA DO MEIO AMBIENTE. ART. 225 DA CF. 1. Necessária interpretação sistemática do art. 36 da Lei n. 9.605/98 de acordo com os princípios que regem o direito ambiental e o sistema constitucional de tutela do meio ambiente. 2. A maior lesividade das condutas praticadas em face de espécies ameaçadas de extinção (raia-viola e cação-anjo) justificam a mais expressiva tutela penal desses bens jurídicos. Hipótese em que as condutas atribuídas aos réus encontram adequação típica no delito previsto no art. 34 da Lei n. 9.605/98 e não no art. 29 do mesmo diploma legal. Precedentes. **TRF da 4ª Região, Sétima Turma, RSE n. 5001499-70.2010.404.7101, relator p/ acórdão Artur César de Souza, un., j. em 7.5.2013.** (Negrito nosso).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA. ESPÉCIMES AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO. SUBSUNÇÃO TÍPICA. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N.º 9.605/98. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A conduta de pesca de espécies ameaçadas de extinção subsume-se ao tipo descrito no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei n.º 9.605/98.

2. Interpretando-se sistemática e logicamente os artigos que tratam da tutela à fauna aquática nessa Lei, conclui-se que o conceito de *pesca* previsto no art. 36, isto é, *‘todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora’*, não tem o condão de excluir a ilicitude da conduta. Com efeito, negar-se-ia vigência ao inciso I do parágrafo único do art. 34, acima referido, além de se punir mais severamente aquele que não realiza pesca de espécimes proibidas.

3. Não é possível desclassificar a conduta para o art. 29 da Lei dos Crimes Ambientais, uma vez que o objeto material dos autos foi expressamente afastado no § 6.º desse dispositivo, segundo o qual *‘[a]s disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca’*.

4. Recurso especial provido (Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial nº 1.262.965/RS (2011/0153363-3), Rel. Min. Laurita Vaz, un., j. em 19.11.2013, in DJe de 2 dez. 2013). (Negrito nosso).

Por seu turno, a cartilha elaborada pelo Ministério Público Federal – *Pesca Artesanal Legal - Pescador da Região Sul/Sudeste - Conheça seus Direitos e Deveres (2017)*, conceitua a pesca ilegal como:

toda pesca praticada em desacordo com o estabelecido nas leis ou nos regulamentos. Segundo nossa legislação, o desconhecimento da lei não pode servir de justificativa para seu descumprimento, de forma que é muito importante que todos os pescadores tenham pleno conhecimento de seus direitos e deveres. **Algumas formas de pesca ilegal são crimes previstos na Lei Federal nº 9.605/1998.** Outras constituem infração administrativa e sujeitam o pescador a multa e até mesmo à apreensão da embarcação ou dos petrechos de pesca. (Negrito nosso).

Da narrativa acima, vê-se que a legislação citada é aplicável às condutas comissivas de pesca do degradador principal (pescador e/ou responsável direto pela atividade pesqueira) e, muito embora em princípio a *captura incidental* ou, como também é chamada, a *captura acidental* não seja considerada crime, é dever de todo pescador evitar esse tipo de captura, principalmente, de espécies ameaçadas. Do acima citado art. 34, parágrafo único, da Lei de Crimes Ambientais, em seu inciso II, segunda parte, também é considerado crime ambiental a pesca “[...] *mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos*”. Daí, constata-se que, comete crime ambiental o pescador que descumpre acerca de tamanhos/comprimentos exigidos de redes, e/ou se utiliza de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos ultrapassados, deixando de fazer uso de novos instrumentos/ferramentas de pesca exigidos pelas normas vigentes que regulam as artes de pesca no país, inclusive, algumas preveem mecanismos/equipamentos de mitigação de capturas incidentais.

Por outro lado, no que tange ao Estado e à responsabilidade respectiva, a Lei nº 11.959/2009, de 29 de junho de 2009, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca (Lei da Pesca), no Capítulo III, Seção I, prevê poderes-deveres ao Poder Público, na forma de competência para atuação, conforme segue:

CAPÍTULO III

DA SUSTENTABILIDADE DO USO DOS RECURSOS PESQUEIROS E DA ATIVIDADE DE PESCA

Seção I

Da Sustentabilidade do Uso dos Recursos Pesqueiros

Art. 3º Compete ao poder público a regulamentação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Atividade Pesqueira, conciliando o equilíbrio entre o princípio da sustentabilidade dos recursos pesqueiros e a obtenção de melhores resultados econômicos e sociais, calculando, autorizando ou estabelecendo, em cada caso:

- I – os regimes de acesso;
- II – a captura total permissível;
- III – o esforço de pesca sustentável;
- IV – os períodos de defeso;

V – as temporadas de pesca;
 VI – os tamanhos de captura;
 VII – as áreas interditadas ou de reservas;

VIII – as artes, os aparelhos, os métodos e os sistemas de pesca e cultivo;

IX – a capacidade de suporte dos ambientes;

X – as necessárias ações de monitoramento, controle e fiscalização da atividade;

XI – a proteção de indivíduos em processo de reprodução ou recomposição de estoques.

[...] (Sublinhado nosso).

E, para exemplificar a atuação estatal na gestão ambiental, conforme lei acima, citamos a Portaria Interministerial nº 74, de 1º de novembro de 2017, dos Ministérios do Meio Ambiente e da Indústria e Comércio, estabelecendo medidas mitigadoras para a redução da captura incidental e da mortalidade de tartarugas marinhas por embarcações pesqueiras que operam na modalidade espinhel horizontal de superfície, no mar territorial brasileiro, na Zona Econômica Exclusiva – ZEE brasileira e em águas internacionais, nos termos seguintes:

Art. 2º Torna-se obrigatória a utilização de anzóis circulares [...].

Art. 3º Todas as embarcações de pesca [...] ficam obrigadas a dispor a bordo [...] dos seguintes equipamentos e petrechos mitigadores para reduzir a mortalidade de tartarugas marinhas capturadas incidentalmente:

I – desenganchador de anzol;

II – cortador de linha;

III – cortador de anzol; e

IV – puça ou sarico.

§ 1º Os equipamentos e petrechos elencados no *caput* deverão ser utilizados para embarque, retirada de anzóis, corte de linhas e anzóis e posterior soltura de todos os espécimes de tartarugas marinhas capturados incidentalmente. [...]

Art. 8º O descumprimento do disposto nesta Portaria ensejará a aplicação das sanções cominadas na Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e no Decreto no 6.514, de 22 de julho de 2008. [...] (Negrito nosso).

Como visto acima, o artigo 34, parágrafo único e seus incisos, da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), são também aplicáveis à fauna marinha ameaçada de extinção, cuja proteção se dá por normas jurídicas nacionais e internacionais.

Diante desse cenário, tem-se que, comete crime ambiental quem pescar/capturar intencionalmente qualquer animal marinho ameaçado de extinção. No entanto, resta evidenciar que, se a espécie tem proteção garantida por norma jurídica e/ou se há norma jurídica prevendo alguma forma de mitigação da captura nas artes de pesca e, em havendo o descumprimento de tal/tais norma(s), disso resultar na pesca/captura de animal ameaçado de extinção, não há mais que se falar de “captura incidental”, mas sim

de crime ambiental, pois que tal conduta mostra-se eivada de *dolo eventual* ou, ao menos, de *culpa consciente* e, conseqüentemente, deverá incidir na tipificação penal do art. 34, parágrafo único, incisos I e/ou II, da Lei nº 9.605/1998, independentemente de alegação pelo infrator de não ter tido a intenção de capturar o animal.

Abaixo seguem duas ementas do Tribunal de Justiça do Paraná, 2ª Câmara Criminal, entendendo pelo crime de perigo abstrato diante da utilização de petrechos proibidos na pesca, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIME. CRIME DE PESCA ILEGAL COM A UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS (ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI N.º 9605/98). ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO. DESCABIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PLEITO PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. RECURSO DESPROVIDO.1. O crime de pesca ilegal mediante o uso de petrechos proibidos é de perigo abstrato, sendo que, praticada a conduta, o prejuízo ao meio ambiente é presumido.2. O princípio da insignificância, via de regra, não é aplicado aos crimes ambientais, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é difuso, devendo ser protegido por todos. I. (TJPR - 2ª C. Criminal - AC - 1206980-2 - Ponta Grossa - Rel.: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida - Unânime - J. 11.12.2014). (Negrito nosso).

APELAÇÃO CRIME - CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE - CRIMES CONTRA A FAUNA (ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI Nº 9.605/98) - APELANTE FLAGRADO DESENVOLVENDO ATIVIDADE DE PESCA NO PERÍODO DO DEFESO COM PETRECHOS NÃO PERMITIDOS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - MATERIALIDADE E AUTORIA ESTREME DE DÚVIDAS - PROVAS SUFICIENTES A EMBASAR A CONDENAÇÃO - PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO - MEIO AMBIENTE SE TRATA DE UM DIREITO DIFUSO, DE UM BEM INDISPONÍVEL E DE UM DIREITO FUNDAMENTAL - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, QUE NÃO ESTÁ PREVISTO NA LEI PENAL BRASILEIRA, COLIDENTE COM OS PRINCÍPIOS REITORES DO MEIO AMBIENTE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA PREVENÇÃO - PRINCÍPIOS REITORES DO MEIO AMBIENTE COM GUARIDA NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 2ª C. Criminal - AC - 950876-7 - Uraí - Rel.: Juíza Fabiana Silveira Karam - Unânime - J. 20.03.2014). (Negrito nosso). Disponível em: <<https://consumidor.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=156>>. Acesso em: 18/8/2020.

O entendimento das referidas decisões do TJPR, 2ª Câmara Criminal, no sentido de configurar crime de perigo abstrato o uso de petrechos proibidos na pesca, é uma forma de caracterização do crime ambiental, isto é, da pesca ilegal. Em ambos os casos, de animal ameaçado de extinção ou não, há o descumprimento legal, seja na utilização de redes proibidas

e/ou falta de equipamentos de mitigação de capturas incidentais exigidos na pesca, ou no que concerne ao local e/ou época proibidos de pesca.

Em conformidade com as decisões acima, o STJ - Superior Tribunal de Justiça e o STF - Supremo Tribunal Federal, analisando um processo judicial em comum, se pronunciaram da seguinte forma (seguem abaixo alguns trechos, sendo que as íntegras das decisões constam em anexo):

Superior Tribunal de Justiça
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.493 - SC
(2017/0246103-4)
RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
 [...]
 DECISÃO

[...] Avaliando o caso em apreço, muito embora não haja sido apreendido nenhum pescado, percebo como nitidamente presente o desvalor significativo da conduta do agravante, haja vista **não apenas o local da atividade pesqueira – área de reserva biológica –, mas também a forma como foi praticado o delito (utilização de redes) se mostrarem potencialmente capazes de colocar em risco a reprodução das espécies da fauna local.**

A propósito, consignou o Tribunal de origem que **"a fixação de redes no substrato da baía representa risco a captura incidental da população de botos, animais estes considerados em extinção no Estado de Santa Catarina"** (fls. 55-56).

Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécimes apreendidas. [...]

Supremo Tribunal Federal
HABEAS CORPUS 160.362 SANTA CATARINA
RELATORA: MIN. ROSA WEBER
 [...]
 Vistos etc.

De todo modo, em caso análogo ao dos autos, esta Suprema Corte, no julgamento do RHC 125.566/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 26.10.2016, DJe 28.11.2016, além de consignar que o crime ambiental tipificado no art. 34 da Lei 9.605/1998 decorre do mandamento constitucional do art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, afastou a tese defensiva de insignificância em acórdão assim ementado:

“Recurso ordinário em habeas corpus. Pesca em período proibido. Crime ambiental tipificado no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/98. Proteção criminal decorrente de mandamento constitucional (CF, art. 225, § 3º). Interesse manifesto do estado na repreensão às condutas delituosas que venham a colocar em situação de risco o meio ambiente ou lhe causar danos. Pretendida aplicação da insignificância. Impossibilidade. Conduta revestida de intenso grau de reprovabilidade. Crime de perigo que se consuma com a simples colocação ou exposição do bem jurídico tutelado a perigo de dano. Entendimento doutrinário. Recurso não provido.

1. A proteção, em termos criminais, ao meio ambiente decorre de mandamento constitucional, conforme prescreve o § 3º do art. 225: “[a]s

condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

2. Em razão da sua relevância constitucional, é latente, portanto, o interesse do estado na repreensão às condutas delituosas que possam colocar o meio ambiente em situação de perigo ou lhe causar danos, consoante a Lei nº 9.605/98. [...]

4. A conduta praticada pode ser considerada como um crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade do dano. [...]

6. Nesse contexto, não há como afastar a tipicidade material da conduta, tendo em vista que a reprovabilidade que recai sobre ela está consubstanciada no fato de o recorrente ter pescado em período proibido utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático.

7. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.” [...]

Muito embora a responsabilidade civil ambiental independa da existência de culpa, o mesmo não ocorre com a responsabilidade penal ambiental, sendo imprescindível à caracterização do crime ambiental e, conseqüentemente, à imputação de sanção correspondente. Entretanto, a constatação trazida neste subitem tem o propósito de destacar a responsabilidade civil do Poder Público que, na condição de maior responsável pela proteção, defesa e conservação do meio ambiente, cabe normatizar, exigir, acompanhar, monitorar, fiscalizar, dentre outras funções, o cumprimento das normas de proteção ambiental criadas pelo próprio, sejam elas de proibição da pesca de espécies ameaçadas de extinção ou de prevenção dessa pesca com medidas e/ou mecanismos de mitigação.

Um exemplo de falha na atuação estatal é o caso do TED (dispositivo de exclusão de tartarugas ou dispositivo de escape para tartarugas), previsto na IN MMA 31/2004. Esse equipamento de pesca tem o objetivo de evitar ou, ao menos minimizar as *capturas incidentais* de tartarugas marinhas, todavia, ainda hoje o seu uso não foi devidamente implementado pelo Estado, sendo que, somente no ano passado (2019) é que iniciaram os testes com o dispositivo, isto é, aproximadamente 15 anos após a referida instrução normativa (o tempo seria bem maior se fôssemos considerar desde a primeira norma que exigiu o seu uso, a Portaria IBAMA nº 36/1994, revogada por outra portaria do IBAMA de nº 74/1996, que também tratou do uso do TED); isso sem considerar que a iniciativa partiu da FAO/ONU, por intermédio do projeto Manejo Sustentável da Fauna Acompanhante na Pesca de Arrasto na América Latina e Caribe (REBYC II – LAC), cujo objetivo é apoiar o desenvolvimento sustentável da pesca de arrasto de camarão, e as pessoas que dependem dessa atividade, assim como aprimorar o manejo da captura incidental. Percebe-se, também, da leitura de artigos científicos citados nesse trabalho, os quais tratam de capturas incidentais que, semelhante ineficiência do Poder Público ocorre com a oferta de treinamento aos pescadores com vistas ao adequado uso do referido mecanismo

(montagem, instalação e uso do TED) e, sem falar na pública e notória falta de (ou insuficiente) fiscalização governamental das atividades pesqueiras.

Mais um caso de ineficiência estatal (o Princípio da Eficiência está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 37) na gestão dos recursos pesqueiros se observa com relação à INI 12/2012 (e também antes dela), que regulamenta a pesca de emalhe nas regiões Sudeste e Sul do país. Como mostram vários estudos colacionados, o emalhe é a arte de pesca que mais facilita a captura e morte de imensa quantidade de pequenos cetáceos no mundo todo, inclusive aqui no Brasil. Como veremos abaixo em alguns trechos da Ação Civil Pública nº 5002734-04.2012.4.04.7101/RS, o país, antes da publicação da citada INI 12/2012, passou por uma verdadeira “*tragédia dos comuns*” (expressão originária de um ensaio escrito pelo matemático e economista William Forster Lloyd sobre posse comunal da terra em aldeias medievais, que foi popularizada pelo ecologista Garrett Hardin no ensaio “*The Tragedy of the Commons*”, publicado em 1968 na revista *Science* para, em suma, mostrar o comportamento individualista do ser humano diante dos recursos naturais coletivos que, por ter acesso livre aos mesmos, se excede em seu uso buscando benefícios próprios e/ou dos seus, em detrimento dos demais, que também possuem o mesmo direito, WIKIPÉDIA, 2020). E, muito embora a existência da referida norma regulamentadora, na prática, a situação não chegou a mudar substancialmente, pois, mesmo tendo estabelecido limites de tamanhos/comprimentos para as redes e outras regras mais (sem prever, contudo, qualquer forma direta de mitigação da captura incidental da fauna marinha ameaçada de extinção), o monitoramento e a fiscalização indispensáveis ao devido cumprimento do novo ordenamento de pesca de emalhe, não foram suficientes para reduzir significativamente as capturas incidentais decorrentes da referida arte de pesca nas regiões abrangidas pela instrução e, infelizmente, continuam acontecendo.

Diante da conjuntura exposta, vê-se a caracterização do dano ambiental a cada captura de espécime ameaçado de extinção e, em qualquer situação que aconteça, seja de forma intencional ou em razão de descumprimento de norma regulamentadora protetiva, que busque evitar a captura incidental (muitas vezes chamada de acidental, acessória, secundária, colateral etc., porém, em que pese terem ou não significados distintos, não faz parte dos objetivos dessa pesquisa definir a expressão correta ou mais acertada, mas sim tratar da problemática da captura indevida de espécies ameaçadas de extinção nas diversas artes de pesca).

Como exemplo de responsabilização civil estatal por gestão omissa relativa à pesca nacional de emalhe nas regiões Sudeste-Sul, trazemos a Ação Civil Pública - ACP nº 5002734-04.2012.4.04.7101/RS, movida pelo Ministério Público Federal em desfavor do Sindicato das Indústrias da Pesca de Itajaí e Região - SINDIPI, Sindicato dos Armadores de Pesca do Rio

Grande do Sul - SINDARPES, União Federal e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), objetivando a condenação dos demandados, solidariamente, na indenização por danos ambientais decorrentes da pesca de emalhe industrial costeiro, na região Sudeste-Sul, realizada pelos associados dos Sindicatos réus sem qualquer limite de esforço. Sendo que, foram incluídos os dois últimos demandados (União Federal e IBAMA), em razão de condutas omissivas na gestão da referida arte de pesca, conforme informações esclarecedoras extraídas da sentença proferida pelo Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Rio Grande/RS (alguns trechos), seguem *in verbis*:

II) Fundamentação [...]

- Mérito [...]

- Da existência do dano ambiental

Cumpra examinar, no ponto, se o desempenho da atividade de pesca de emalhe industrial sem qualquer regulamentação ou limite de esforço, no período acima delineado, causou ou não dano ambiental passível de indenização.

Para essa finalidade, oportuno, inicialmente, transcrever trechos do relatório final do GTT Emalhe (evento 1 - RELT8), o qual, gize-se, foi constituído a partir de iniciativa do próprio Poder Público (sem grifo):

No Brasil, o uso de redes de emalhar é amplamente difundido ao longo de toda costa. Informações do Registro Geral da Atividade Pesqueira – RGP indicam o registro de aproximadamente 28.000 embarcações que operam com redes de emalhar. (...)

A figura 01 ilustra, de forma esquemática, o processo de desenvolvimento de uma pescaria, na modalidade emalhe, apontando a sucessão de cenários, quando ocorre queda nos rendimentos. Num primeiro momento, este fato conduz a utilização de redes maiores (crescimento), o que tem continuidade com a diminuição da produtividade, com o passar do tempo (exploração e sobre-exploração). Posteriormente, a pescaria passa a ter maior duração (exploração e sobre-exploração) e, em último caso, a redução no tamanho dos peixes e das malhas (exploração e sobre-exploração).

A figura descrita acima retrata adequadamente o que vem ocorrendo com as pescarias de emalhe na costa brasileira, especialmente em decorrência da falta de respeito ou da inadequada aplicação da legislação definida, ou ainda, da insuficiência das regras atualmente estabelecidas. Situação que levou às várias crises anteriormente relatadas e remeteu a instituição dos distintos grupos de trabalhos, inclusive o que elabora o presente relatório. (Parágrafo com negrito nosso).

*Em realidade, o uso das redes de emalhe nas diferentes escalas, sob a ótica do impacto que promove nos ambientes em que ocorre é elevado, afetando as inúmeras populações de organismos aquáticos que os habitam, **principalmente as espécies mais vulneráveis em termos de capacidade de renovação populacional, podendo gerar problemas de conservação, inclusive extinção.** Logo, efetivas ações de controle são requeridas para evitar que se agrave o quadro que será abordado a seguir. (Parágrafo com negrito nosso).*

(...)

Todas as espécies de elasmobrânquios capturadas por essas pescarias de emalhe no Sudeste e Sul exibem claros sintomas de colapso, especialmente, a partir de 2007, o que pode ser associado ao crescente esforço de pesca, tanto em número de barcos atuantes, como pelo incremento do tamanho das redes empregadas nessa modalidade, conforme já abordado (veja itens a.4 e D.3).

A situação anterior é, ainda, agravada se for considerado que a pesca de emalhe dos estados ainda impacta outras espécies ameaçadas, **como as tartarugas e os pequenos mamíferos**, conforme analisadas nos itens D.1, D.2 e D.3. [...] (Parágrafo com negrito nosso).

Já os estudos de monitoramento realizados com as pescarias costeiras apontam uma menor diversidade de espécies envolvidas se comparada com a pesca oceânica, porém, **possuem uma elevada taxa de indivíduos capturados, com destaque para as duas espécies mais capturadas no litoral brasileiro, a toninha (Pontoporia blainvillei) e o boto-cinza (Sotalia guianensis)**. (Parágrafo com negrito nosso).

Dentre as espécies envolvidas nesta questão, a toninha merece destaque em função do seu crítico estado de conservação, claramente evidenciado pelos diversos estudos de longo prazo desenvolvidos desde a década de 1980. A toninha é provavelmente o pequeno cetáceo mais ameaçado no Atlântico sul ocidental, em razão das altas taxas de mortalidade incidental em redes de pesca ao longo de sua distribuição. Recentemente, estimou-se uma mortalidade anual de mais de 700 toninhas para o litoral do Rio Grande do Sul e as análises de viabilidade populacional sugerem que as populações que habitam as águas costeiras do Sudeste e Sul do Brasil são as que apresentam o maior risco de colapso. (Parágrafo com negrito nosso).

No Brasil, a maior preocupação está relacionada à frota industrial de pesca de emalhe de fundo, direcionada para a pesca da corvina.

[...]

- Os fatos anteriormente arrolados levaram a uma demanda geral de todos os que acompanham ou realizam a pesca de emalhe no Brasil por medidas urgentes no tocante a definição de regras gerais e específicas para essa pecaria, sob pena de futuro incerto e, mesmo, inviabilidade econômica e social da atividade.

Ainda na sentença, faz o MM. Juiz Federal a seguinte ponderação:

Com efeito, se mesmo na vigência dos atos normativos que limitavam o comprimento das redes de emalhe e de alguma maneira regravava a altura máxima e a profundidade mínima de utilização daquele petrecho (Portaria nº 121-N/98 e Instrução Normativa nº 166/2007), o quadro era extremamente preocupante, fazendo que os alvos da pesca ficassem plenamente explorados ou sobrepescados, não é preciso maior esforço de raciocínio para concluir que a completa ausência de limitação do esforço de pesca causou dano ambiental significativo, pela presumível potencialização do poder de pesca das frotas da região, decorrente da ausência completa de limite para o desempenho da atividade. [...] (Negrito nosso).

Nesse particular, esclarecedor o fator de correção apurado pelo pesquisador depoente, *Jonatas*, segundo o qual a probabilidade de uma toninha chegar à

praia após ser capturada na pesca da corvina é de aproximadamente 11% (onze por cento), número este que aponta, segundo dados trazidos ao feito, para uma mortalidade estimada de 2.700 (dois mil e setecentos) e 1.300 (um mil e trezentos) indivíduos nos anos de 2009 e 2010, respectivamente.

Especificamente sobre a mortalidade da fauna marinha observada a partir do início da safra da corvina, o Oceanógrafo *Luiz Roberto Louzada Júnior*, Chefe do Escritório Regional do IBAMA em Rio Grande, no Ofício nº 040/2012-ESREG, de 12.01.2012 (evento 1, RELT3, página 14), asseverou ser *altamente perceptível o aumento no número de animais marinhos visualizados mortos na praia (principalmente tartarugas marinhas e toninhas) no período de primavera e verão, provavelmente devido a sobreposição com áreas de pesca da frota artesanal e industrial.*

Em outro trecho do mesmo ofício, o referido profissional afirma que *Atualmente não existe regulamentação para os petrechos de pesca, método de Emalhe, conforme Port. IBAMA nº 25/2010...sendo que A ausência de limitação para o comprimento e altura da rede, bem como de dispositivo que proíba a pesca próximo à linha de costa (...) pode estar influenciando diretamente no aumento de incidência de animais mortos na zona costeira. [...]*

De todo cenário fático acima delineado, evidencia-se com clareza solar o dano ambiental consistente no sobreesforço de pesca de emalhe industrial costeiro na região Sudeste-Sul incidente sobre as espécies-alvo que já se encontram sobreexplotadas, **ocasionando significativo aumento do número de indivíduos da fauna marinha (cetáceos e tartarugas marinhas ameaçadas de extinção) mortos por este tipo de pescaria, na condição de espécies acompanhantes das espécies-alvo.** (Negrito nosso).

Como se constata nos documentos acima elencados, dentre eles portarias, instruções normativas, leis, decisões judiciais e um artigo científico, ficou bem caracterizada a relação existente entre a má gestão ambiental por parte do Poder Público e a concretização de danos ambientais resultantes de capturas incidentais de espécies ameaçadas de extinção, nas várias artes de pesca, culminando, assim, na responsabilização civil estatal.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DO DANO AMBIENTAL RELATIVO À PROBLEMÁTICA DA *CAPTURA INCIDENTAL* NAS ARTES DE PESCA

7.1 A responsabilidade civil – noções gerais

Na visão de Diniz (2010 *apud* GUIMARÃES, 2015) a responsabilidade civil encontra no art. 186 do Código Civil o seu principal regramento, *in verbis*: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Como se constata da leitura, a referida norma traz a necessidade da subjetividade, ou seja, da ação ou omissão do autor do dano ser permeada pela culpa ou pelo dolo.

“No Direito comum, o princípio clássico que caracteriza a responsabilidade extracontratual é o da responsabilidade subjetiva ou aquiliana, fundada na culpa ou no dolo do agente causador do dano” (MILARÉ, 2018, p. 430).

Diniz (2008 *apud* MILARÉ, 2018, p. 431), esclarece:

O comportamento do infrator será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, entender-se que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito, para fins de responsabilidade civil, qualifica-se pela *culpa*. Não havendo culpa, não há, *em regra*, qualquer responsabilidade reparatória.

Guimarães (2015), por sua vez, esclarece que, em razão da necessidade de proteger o patrimônio material e moral dos cidadãos contra atos lesivos vindos de terceiros, o Direito gradativamente tem desenvolvido figuras e teorias no sentido de impedir o desequilíbrio das relações jurídicas, buscando, assim, na medida do possível, reconstituir o estado anterior ao dano – *status quo ante*. A mesma autora prossegue dizendo que, perfaz a base da Responsabilidade Civil a noção de que cada ato gera uma consequência pelos danos que dele decorrem, o que geralmente traduz-se na obrigação de indenizar, buscando, desta forma, restabelecer relações jurídicas de cunho patrimonial ou moral que tenham sido violadas.

Por outro lado, e como exceção à regra acima da responsabilidade subjetiva, o parágrafo único do artigo 927, do mesmo diploma legal, dá lugar à responsabilidade objetiva em duas

situações, ou melhor, quando a responsabilidade independe de culpa ou dolo. Conforme se constata no dispositivo abaixo do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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. (Negrito nosso).

Athias (1993 *apud* MILARÉ, 2018, p. 431), explana o seguinte:

A expansão das atividades econômicas da chamada sociedade de risco – marcada pelo consumo de massa e pela desenfreada utilização dos recursos naturais – haveria de exigir um tratamento da matéria com o viés de um novo Direito, e não pelos limites da ótica privada tradicional.

Milaré (2018, p. 431-432), prossegue da seguinte forma:

Nessa linha, como que atendendo a esse clamor, avançou o Código Civil Brasileiro, que, em tema de responsabilidade civil, concebeu-a não mais apenas no elemento subjetivo da culpa, mas, também, no da objetividade, “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”. [...] É a teoria do risco, fincada num sistema aberto, que entende a responsabilidade como decorrente do próprio fato emanado do risco da atividade desenvolvida, sem qualquer perquirição quanto a eventual negligência ou imprudência do seu explorador. Ao assim dispor, o diploma da cidadania reconheceu campo próprio de incidência à teoria objetiva de responsabilidade civil, segundo o cânone da *teoria do risco criado*, que se fundamenta no princípio segundo o qual se alguém introduz na sociedade uma situação de risco para terceiros deve responder pelos danos advinentes, uma vez comprovado o seu liame com a atividade, mesmo lícita, do agente.

Conceituando a Responsabilidade Civil, Meirelles (2005) entende que, preliminarmente, essa se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização. E, como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir, sem, contudo, se confundir.

Não obstante os referidos dispositivos legais estarem contidos no Código Civil de 2002, a Responsabilidade Civil não se limita à esfera privada. Por isso, as pessoas jurídicas de direito público, assim como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, não estão imunes ao erro e à prática de condutas danosas e, portanto, sujeitas à responsabilização por atos ilícitos (GUIMARÃES, 2015).

7.2 A responsabilidade civil do Estado

Lembra Santos (2017) que, na época em que o Estado se confundia com a figura do governante, no caso, o soberano, prevalecia a ideia da irresponsabilidade estatal. Era o período dos regimes absolutistas, que se baseavam na convicção de que não era possível ao Estado, representado pelo rei, cometer erros. Tese esta conhecida como “*the king can do no wrong*”. Todavia, esclarece o autor que, no Brasil, a teoria da irresponsabilidade do Estado jamais foi acolhida.

Superada a teoria da irresponsabilidade estatal, continua Santos (2017), passou-se a adotar a doutrina civilista da culpa. E, citando Di Pietro, esclarece que a doutrina civilista serviu de inspiração ao artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, consagrando a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

Com a Constituição de 1946, o Brasil assumiu uma postura mais publicista com relação à responsabilidade do Estado, chegando-se, então, à “teoria do risco administrativo”, consoante o mesmo autor.

Conforme Meirelles (2016 *apud* SANTOS, 2017), a teoria do risco abrange duas modalidades, como sendo o risco administrativo e o risco integral. Sendo que, a diferença principal entre as duas formas, é que na primeira admite-se causas excludentes de responsabilidade, já na segunda, não. Assim, força maior, caso fortuito, culpa de terceiro e culpa exclusiva da vítima, podem ser alegados no primeiro caso, o que não pode ocorrer no segundo.

Na sequência, traz Santos (2017) que, com o advento da Constituição de 1988 (vigente atualmente), a responsabilidade civil, tanto do Estado quanto da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, ficou definida como objetiva em relação a terceiros. E, de acordo com o mesmo autor, a força maior e a culpa exclusiva da vítima podem figurar como excludentes de responsabilidade do Estado, quando o nexo causal entre a atividade administrativa e o dano não ficar comprovado.

Ainda, no tocante ao conceito, para Meirelles (2005, p. 629 *apud* GUIMARÃES, 2015), “a Responsabilidade Civil da Administração Pública é a que impõe à Fazenda a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal”.

Já Mello (2004, p. 876 *apud* GUIMARÃES, 2015) conceitua como “a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, cuja obrigação lhe incumbe reparar economicamente os

danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Com amparo nestes ensinamentos, entende Guimarães (2015) que, começam a ser desenhados os pilares da Responsabilidade Civil dos entes públicos. Informando que, embora com algumas poucas variações doutrinárias, podem ser considerados elementos aptos a deflagrar a Responsabilidade Civil do Poder Público os seguintes pressupostos: i) o dano material ou moral sofrido por terceiros; ii) a conduta lesiva atribuída ao Estado; iii) o nexo causal entre o dano e a conduta estatal e, por fim, iv) a infração de um dever jurídico, capaz de revelar a antijuridicidade do ato estatal danoso.

Corroborando o parágrafo anterior, Braga Netto (2019, p. 17-18), escreve:

Talvez seja o momento de sistematizar as diretrizes atuais da responsabilidade civil do Estado, à luz não só da jurisprudência formada nas últimas décadas, mas sobretudo levando em conta as novas dimensões de análise que redefinem o perfil da experiência jurídica de nossos dias.

E, prossegue:

Não temos no Brasil uma lei que trate do tema com generalidade. A responsabilidade civil do Estado navega, através dos séculos, mais nas águas da jurisprudência (e da doutrina) do que propriamente da lei. Nesse contexto, Barbosa Moreira lembra que há temas, como a responsabilidade civil do Estado e o abuso de direito, em que os avanços não vieram da lei nem da doutrina, mas da jurisprudência. Talvez não seja exagero afirmar que uma nova responsabilidade civil está sendo criada, talvez seja o momento de sistematizar as diretrizes atuais da matéria, à luz da jurisprudência formada nos últimos anos.

Antes de adentrarmos no assunto, cabe citar o entendimento de Cahali (2007, p. 13 *apud* ARAÚJO, 2011) que diz: “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”. No entanto, é pertinente lembrar que, embora o Estado responda tal como o particular, existe uma peculiaridade que não pode ser ignorada, isto é, se por um lado existe a obrigação do Estado em reparar um dano que tenha cometido, assim como ocorre com o particular, por outro, há o interesse público preexistente, ou melhor, são os cofres públicos que deverão arcar com os custos do ressarcimento.

Nessa linha, Justen Filho (2006, p. 226 *apud* GUIMARÃES, 2015), considera a Responsabilidade Civil do Estado como “o dever de reconhecer a supremacia da sociedade e a

natureza instrumental do aparato estatal”. Assim, tem-se como certo que a figura do Estado existe, principalmente, para representar os interesses do povo, todavia, muitas vezes resultam em interesses conflitantes, pois quem deve responder pelo evento danoso, também se apresenta como a vítima do dano.

Não obstante tal consideração, vem na direção da responsabilização do Estado, inclusive, normatizando-a, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 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.

Observa-se no dispositivo legal acima, segundo Araújo (2011), que o ordenamento jurídico brasileiro agasalhou a teoria da responsabilidade objetiva do estado relativamente aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. E, prossegue dizendo que, para essa teoria, basta que se comprove o dano e a conduta do agente, não importando a existência de culpa, ou seja, não se exige o comportamento culposo do funcionário, basta que haja o dano causado por agente do serviço público, agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar. Esse argumento baseia-se na teoria do risco, na qual, toda pessoa que exerce alguma atividade, cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa (ARAÚJO, 2011).

Como visto acima, nem sempre foi assim. O Direito passou por uma evolução histórica que envolveu muitas lutas e teorias, até que se atingisse esse atual estágio constitucional (GUIMARÃES, 2015).

Por fim, importante diferenciar os principais regimes ou tipos de responsabilidade civil do Estado, que são dois, ou seja, a **Responsabilidade Subjetiva do Estado** – cuja ocorrência depende da existência de culpa em sentido *lato* (dolo ou culpa), isto é, a Administração Pública só responderá se houver incorrido em dolo ou culpa, podendo arguir excludentes e atenuantes de responsabilidade, e a **Responsabilidade Objetiva do Estado** – que ocorre independentemente de culpa em sentido *lato* (dolo ou culpa), isto é, a Administração Pública responderá independentemente de dolo ou culpa. E, dependendo da teoria da responsabilidade aplicada/modalidade de risco, não caberá a arguição de excludentes e atenuantes de

responsabilidade, bastando à vítima apenas provar o dano, a conduta omissiva ou comissiva e o nexo de causalidade entre os primeiros.

Oportuno lembrar que, o primeiro diploma legal a adotar a responsabilidade objetiva foi o Decreto nº 2.681/1912, em seu artigo 26, *in verbis*: “As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais”.

7.2.1 A responsabilidade civil do Estado por omissão – correntes

Santos (2017) elucida acerca das correntes que fundamentam a responsabilidade civil do Estado por omissão, analisando sob a perspectiva da doutrina e da jurisprudência. Salienta a controvérsia que existe entre elas, bem como traz algumas decisões do STJ e STF que remetem à responsabilidade objetiva e, outras, à responsabilidade subjetiva.

Na primeira corrente, a responsabilidade do Estado é sempre objetiva, seja nos casos de omissão, seja nos casos de comissão. Destacando tratar-se de tese defendida pelo professor Hely Lopes Meireles, pois, segundo este autor, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não faz distinção entre ação ou omissão.

Assim entendeu o seguinte julgado:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público.** 2. *Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.* 3. *O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juizes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro.* 4. *Agravo regimental não provido. (ARE 897890 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 16-10-2015 PUBLIC 19-10-2015) Agravo regimental em recurso extraordinário.* 2. **Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes.** 3. *Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF.* 4. *Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida.* 5. *Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 677283 AgR, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): GILMAR*

MENDES, Julgado em 17/04/2012, publicado no DJe em 08/05/2012). (Destaque nosso).

Para a segunda corrente, a responsabilidade do Estado por omissão é sempre subjetiva. E, segundo Santos (2017), para essa posição defendida por Osvaldo Antônio Bandeira de Melo e Celso Antônio Bandeira de Melo, o art. 37, § 6º da CF, abrangeria apenas as ações estatais, não atingindo as omissões.

Para esses autores, apenas a ação pode originar um dano, a omissão não possui essa capacidade, sob pena de caracterização do Estado como garantidor universal. Esta, de acordo com Santos (2017), é a posição encontrada na maioria da doutrina.

Ainda, conforme Santos (2017), o STJ possui entendimento majoritário no sentido de que a responsabilidade seria subjetiva, nos termos do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. II. **A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos"** (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013. III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, "analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora", entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1345620/RS, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): ASSUSETE MAGALHÃES, Julgado em 24/11/2015, publicado no DJe em 02/12/2015). (Grifo nosso).

A terceira corrente, por sua vez, nas palavras de Santos (2017), fala em omissão genérica e omissão específica. Na omissão genérica, não haveria responsabilidade alguma, mas na omissão específica, teríamos responsabilidade objetiva. É o que defende Guilherme Couto de Castro e Sérgio Cavalieri Filho, segundo o mesmo autor.

Esclarece:

Na omissão genérica, o Estado é omissor, pois não cumpriu um dever genérico que lhe é imposto. É o que ocorre, por exemplo, com a segurança pública. Como o Estado não tem condições de garantir a absoluta segurança em todos os lugares, não há como imputar eventual responsabilidade ao Estado nesta situação. Logo, estará submetida ao princípio da reserva do possível, ou seja, o serviço de segurança pública deve ser prestado dentro do que é possível ao Estado prestar (SANTOS, 2017).

Braga Netto (2019, p. 204), também é no sentido de distinguir os tipos de omissão estatal e atribuir-lhes tratamento diferenciado, como segue:

Não é qualquer omissão que faz surgir o dever de indenizar do Estado. Diríamos que se trata de uma omissão qualificada. Ou, mais exatamente, de uma omissão juridicamente relevante. Uma omissão que se revista de cores que revelem que foi inadequada, injusta, a inação do Estado no caso concreto. Já em meados do século passado se ensaiava a seguinte distinção: “Por ora, é forçoso aceitar, ao propósito, a distinção de Pedro Lessa, segundo a qual o Estado não responde, por exemplo, pelo furto comum praticado contra os cidadãos, mas indeniza os prejuízos decorrentes de agressão às pessoas ou às coisas, quando houve ameaça, anúncio ou aviso e a polícia permaneceu inerte” (AGUIAR DIAS, 1954, p. 582).

Na forma acima, responderia o Estado por algumas omissões, não por todas. O autor cita alguns exemplos de omissões, conforme seguem (p. 208):

Não é possível responsabilizar o Estado – diz-se – porque, num bairro escuro e vazio, quatro indivíduos espancaram covardemente alguém até a morte. O Estado não é um segurador universal, argumenta-se, não pode responder por todos os danos, por todos os crimes. Já seria diferente a situação se o preso tivesse sido arrebatado da delegacia e linchado na rua – como terrivelmente aconteceu no Nordeste, há pouco tempo. Ou mesmo se acontece um linchamento frente a policiais impassíveis. Nestes dois últimos casos, concretiza-se, precisa-se, delimita-se o nexos causal entre a omissão estatal e o dano.

Em outra linha de exemplos, podemos pensar num caso que os jornais, nos últimos anos, trazem quase que diariamente. Alguém, bêbado, dirigindo, provoca um acidente que destroça famílias, futuros e planos. O Estado responde pelos danos? Hoje seria remota a chance de sucesso da tese. Pouquíssimos a apoiariam. Se, porém, ao contrário, o motorista bêbado foi parado pouco antes numa *blitz*, e indevidamente liberado, o nexos causal assume um contorno sólido que autoriza imputar ao Estado a reparação dos danos.

Teríamos, neste último caso, uma omissão específica, ao contrário da primeira, claramente genérica. Ainda, segundo o entendimento de Braga Netto (2019):

Nem sempre é fácil distinguir a omissão que causa a responsabilidade civil do Estado daquela que não o responsabiliza. A questão envolve múltiplos fatores, como o nexos causal, as circunstâncias de fato, a natureza do dano, e a própria configuração da omissão. Quanto mais genérica esta for, mais difícil será responsabilizar o Estado por ela. Será difícil, no atual estado jurisprudencial,

responsabilizar o Estado por todos os assaltos ocorridos no país. Porém, se alguém é assaltado em frente a uma delegacia de polícia, estando patente a inação estatal, é possível que o dever de indenizar se faça presente. Quanto mais específica for a omissão, diante do dever de agir, concreto e palpável, que se impõe ao Estado, mais claro será o seu dever não cumprido.

Há casos em que a omissão do poder público foi determinante para o dano ocorresse. Professora que é agredida por aluno dentro de escola pública faz surgir a responsabilidade civil do Estado. Havia, no caso, ciência por parte da direção da escola das ameaças sofridas, sem que tenham sido tomadas providências para resguardar a segurança da professora. Há, nesse sentido, nexos causais entre a inação do poder público e o dano configurado (STJ, REsp 1.142.245, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 19/10/10. Precedentes: REsp 967.446; REsp 471.606; REsp 152.360).

7.3 A responsabilidade civil do Estado por danos ambientais decorrentes de omissões e/ou inoperância na gestão do uso dos recursos pesqueiros no que se refere às *capturas incidentais* nas artes de pesca da fauna marinha ameaçada de extinção

Antes de adentrarmos na responsabilidade civil do Estado por danos ambientais em caso de omissão, é relevante esclarecer acerca do *direito* sobre o qual se funda a *responsabilidade civil estatal*. Trata-se do previsto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal da República, o “*direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*”.

Nas palavras de Édis Milaré (2018, p. 127), lemos:

[...] É o que denominamos *princípio do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*.

É, sem dúvida, o princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico-ambiental, ostentando, a nosso ver, o *status* de verdadeira cláusula pétrea.

Emerge, assim, a questão: o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, ao mesmo tempo em que se configura como um interesse difuso que se espalha pela sociedade e como um direito humano fundamental, pode caracterizar-se como um direito personalíssimo, de que é titular cada indivíduo, na busca pela realização física e psíquica da personalidade humana em sua inteireza?

A pergunta é relevante, em razão dos atributos intrínsecos a essa modalidade de direito, umbilicalmente ligado à pessoa humana, quais sejam:

- i) originários: adquirem-se com o nascimento, independentemente de qualquer manifestação ou ato de vontade;
- ii) perenes: perduram por toda a vida e, por vezes, transcendem-na, refletindo-se mesmo após a morte do titular;
- iii) inalienáveis: em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; e mais: não podem ser subtraídos das pessoas que legitimamente os detêm;
- iv) indisponíveis: salvo exceção legal, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária;
- v) absolutos: são oponíveis *erga omnes*; e

vi) imprescritíveis: não estão sujeitos às regras de direito material que disciplinam o instituto da prescrição.

Nesse sentido, sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental da pessoa humana, podemos dizer que a ele se aplicam todos os atributos concernentes aos direitos da personalidade.

Também, quanto ao nosso sistema constitucional em matéria ambiental, destaca Fensterseifer (2008 *apud* BRAGA NETTO, 2019, p. 253) que, “é louvado como um dos mais avançados do mundo. Parece não haver dúvidas de que, hoje, a tutela do meio ambiente insere-se dentre as mais caras preocupações da Constituição brasileira de 1988”. E, complementa Braga Netto (2019, p. 253), dizendo: “A proteção ambiental afasta-se do caráter de faculdade estatal, para assumir o tom de forte dever. É a própria Constituição que, de modo explícito, veicula o dever do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações”.

Salientando o papel do Estado, Braga Netto (2019, p. 253), entende que: “O Estado é o responsável primeiro pela tutela do meio ambiente. São fortes e intensas as cores que definem o seu dever na espécie. Trata-se do destinatário maior da prescrição constitucional de conservação ambiental”.

No tocante à omissão na fiscalização por parte do Estado, Braga Netto (2019) lembra que são amplas e variadas as funções estatais neste particular. Salienta, também que, no direito ambiental avolumam-se os requisitos e condições para que determinada atividade econômica possa se instalar e funcionar regularmente, dependendo, para isso, de autorizações e licenças ambientais a cargo do poder público.

Já Pazzaglini Filho (2011), lembra os princípios constitucionais básicos da gestão do meio ambiente, conforme seguem “in verbis”:

3. Princípios constitucionais básicos da gestão do meio ambiente

O direito ao meio ambiente (natural, cultural, artificial e do trabalho) ecologicamente equilibrado é intrinsecamente difuso (transindividual, de natureza indivisível e titularidade indeterminada).

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". É o que preceitua a norma constitucional (art. 225, *caput*, CF/88 (LGL\1988\3)).

Estabelece, outrossim, o § 3.º deste dispositivo que:

"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Estas regras impõem, portanto, ao Poder Público e a Coletividade o dever constitucional de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado - bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida - e preservá-lo

para os presentes e futuras gerações, estabelecendo a responsabilização completa do causador de dano ou perigo ambiental.

Dai, podemos extrair os princípios constitucionais fundamentais que regem a tutela do meio ambiente;

- princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal;
- princípio da prevenção e precaução;
- princípio da cooperação; e
- princípio da responsabilização integral do degradador.

Por pertinência ao tema, salientamos o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, assim, segue o autor:

3.1 Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal

Os órgãos e entidades públicas tem o poder-dever de atuar na tutela ambiental para "assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado"(art. 225, § 1.º, da CF/88 (LGL\1988\3)). E essa atuação obrigatória e prioritária decorre da norma constitucional, em especial do princípio da prevenção e precaução, que é impositivo, vinculante e coercitivo. Saliente-se que a atuação obrigatória dos agentes públicos incumbidos da tutela do meio ambiente é de duplo conteúdo, ou seja, positiva ou negativa. De conteúdo positivo, quando tem o dever de executar ações e tarefas que assegurem, com efetividade, o meio ambiente sadio e equilibrado. De conteúdo negativo quando tem o agente público a obrigação de se abster de agir e zelar pela abstenção, por parte dos próprios organismos públicos e de terceiros, de ações nocivas aos bens ambientais.

O dispositivo constitucional utiliza a expressão "assegurar a efetividade desse direito", o que realça, na área do meio ambiente, o princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CF/88 (LGL\1988\3)), que deve ser observado pela Administração Pública em geral e sempre nortear a conduta dos agentes públicos encarregados do controle ambiental.

Portanto, na defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, não basta aos organismos e aos agentes públicos comportamentos ativos e omissivos neutros, insuficientes para reparar, prevenir e precaver os danos ambientais.

É mister que executem as tarefas de sua responsabilidade direcionadas sempre a reparação ou a proteção mais adequada, mais eficaz possível, do meio ambiente.

Assim, os agentes públicos, no exercício da tutela do meio ambiente, face ao comando específico das normas ambientais de prevenção, precaução e efetividade (art. 205, *caput* e § 1.º, da CF/88 (LGL\1988\3)) e ao princípio universal da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88 (LGL\1988\3)), tem o dever jurídico de adotar e executar as medidas mais eficazes e produtivas para a satisfação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Enfim, o dever jurídico de boa gestão ambiental deve imperar sempre na atuação dos agentes públicos, não lhes cabendo, nesse aspecto, qualquer margem de discricionariedade. E a violação deste dever constitucional, além de implicar na reparação do dano ecológico causado, na responsabilidade civil do Estado perante os particulares lesados e na responsabilidade administrativa e, por vezes, penal do agente público responsável pela má gestão ambiental (Lei 9.605, de 12.02.1998), pode ensejar a aplicação das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 02.06.1992). Disponível em: site Univille, Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 11 de junho de 2019. (Sublinhado nosso).

Igual destaque merecem os **Princípios da Prevenção e da Precaução**, pois que pautados na defesa do meio ambiente que deve ser direcionada a ações preventivas e cautelares. E não poderia ser diferente, trata-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado de um direito fundamental constitucionalmente previsto (Art. 225, da CF), considerado essencial à sadia qualidade de vida, entretanto, na maioria das vezes, o dano ambiental tem caráter irreversível ou irreparável na sua inteireza; além de não pertencer apenas às presentes gerações, mas também a todas que virão.

Pazzaglini Filho (2011) lembra que, em face da necessidade de tutela preventiva do meio ambiente, o Poder Público dispõe dos seguintes instrumentos, dentre outros: estudos de impacto ambiental e seus respectivos relatórios (EIA/RIMA), manejo ecológico das espécies e ecossistemas, planejamento do uso dos recursos ambientais, zoneamento ambiental, licenças (prévia, de instalação e de operação), exercício do poder de polícia administrativa, educação ambiental, inquérito civil, compromisso de ajustamento etc.

Já o princípio da precaução significa prudência na utilização dos bens ambientais, cabendo aos órgãos ambientais diligenciar para evitar riscos ou perigos ao meio ambiente decorrentes de atividades públicas e privadas potencialmente poluidoras. Esse princípio está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas visando a proteção da existência humana. A partir dessa premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência não são capazes de captar em toda a sua amplitude. **A inteligência do princípio da precaução tem estreita relação com o significado do presente trabalho, quando orienta que é defeso ao Poder Público, sempre que existir perigo potencial de dano grave ou irreversível ao meio ambiente em razão de uma atividade (no caso, atividades pesqueiras, e dano grave e irreversível = extinção de espécies), mesmo pairando dúvida sobre os efeitos nocivos dela (no problema em foco “capturas incidentais” já existem estudos científicos provando que várias práticas pesqueiras causam indevidamente a captura em massa de espécies da fauna marinha ameaçadas de extinção), postergar a adoção de medidas aptas a impedir eventual degradação (PAZZAGLINI FILHO, 2011). O que se dizer então, quando não há qualquer dúvida sobre os efeitos nefastos dessa atividade?**

Oportuno destacar que, no que diz respeito à aferição da responsabilidade do Estado em razão de condutas, ações, ou melhor dizendo, condutas comissivas, é relativamente fácil, pois responderá o Estado objetivamente como todos os demais sujeitos no caso de dano ao meio

ambiente. Todavia, a discussão começa e divide a doutrina, assim como a jurisprudência, quando passa a tratar de condutas omissivas por parte da Administração Pública.

As divergências são muitas. Há juristas que entendem que, em se tratando de casos de omissão nas atividades pertinentes ao Poder Público, ou seja, no exercício do poder regulamentar, de controle, monitoramento, vigilância, fiscalização etc., a responsabilidade do Estado será do tipo subjetiva, já que a omissão representará a conduta ilícita existente, a culpa, e que teria de ser provada pela suposta vítima do dano ambiental. Outros entendem que tais casos são de responsabilidade objetiva, portanto, uma vez configurada a omissão ilegal ou abusiva, o prestador do serviço público responderá objetivamente, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade, assim, não havendo a necessidade da demonstração da culpa do agente ou do próprio ente prestador do serviço público.

Além disso, também não é unânime o entendimento dos doutrinadores e juízes sobre as teorias que acompanham a culpa objetiva, quais sejam: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. Igualmente acontece, no que se refere a forma como se dá essa responsabilidade – solidária ou supletivamente ao poluidor principal.

Desta feita, a pesquisa corresponde então, aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, além do arcabouço legal e normativo aplicável ao tema – omissão do Estado na gestão do uso dos recursos pesqueiros, com vistas à problemática das *capturas incidentais* (com foco nos pequenos cetáceos e tartarugas marinhas) –, objetivando identificar qual o tipo de responsabilidade, a modalidade de risco e a forma a qual deve se submeter o Estado nesse contexto.

Quanto aos pressupostos da responsabilidade civil por dano ambiental, Milaré (2018), lembra o seguinte:

É insita ao regime da responsabilidade civil objetiva – vigente no direito ambiental – a suposição de um juízo de previsão acerca dos riscos da atividade, com o que o seu explorador, pelo simples fato de a ela se dedicar, aceita as consequências danosas que lhe são inerentes. Vale dizer, coloca-se o explorador na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos próprios ou conexos da atividade estarão sempre vinculados a ela (STEIGLEDER, 2003 *apud* MILARÉ, 2018, p. 439). A *ação*, da qual a teoria da culpa faz depender a responsabilidade pelo resultado, é substituída, aqui, pela assunção do risco em provocá-lo (PASQUALOTTO *apud* MILARÉ, 2018, p. 439).

De tal arte, a pretensão reparatória, no caso, está subordinada tão só à demonstração do *evento danoso* e do seu vínculo com a fonte poluidora (= *atividade*).

No que tange à responsabilidade ambiental do Estado, assim se manifesta Milaré (2018, p. 458):

As pessoas jurídicas de direito público interno, como vimos, podem ser responsabilizadas pelas lesões que causarem ao meio ambiente. De fato, não é só como agente poluidor que o ente público se expõe ao controle do Poder Judiciário (por exemplo, em razão da construção de estradas, aterros sanitários, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários, sem a realização de estudo de impacto ambiental), mas também quando se omite no dever constitucional de proteger o meio ambiente (por exemplo, falta de fiscalização, inobservância das regras informadoras dos processos de licenciamento, inércia quanto à instalação de sistemas de disposição de lixo e tratamento de esgotos).

Moura (2013), por sua vez, traz que, no que diz respeito ao dano ambiental, a responsabilidade da Administração Pública ocorre em três aspectos: 1. por dano ambiental derivado de ato material seu, na condição de causadora da degradação; 2. por ato administrativo que foi realizado de forma irregular quando por ocasião da concessão da licença, não respeitou os requisitos da lei, e daí decorreu o dano ambiental e 3. no caso de omissão na obrigação de fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras, concorrendo para o dano ambiental. Assim temos, no primeiro caso, a responsabilidade direta, e nos demais, a responsabilidade indireta do Estado.

Em se tratando de Gestão Pública do Ambiente, Édís Milaré (2018) realça o papel do Estado na garantia e proteção do meio ambiente, para tanto, faz referência à Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecida pela Lei 6.938/1981, art. 2º, I, que afirma no sentido de que a ação governamental deve ser exercida “na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um *patrimônio público* a ser necessariamente *assegurado e protegido*, tendo em vista o uso coletivo”. (Destacado nosso).

Nesse rumo, prossegue o autor: **“Pelo fato de ser bem de uso comum, o meio ambiente é de domínio público, embora não seja propriedade do Poder Público; por isso, este último tem papel insubstituível e inalienável na Gestão Ambiental”** (MILARÉ, 2018, p. 870). (Negrito nosso).

No entanto, o que se constata na prática, são falhas na implementação de políticas públicas de modo geral, pois, se por um lado existem normas, planos, projetos, programas etc., por outro, se vê que são insatisfatórios os desfechos da proteção, ou seja, ocorrem falhas no controle das atividades pesqueiras, no seu monitoramento e na fiscalização das mesmas, por parte dos órgãos públicos competentes.

No “Relatório de Levantamento de Auditoria sobre os Compromissos Assumidos pelo Brasil na Conferência Rio-92” - TC nº 034.633/2011-1 - Fiscalis n.º 938/2011, ministro relator:

Augusto Nardes, modalidade de fiscalização: Levantamento (art. 238 RI/TCU), com ato originário: Acórdão 2712/2011 – Plenário (TC 030.734/2011-8), e com o objetivo de analisar o processo de internalização nas políticas públicas nacionais dos objetivos e compromissos assumidos pelo país em decorrência da Conferência Rio-92, especificamente no âmbito das Convenções sobre Mudança do Clima, Diversidade Biológica e Combate à Desertificação, e da Agenda 21, a fim de contribuir para o aprimoramento da governança ambiental no Brasil, tendo como ato de designação: Portaria de Fiscalização nº 2505, de 24 de novembro de 2011 e período abrangido pelo levantamento: 1992 a 2012, o Tribunal de Contas da União fez constar:

Geração de conhecimento científico:

308. Para a tomada de decisões é imprescindível à existência de informações e que estas sejam de qualidade. A apresentação de informações consistentes resulta em política pública mais sólida. Dentre os vários conhecimentos necessários para avaliação de cada recurso pesqueiro, destacam-se: ciclo de vida, dinâmica populacional, potencialidade, o meio ambiente onde ocorrem, as interações entre recurso, meio ambiente e pescaria, assim como a socioeconomia e os aspectos políticos e institucionais relacionados com a atividade pesqueira.

309. Contudo, pela complexidade da dinâmica do ambiente marinho e pela vasta biodiversidade existente nos ecossistemas costeiros e oceânicos, há dificuldade de conhecer e ter informações detalhadas sobre todas as espécies. Isto requer que altas somas de recursos, tecnologias e recursos humanos especializados sejam demandadas no longo prazo, com vistas a conhecer os recursos pesqueiros disponíveis e avaliar seus potenciais de uso.

310. O MMA/Ibama coordenou a execução do Programa Revizee, um dos maiores esforços de pesquisa pesqueira marinha já empreendida pelo Brasil, o qual durou cerca de 10 anos e contou com a participação de mais de 300 pesquisadores, representando cerca de 60 Universidades e instituições de pesquisa (REVIZEE, 2006). O Programa realizou o levantamento do potencial de uso sustentável de recursos pesqueiros em toda a Zona Econômica Exclusiva (ZEE) brasileira. Contudo, não houve continuidade deste programa.

311. A Lei nº 11.959/2009, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, em seu art. 29, § único, dispõe que cabe ao poder público e à iniciativa privada a promoção e o incentivo da pesquisa. Contudo, não há uma política instituída para este fim.

312. Devido à falta de uma política governamental de direcionamento para pesquisa, os programas de pesquisa muitas vezes não abordam os problemas prioritários das pescarias, e há falta de coordenação entre as instituições de pesquisa pesqueira e outras instituições de pesquisa científica.

Fiscalização:

313. Cabe ao Ibama garantir, por meio de fiscalização, a exploração racional dos recursos pesqueiros no país, em consonância com as normas e regulamentos estabelecidos para garantir sua sustentabilidade, visando diminuir a ação predatória do homem.

314. Ao MPA, cabe a fiscalização das atividades de pesca no âmbito de suas atribuições e competências. Contudo, o órgão ainda não regulamentou esta atividade, mas está trabalhando na elaboração de Decreto com este fim.

315. No Ibama há precariedade de meios materiais e humanos para as ações de fiscalização da pesca. Em visita à Superintendência do Ibama em Santa Catarina (Supes/SC), estado com a maior produção de pescado do país, foi

informado que para realizarem operações de fiscalização ambiental das atividades pesqueiras precisam solicitar o uso da única embarcação de pesquisa existente no CEPESUL, pois não dispõem de equipamentos para esse fim. Em contrapartida, o MPA adquiriu lanchas patrulhas para fiscalizar a pesca ilegal, competência, esta, que cabe ao Ibama/MMA, conforme apontado em auditoria do TCU (TC 017.740/2011-8).

316. A fiscalização de recursos pesqueiros é bastante peculiar, pois demanda um conhecimento técnico específico dos fiscais ambientais. É necessário que eles sejam aptos a identificar as espécies, petrechos, aparelhos, métodos e técnicas de pesca, que estejam contrariando a norma existente. Na Supes/SC, apenas dois fiscais dispunham desta *expertise*, sendo que um deles está para se aposentar.

317. Outra dificuldade enfrentada pela fiscalização do Ibama é a não disponibilização de informações pelo MPA, ou a morosidade na liberação dos dados solicitados. Cita-se o caso da Supes/SC, a qual solicitou informações ao MPA para subsidiar a instrução de um processo de infração, em 21/10/2010 (Ofício nº 2788/2010/GABIN/SUPES/SC-Ibama, peça 38, p. 145), requerendo resposta no prazo de 15 dias. Um ano e meio depois, o MPA ainda não encaminhou resposta (Ofício nº 372/2012/GABIN/SUPES/SC-Ibama, peça 38, p. 239).

318. De acordo com o Regimento Interno do MPA, art. 38, inciso VII, uma das atribuições do órgão é fornecimento ao Ministério do Meio Ambiente dos dados do Registro Geral da Atividade Pesqueira relativos às licenças, permissões e autorizações concedidas para pesca. A não disponibilização tempestiva de dados também já havia sido verificada em trabalho realizado pelo TCU (TC 015.810/2010-0), sendo que o Acórdão nº 496/2011-TCU-Plenário já havia recomendado ao MMA e ao MPA que fosse criado procedimento de intercâmbio de dados sobre embarcações permissionadas, em atendimento a Lei nº 10.683, de 2003, modificada pela Lei nº 11.958, de 2009, art. 27, inciso XXIV, alínea *m*.

Já no documento denominado “Levantamento sobre a Gestão do Uso Sustentável dos Recursos Pesqueiros”, referente a gestão ambiental, elaborado pelo Tribunal de Contas da União – TCU em 2012, foram feitas as seguintes constatações:

I. Inobservância do sistema de gestão compartilhada e insuficiências na implantação dos CPGs.

II. Conflito de interesses entre os atores envolvidos na gestão sustentável dos recursos pesqueiros, a exemplo do MMA, que possui uma agenda conservacionista dos recursos naturais, e do MPA, que visa à expansão do setor pesqueiro. Além disso, registram-se conflitos também entre governo e setor acadêmico, pescadores e setor acadêmico, pescadores artesanais e UCs, pescadores artesanais e pescadores industriais, pescadores e Ibama.

III. Deficiência no controle do registro geral da atividade pesqueira comprometendo o seguro defeso, que existe para proporcionar renda aos pescadores impedidos de trabalhar no período de defeso ou de reprodução e crescimento das espécies aquáticas.

IV. Liberação de licenças de pesca sem controle, com atraso e sem transparência.

V. Arrendamento de embarcações estrangeiras sem benefício para a atividade pesqueira brasileira.

VI. Acesso desigual ao programa de subvenção na aquisição do óleo diesel marinho, em prejuízo dos pescadores artesanais.

VII. Descontinuidade no sistema de levantamento e monitoramento de dados estatísticos, subsídios fundamentais para as medidas de ordenamento pesqueiro.

VIII. Insuficiência de compatibilidade entre os programas de pesquisa científica e os problemas prioritários das pescarias.

IX. Precariedade de meios materiais e humanos para as ações de fiscalização da pesca.

X. Ausência de efetividade dos programas de apoio aos pescadores artesanais. (Negrito nosso).

Nos documentos acima elaborados pelo TCU vê-se claramente a ineficiência na gestão pesqueira nacional, no entanto, quanto à realidade da problemática da captura incidental de espécies ameaçadas de extinção, é bem mais grave do que aparenta ser, pois, impedido de trazer para o desembarque – deve devolver ao mar todos os organismos, vivos ou mortos –, o pescador, com receio de punições em razão da captura incidental desses animais, deixa de informar ou fazer o devido registro das capturas que de fato acontecem por ocasião da pesca. Os estudos realizados sobre as capturas incidentais ocorrem, na maioria das vezes, com base em dados provenientes de encalhes desses animais nas praias ou entrevistas com pescadores. Desse modo, a falta de dados estatísticos pesqueiros dificulta a solução do problema, sendo imprescindível que o Estado fique atento a isso e, não só edite leis e regulamentos, mas implemente uma boa gestão pesqueira, criando e executando normas técnicas com base em estudos científicos atuais, com previsão de índices de tolerabilidade quanto às alterações no ambiente marinho, criando normas legais mais eficientes à mitigação das capturas incidentais, mormente das espécies ameaçadas de extinção e, sem esquecer, de investir em monitoramento e fiscalização. Não é por acaso que o princípio da eficiência faz parte daqueles que devem nortear todos os atos administrativos.

A problemática da captura incidental (em sentido *lato*), que causa enorme desperdício de recursos pesqueiros e capturas indevidas de espécies ameaçadas de extinção, não afeta apenas a biodiversidade, mas impacta negativamente também os setores econômico e social, haja vista a notória diminuição daqueles animais em todo o mundo. E isso, tende a piorar com o tempo, caso não haja, antes de qualquer outra medida, a conscientização geral (todos os setores).

O artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, constante no capítulo I, do título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, refere-se ao **princípio da defesa do meio ambiente**, e sua observância é condição a ser respeitada por toda atividade econômica. Tal princípio visa impedir a exploração desmedida dos recursos naturais, e promover a busca pelo desenvolvimento sustentável. Como se deduz, não se trata de opção do administrador público, mas de obrigação constitucionalmente prevista.

Da Ação Civil Pública nº 5002734-04.2012.4.04.7101/RS, citada no subitem “6.4.2 A caracterização do dano ambiental em si”, extraímos alguns trechos da fundamentação da decisão sobre a responsabilidade civil dos demandados, nos quais o juiz sentenciante faz as seguintes considerações:

[...] Inescusável que questões de ordem econômica - no caso o incremento da pesca de emalhe industrial costeiro -, sobreponham-se aos princípios que visam a proteção do meio ambiente, elevado a bem constitucional de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida.

Ademais, não cabe ao Poder Público, por qualquer de seus órgãos, descumprir as normas que são editadas por eles próprios em defesa dos direitos fundamentais elencados na Constituição, pois isso importaria, além de violação do princípio da legalidade, na própria afronta à Lei Maior, que prevê a defesa do meio ambiente como princípio fundamental, devendo seu uso pautar-se, dentre outros, nos princípios da sustentabilidade e da precaução. [...]

Cuida-se, pois, de típico caso de omissão do Poder Público do cumprimento do seu poder-dever de proteção ao meio ambiente, deve haver a respectiva responsabilização, já que o interesse público na preservação do meio ambiente é indisponível, além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, a par de decorrer diretamente da Constituição Federal (art. 23, incisos VI e VII, art. 170, inciso VI, e art. 225) e da legislação infraconstitucional (Lei nº 6.938/81, e arts.2º, incisos I e V, e 6º da Lei nº 9.605/98). [...]

Repita-se, para que não parem dúvidas, que o dever de indenizar, em discussão, norteia-se pelo regime jurídico objetivo de responsabilidade civil por dano ambiental, dispensando demonstração de culpa do Estado relativamente ao comportamento omissivo, consistente no descumprimento do dever legal de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desnecessário, no caso em tela, investigar culpa ou dolo do Estado, pois sua obrigação era agir para evitar o dano ambiental. [...] (Negrito nosso).

7.3.1 Uma decisão judicial referente a capturas incidentais de tartarugas marinhas

Com o título “Ação Inédita condena União e IBAMA por mortes de tartarugas marinhas em Sergipe”, o site do Projeto TAMAR, vinculado ao ICMBio – MMA, na data de 21 de julho de 2017, traz a seguinte notícia:

21/07/2017 - Órgãos foram responsabilizados pela ineficiência das ações de fiscalização dos barcos pesqueiros no litoral do Estado e pelo consequente aumento da mortalidade de tartarugas.

O Juiz Federal Edmilson da Silva Pimenta condenou o IBAMA e a UNIÃO (Capitania dos Portos e Superintendência Federal de Aquicultura e Pesca),

dentre outras medidas, à obrigação de realizar inspeção anual em todas as embarcações pesqueiras registradas pelos órgãos competentes no Estado de Sergipe, para verificar o cumprimento da Instrução Normativa nº 31/2004, do Ministério do Meio Ambiente, quanto à obrigatoriedade do uso do TED (dispositivo excludente de tartarugas). A sentença foi proferida na Ação Civil Pública nº 0800953-72.2014.4.05.8500, promovida pelo Ministério Público Federal, condenação inédita na legislação pesqueira no Brasil.

O inquérito apurou que os órgãos de controle ambiental não fazem uma fiscalização satisfatória da pesca ilegal no litoral do Estado de Sergipe, uma das principais fontes de mortalidade de tartarugas marinhas na região, que teve um incremento de 15,6% entre 2009 e 2010. Os fatos foram comprovados pelo Relatório de Fiscalização elaborado pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio. Após defesa dos réus, o juiz considerou que “o aumento da reprodução e da desova de tartarugas marinhas no litoral sergipano só deveria redundar em um enorme fator de preocupação dos órgãos fiscalizatórios sobre esse assunto; porém, ao contrário do que seria esperado deles, o descaso aumentou e a mortandade continuou ocorrendo, mesmo no curso do apuratório investigativo deflagrado pelo MPF para solucionar o problema”.

O juiz determinou que os réus realizem de maneira satisfatória a fiscalização para que “as mais variadas espécies de quelônios que transitam pelo litoral sergipano estejam livres da pesca predatória”. Por isso, obrigou o IBAMA e a União (Capitania dos Portos e Superintendência Federal de Aquicultura e Pesca) a fiscalizar anualmente o uso do TED pelas embarcações de arrasto de camarão; a verificar regularidade dos registros/licenças/autorizações dos barcos; a exigir dos proprietários das embarcações pesqueiras a implementação das medidas indicadas no art. 32 da Lei nº 11.959/2009, sobre a utilização de mapa de bordo e dispositivo de rastreamento por satélite, ou outro dispositivo ou procedimento “que possibilite o monitoramento a distância e permita o acompanhamento, de forma automática e em tempo real, da posição geográfica e da profundidade do local de pesca da embarcação”.

No litoral dos estados de Alagoas, Sergipe e norte da Bahia, o arrasto de camarão é a pescaria que mais interage com indivíduos adultos de tartaruga-oliva (*Lepidochelys olivacea*). A captura incidental de tartarugas nessa fase de vida, de grande importância biológica, pois levam até quase 30 anos para atingir a maturidade sexual, é uma das mais graves ameaças à sobrevivência da população dessa espécie na região Nordeste do Brasil. Para o analista ambiental do Centro Tamar/ICMBio, César Coelho, é fundamental recomendar a ampliação do período de defeso e da área de exclusão da pesca, associando aos programas de monitoramento das capturas incidentais, à fiscalização, à contínua avaliação de parâmetros da biologia dos camarões, espécie-alvo da pescaria e contínuas ações de sensibilização e educação ambiental junto ao setor pesqueiro, para que resultados efetivos possam iniciar a redução da mortalidade das tartarugas. [...]

Contudo, a decisão acima de primeiro grau foi reformada pelo Tribunal Federal da 5ª Região, consoante se vê no site da Advocacia-Geral da União, sob o título “Decisão obtida pela PF/SE esclarece atuação do Ibama na fiscalização pesqueira”, publicado em 19/06/2018 e alterado em 22 de abril de 2019, segue o texto abaixo, “in verbis”:

A Procuradoria Federal em Sergipe (PF/SE) obteve, junto ao Tribunal Federal da 5ª Região, reforma de sentença que condenou o Instituto Brasileiro do Meio

Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) a fiscalizar atividades pesqueiras nas embarcações em trânsito no litoral sergipano. A decisão do TRF 5ª, acolheu, por unanimidade, as alegações da PF/SE fundamentando adequadamente que não compete ao Judiciário estabelecer políticas públicas para o Executivo. A 3ª Vara da Justiça Federal em Sergipe, atendendo pedido do MPF, condenou o Ibama a realizar inspeção anual em todas embarcações pesqueiras registradas em Sergipe; fiscalizar embarcações atracadas nos portos no litoral sergipano, com o objetivo de verificar a regularidade dos registros, licenças e autorizações; realizar, no mínimo, seis operações fiscalizatórias anuais destinadas ao monitoramento da atividade pesqueira. A sentença ainda fixou multa de R\$ 10 mil ao Ibama por ato de não cumprimento da fiscalização. A PF/SE apresentou uma série de alegações para que a sentença fosse revertida, obtendo provimento favorável junto ao TRF 5ª. O acórdão estabeleceu que „todas as obrigações impostas comportam um cariz de forte intervenção judicial na delineação de políticas públicas“. Para os desembargadores federais, em um sistema de tripartição de poderes, fundado na independência e harmonia, não se pode aceitar a interferência ampla do Judiciário sobre os tópicos próprios da atividade gerencial, administrativa do Executivo. „Não é razoável, portanto, que um edito jurisdicional trace políticas públicas para implementação no Executivo, como é tratado no presente caso“, decidiu O TRF 5ª. Processo: 0800953-72.2014.4.05.8500.

7.3.2 A inexigibilidade do licenciamento ambiental para a PESCA – presença de inconstitucionalidade na gestão dos recursos pesqueiros

Antunes, já em 2004, escreve na Revista Consultor Jurídico, o seguinte:

De todas as atividades utilizadoras dos recursos do mar, a pesca, seja industrial, seja artesanal, é a única que não está submetida ao processo de licenciamento ambiental por parte do IBAMA ou dos órgãos estaduais de controle ambiental. É curioso, pois em várias ações judiciais que têm tramitado perante os diversos tribunais brasileiros, os próprios órgãos de classe dos pescadores (Confederação Nacional de Pescadores e Federação de Pescadores do Estado do Rio de Janeiro) reconhecem o declínio da pesca como um fato incontestável, muito embora atribuam-no, sem qualquer base técnica ou científica, às atividades dos diferentes setores da indústria do petróleo, desconhecendo a sobrepesca da qual são agentes e vítimas concomitantemente. (Sublinhado nosso).

Ainda, segundo o mesmo autor:

O IBAMA, ao não reconhecer a necessidade de licenciamento ambiental da pesca, age de forma contraditória e pouco coerente, pois ele próprio, seguidas vezes, baixa normas de defeso de diferentes espécies. O licenciamento ambiental da pesca permitiria que se tivesse um controle efetivo das quantidades pescadas, do tipo de peixe, da época de atividade etc. Com isto, seria possível um planejamento capaz de assegurar a reprodução das espécies de forma adequada e, em consequência, assegurar a própria sobrevivência da pesca artesanal. (Sublinhado nosso).

Para Becker (2003), no artigo “O licenciamento ambiental da pesca e a licença a cargo da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca – Comentários aos artigos 23 e 27, inciso XV, da Lei n. 10.683/2003”, a pesca deve sujeitar-se obrigatoriamente ao disposto no art. 225 da Constituição Federal, pois, segundo a referida Procuradora da República (Ministério Público Federal), a positivação do meio ambiente, nos termos do art. 170, VI, da Constituição Federal, como princípio a ser respeitado pela atividade econômica, deve nortear o desenvolvimento da ordem econômica no país, impondo sua sustentabilidade, tanto econômica como ecológica, haja vista que os recursos naturais são esgotáveis. E, prossegue a autora:

Assim, se o desenvolvimento econômico previsto pela norma constitucional deve incluir o uso sustentável dos recursos naturais – corolário do princípio da defesa do ambiente, também expresso no art. 225, IV, da Constituição Federal –, a atividade econômica que sacrifique o meio ambiente *carece de proteção constitucional*.

Considerando que a proteção do meio ambiente diz respeito à defesa de um *direito fundamental*, esta deve ser levada em conta quando da interpretação do papel do Estado na limitação do exercício de direitos quando envolver questões ambientais, já que incumbe também ao Poder Público, exercer o controle da ordem econômica. Outrossim, o dever jurídico-constitucional do Estado de defesa do meio ambiente não se trata de um simples correlato do direito com a abstenção de comportamentos ecologicamente nocivos, porém, pode significar, entre outras implicações, na obrigação de atuar positivamente no sentido de impedir atentados ao ambiente e, assim, exercer efetivamente o controle ambiental nas atividades econômicas que utilizem recursos naturais (BECKER, 2003).

Nesse rumo, esclarece a autora:

Uma das formas de controle da ordem econômica é o *licenciamento ambiental*, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente previsto no art. 10 da Lei n. 6.938/81, destinado a adequá-la à “defesa do meio ambiente”, pelo qual a Administração Pública, no exercício de seu poder-dever constitucionalmente previsto, estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades.

O licenciamento de atividades *utilizadoras de recursos naturais*, como é o caso da *pesca*, é tarefa sujeita às regras gerais do Direito Administrativo e às normas especiais de Direito Ambiental. Assim, embora as licenças e autorizações ambientais tenham sua origem imediata nas licenças e autorizações administrativas, a licença ambiental não pode ser entendida como se fosse uma simples licença de Direito Administrativo, pois o licenciamento ambiental não se prende ao sistema clássico do Direito Administrativo.

Isso porque o licenciamento ambiental tem por finalidade assegurar que não sejam praticados atentados contra os bens ambientais e, em geral, pressupõe que toda uma série de questões seja levada em consideração para sua concessão, entre as quais o integral atendimento às exigências da legislação

ambiental e a necessária compreensão da preservação ambiental como *parte de um planejamento estratégico*, na forma de um desenvolvimento sustentável. A licença ambiental é diferente da licença administrativa tradicional, portanto, porque sua concessão é antecedida por um *iter* procedimental que não pode ser desprezado, uma vez que destinado a repercutir diretamente no conteúdo e na qualidade da decisão administrativa final. [...] (Sublinhado nosso).

Serve, portanto, a licença ambiental, de acordo com Becker (2003), como instrumento de gestão ambientalmente orientador da atividade econômica, isto porque:

Considerando que a utilização indiscriminada do recurso natural renovável coloca em risco sua perenidade e a da atividade econômica que o empregue, um dos propósitos do licenciamento é assegurar o uso sustentável dos recursos ambientais, de modo que a ideia de utilização sustentável – *ecológica e economicamente* – do recurso natural confere à *licença* para sua utilização a natureza de *instrumento de gestão ambientalmente orientado*. [...]

Entende a referida autora que, se a gestão ambiental é competência do Ibama, não tem sentido que a outorga das licenças ambientais para a pesca não seja competência sua também. E, completa:

Observe-se que, desde a sua criação, o Ibama conta com uma estrutura especificamente voltada para a *gestão dos recursos pesqueiros*, denominada, a partir do Decreto n. 3.833/01, “Diretoria de Fauna e Recursos Pesqueiros”, à qual incumbe coordenar, supervisionar, regulamentar e orientar a execução das ações federais referentes à *gestão* e ao *manejo* da fauna silvestre e exógenas, *dos recursos pesqueiros*, de acordo com as diretrizes definidas pelo Ministério do Meio Ambiente (art. 3º, IV, *b*, c/c art. 16 do Decreto citado, que aprova sua nova Estrutura Regimental). [...]

Igualmente, não há sentido em o Ibama normatizar a pesca se não dispõe do instrumento necessário à aplicação das normas que produz. Tal instrumento é a licença ambiental, ato administrativo no qual aquela autarquia federal fixa concretamente as condições sob as quais autoriza o uso dos recursos naturais por cuja gestão é a responsável.

Aliás, a própria gestão desaparece no momento em que o órgão dela incumbido deixa de empregar o instrumento essencial à sua concretização no mundo fático (a licença ambiental).

O descontrole do esforço de pesca, fruto da ausência de licenciamento ambiental, assim, *não encontra fonte nem solução na fase fiscalizatória da atividade*, pois, nesse momento, o órgão ambiental se limita a conferir as licenças previamente outorgadas. Se as licenças não tiverem por base critérios ambientalmente definidos, não será a maior ou menor fiscalização que garantirá a sustentabilidade da pescaria. O momento de assegurar sua sustentabilidade, portanto, é o da outorga das licenças.

Ora, se não há licença ambiental fixando as características da pesca permitida a cada pescador (e o próprio número destes), a fiscalização perde o sentido porque se torna *meramente formal*. A pesca, como atividade utilizadora de recurso natural renovável, exige, no entanto, por definição, que seja submetida a *instrumento que permita a sua gestão ambiental*. E esse instrumento é a licença ambiental, a ser outorgada pelo órgão ambiental responsável pela coleta de informações, normatização e fiscalização da atividade, no caso, o Ibama. [...]

Muito embora os dispositivos legais tratados na obra acima já terem sofrido alterações (artigos 23 e 27, inciso XV, da Lei n. 10.683/2003), incluímos a parte conclusiva do referido trabalho que faz menção aos artigos, inclusive à Ação Civil Pública nº 2002.71.01.010012-0, que teve análise preliminar pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, em razão da relevância com o subtema ora trazido:

Conclusão

A omissão do IBAMA em proceder ao licenciamento ambiental da pesca levou o Ministério Público Federal, por intermédio de sua 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, órgão da Procuradoria-Geral da República especializado em matéria ambiental, a expedir Recomendações no sentido de ajustar a conduta daquela autarquia federal e, à época, do Ministério da Agricultura, às normas ambientais.

Assim, em dezembro de 2000, a 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, atendendo solicitação da Procuradoria da República no Município de Rio Grande, RS, recomendou ao Ministério da Agricultura que orientasse os órgãos daquele Ministério a, de imediato, condicionar a outorga das licenças, permissões e autorizações para o exercício da pesca artesanal e da aquicultura, então previstas no art. 14, § 10, II, da Medida Provisória n. 1.999-18/2000 e reedições posteriores, à apresentação, pelo interessado, da correspondente licença ambiental, concedida pelo Ibama. Ao Ministério do Meio Ambiente foi recomendado que orientasse o Ibama a adotar – e a essa autarquia, que adotasse –, imediatamente, as medidas administrativas necessárias a promover o licenciamento ambiental da atividade pesqueira em todo o País, atendendo os critérios ambientais legal e regulamentarmente definidos.

O não-atendimento das Recomendações em pauta levou à propositura, pela Procuradoria da República no Município de Rio Grande, da Ação Civil Pública n. 2002.71.01.010012-0, na qual postula o Ministério Público Federal, liminarmente, seja determinado ao Ibama que *restabeleça*, imediatamente, o licenciamento ambiental para uso dos recursos pesqueiros no complexo lagunar-estuarino da Bacia Hidrográfica da Lagoa Mirim e do Estuário da Lagoa dos Patos e, à União Federal, que passe imediatamente a *condicionar* a concessão, pelo Ministério da Agricultura e, agora, pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca, das licenças, permissões e autorizações previstas no dispositivo em comento, para o exercício da pesca comercial, artesanal e da aquicultura, naquela região, à prévia apresentação, pelo interessado, da correspondente licença ambiental, concedida pelo Ibama.

Denegado o pedido liminar pelo Juízo de 1º Grau, o Ministério Público Federal interpôs Agravo de Instrumento cujo efeito suspensivo postulado veio a ser concedido pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Assim, em 20 de fevereiro de 2003, aquela Turma acompanhou, por unanimidade, o voto proferido pelo Relator do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 2002.04.01.056380-2/RS, Desembargador Federal Edgard Antonio Lippmann Jr., nos seguintes termos:

“[...] em razão da desobrigação da obtenção da prévia licença ambiental resulta plausível o descontrole, por parte dos órgãos de fiscalização, da pesca comercial e/ou artesanal, bem como a predatória, e da aquicultura no complexo lagunarestuário, situado nos estuários da Lagoa-Mirim e Lagoa dos Patos, neste Estado. Assim, verossímil a alegação de que diante da completa ausência de tal controle ambiental por parte do Ibama quanto à utilização dos recursos pesqueiros na região tem o condão de ocasionar previsível degradação ambiental (v. g., a extinção do camarão-rosa), social e econômico.

Quanto ao risco de dano irreparável, da mesma forma, utilizaria para confortar tal conclusão o princípio constitucional regedor da matéria ambiental que é o da *prevenção*. Nenhum efeito prático teria a ulterior decisão final se quando deferida os bens que se pretendia proteger ou já não mais existem ou, se existem, de reduzidíssima quantidade. Aqui, também, previsível a irreparabilidade dos prejuízos, mormente aqueles ocasionados ao meio ambiente.

Face a tais considerações, mesmo porque estamos diante de juízo prefacial, concluo que diante da presença dos requisitos elencados ao artigo 273 da Lei Adjetiva, conforme antes examinado, voto no sentido de reformar a douta decisão objurgada, o que faço para deferir a agregação do efeito suspensivo ativo, deferindo a antecipação de tutela para o fim de restabelecer a atribuição ao Ibama para o licenciamento ambiental para o uso dos recursos pesqueiros no complexo lagunar-estuarino da Bacia Hidrográfica da Lagoa Mirim e do Estuário da Lagoa dos Patos, bem como a partir desta data exija tal licença ambiental, dos pescadores em atividade, autuando àqueles que dela não dispuserem. Ainda, à União Federal, através do Ministério da Agricultura, que condicione a concessão, licenças e autorizações, quanto ao exercício da pesca comercial, artesanal e da aquicultura, na área *supra*, a prévia apresentação, pelo interessado, da licença ambiental concedida pelo IBAMA, tudo isto deve ser implementado imediatamente sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que reverterá em benefício das comunidades pesqueiras da região, cujas providências serão determinadas na ocasião”.

Inconformada, a União Federal requereu ao Superior Tribunal de Justiça a suspensão do acórdão em apreço, *negada* pelo Presidente daquela Corte, Ministro Nilson Naves, em decisão de 11 de setembro de 2003. Reputando ausentes os requisitos autorizadores da suspensão, assinalou então o Ministro Nilson Naves existir, na hipótese, *prejuízo inverso para a coletividade*, caso revogada a tutela antecipada obtida perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pois sua revogação determinaria o retorno à ausência de controle sobre a atividade pesqueira, o que certamente provocaria degradação do meio ambiente, com a diminuição acentuada dos estoques pesqueiros do complexo lagunar-estuarino da Bacia Hidrográfica da Lagoa Mirim e do Estuário da Lagoa dos Patos.

Até a conclusão do presente artigo, não havia ainda decisão definitiva a respeito. Resta evidente, entretanto, conforme já tiveram oportunidade de observar a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a Presidência do Superior Tribunal de Justiça, que a alteração legislativa em pauta não afastou a competência do Ibama para o licenciamento ambiental da pesca.

Isso significa que nem a Medida Provisória n. 1.999-18/2000 nem os diplomas que a ela se seguiram tiveram o condão de excluir a pesca da regra geral prevista no art. 10 da Lei n. 6.938/81, pois, caso assim fizessem, estariam contrariando a Constituição Federal e não seriam válidas. A norma contida, atualmente, no art. 23, § 1º, da Lei n. 10.683/2003, apenas criou *uma nova licença* para a atividade, a qual não se confunde com a licença ambiental, nem a substitui.

A *licença ambiental*, por outro lado, conforme dicção expressa do mencionado art. 10, em conformidade com o disposto no art. 225 da Constituição Federal, é *obrigatória para todas as espécies*, mesmo que ainda inexplotadas ou subexplotadas, donde resulta a inconstitucionalidade do art. 27, § 6º, I, da Lei n. 10.863/2003.

Resta informar que, em 2004 foi firmado acordo entre as partes – Ministério Público Federal, IBAMA e União Federal –, na referida Ação Civil Pública que tramitou perante a Subseção Judiciária de Rio Grande sob o nº 2002.71.01.010012-0, resultando na edição da Instrução Normativa Conjunta MMA/SEAP n. 3/2004 que, por sua vez, restabeleceu o regime

anteriormente previsto na Portaria IBAMA n. 171/1998, cuja aplicação foi suspensa com a alteração das competências previstas na Lei n. 9.649/1998, promovida a partir da edição da Medida Provisória n. 1999-18/2000 e, afinal, pela Lei n. 10.683/2003.

Cabe ainda pontuar, que o acordo supradito, limita-se ao estuário da Lagoa dos Patos no Estado do Rio Grande do Sul, como se vê abaixo na INC MMA/SEAP nº 3/2004:

Art. 1º A atividade de pesca no Estuário da Lagoa dos Patos no Estado do Rio Grande do Sul fica condicionada aos critérios técnicos, padrões de uso e procedimentos administrativos estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Entende-se por Estuário da Lagoa dos Patos, a área compreendida entre confrontação com Arambaré (Latitude 30º a 50º Sul) e a Barra do Rio Grande (Latitude 32º 10' Sul).

Assim, como regra geral válida para o resto do país, não há exigência de *licenciamento ambiental* para a atividade pesqueira nacional, inclusive esse fato está claro no “Guia de Licenciamento – Tartarugas Marinhas”, 2017, do ICMBio-MMA, nesses termos:

[...] Importante registrar que esse Guia de Licenciamento – Tartarugas Marinhas não contempla análises e indicação de medidas para a mitigação da principal ameaça hoje incidente sobre as tartarugas marinhas no Brasil, a captura incidental nas pescarias costeiras e oceânicas, e da mesma forma não aborda análises e medidas de mitigação de outra grande ameaça, que é a contaminação das águas por dejetos urbanos e a poluição por resíduos sólidos. A gestão da atividade pesqueira e o controle da poluição e contaminação das águas não ocorrem no âmbito do licenciamento ambiental e demandam instrumentos e ações próprias de gestão, as quais não são objeto desse Guia de Licenciamento – Tartarugas Marinhas. [...]
(Negrito nosso).

Como bem salientado em vários momentos da discussão judicial acima (ACP nº 2002.71.01.010012-0), que teve seu trâmite por todas as instâncias judiciais, chegando, inclusive, até o Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de exigência por parte do IBAMA de *licenciamento ambiental* para a *pesca nacional* é evidente e urgente. Não se vislumbram motivos, a não ser oriundos de interesses econômicos de alguns setores, em detrimento do direito maior e mais amplo (fundamental, constitucional e de todos) *ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, para a não adoção do licenciamento ambiental às atividades pesqueiras. O licenciamento ambiental como instrumento de gestão ambiental (maior controle e limitação de esforços de pesca, de permissões às quantidades de recursos pesqueiros alvos, de capturas incidentais etc.) é fundamental diante da problemática da *captura incidental* de espécies ameaçadas de extinção, mas também da *sobrepesca* da maioria das espécies-alvos,

sendo que, ambas, representam potenciais danos ambientais irreversíveis, cuja abrangência supera todos os limites nacionais.

Na captura incidental se teria um maior controle sobre esse tipo de dano ambiental e, conseqüentemente à adoção efetiva de medidas mitigadoras. Atualmente, a gestão ambiental praticada no país, embora tenha norma exigindo o Mapa de Bordo na embarcação, onde deverão ser anotadas as capturas indesejadas, não há qualquer controle estatal sobre tais capturas, inclusive, existe outra norma que proíbe o desembarque dessa fauna, devendo ser descartada no mar (como lixo), como algo que não deve ser visto e, portanto, considerado. Como vimos acima, a gestão ambiental atual do uso dos recursos pesqueiros, ao deixar de exigir o licenciamento ambiental para a pesca a cargo do IBAMA, é sem dúvida eivada de inconstitucionalidade.

7.3.3 Abordagem final acerca da responsabilidade civil do Estado decorrente da problemática da captura incidental de espécies ameaçadas de extinção

Vimos em vários momentos no item anterior – “6 A caracterização do dano ambiental” –, que o Poder Público não tem tido êxito na gestão do uso dos recursos pesqueiros, o que tem comprometido não apenas a sustentabilidade relacionada a esses animais, como também da fauna marinha ameaçada de extinção, em face das capturas incidentais nas diversas artes de pesca.

Alguns exemplos de omissões/inoperâncias estatais foram relatados no referido item, aos quais retomamos a fim de elucidar melhor a responsabilidade civil do Estado. O primeiro caso mencionado foi o do TED (dispositivo de exclusão de tartarugas), previsto na IN MMA 31/2004, com vistas a mitigar as capturas incidentais de tartarugas marinhas por meio da obrigatoriedade do uso daquele equipamento. No entanto, somente no ano passado (2019) foram formalmente iniciados os testes com o dispositivo, isto é, aproximadamente 15 anos após a criação da mencionada norma (o tempo seria bem maior se considerado desde a primeira norma que exigiu o seu uso, a Portaria IBAMA nº 36/1994, revogada pela Portaria nº 74/1996, do mesmo órgão); lembrando, ainda, tratar-se de projeto de iniciativa da FAO/ONU, o denominado Manejo Sustentável da Fauna Acompanhante na Pesca de Arrasto na América Latina e Caribe (REBYC II – LAC). Semelhante atuação ineficiente do Estado percebe-se da leitura de alguns artigos científicos citados nesse trabalho com relação à oferta de treinamento

aos pescadores, visando o adequado uso do mecanismo (montagem, instalação e uso do TED) e, finalmente, a já tão conhecida falta de (ou insuficiente) fiscalização sobre as atividades pesqueiras no país.

Noutra demonstração de ineficiência estatal na gestão dos recursos pesqueiros se observa com relação à INI 12/2012 (e também antes dela). Essa norma regulamenta a pesca de emalhe nas regiões Sudeste e Sul do país, todavia, como mostram vários estudos colacionados, o emalhe é a arte de pesca que mais causa a captura e morte de imensa quantidade de pequenos cetáceos no mundo todo, inclusive, aqui no Brasil. Em trechos da Ação Civil Pública nº 5002734-04.2012.4.04.7101/RS ficou claro que, antes da publicação da citada INI 12/2012, o país passou por uma verdadeira “*tragédia dos comuns*”. Entretanto, mesmo na vigência da referida norma regulamentadora, a situação na prática não chegou a mudar substancialmente, pois, mesmo tendo estabelecido limites de tamanhos/comprimentos para as redes, e diversas proibições, o controle e fiscalização previstos no art. 3º, da norma, imprescindíveis ao devido funcionamento do novo ordenamento de pesca, não foram e não são até os dias de hoje suficientes e, portanto, capazes de reduzir significativamente as capturas incidentais relacionadas à pesca de emalhe. Sem contar que tal norma sequer instituiu qualquer medida direta de mitigação de captura incidental de pequenos cetáceos ou de tartarugas marinhas.

Por derradeiro exemplo e, em que pese existirem outras inoperâncias estatais na gestão da pesca, as quais não chegaram a ser tratadas nesta pesquisa, destacamos o subitem anterior relativo à inexigibilidade do licenciamento ambiental para as atividades pesqueiras, como deflagradora presença de inconstitucionalidade na gestão do uso dos recursos pesqueiros e das demais espécies da fauna marinha, em especial das ameaçadas de extinção, conforme as razões expostas naquele subitem. Nesses termos, dentre os vários princípios que devem nortear os atos administrativos na seara ambiental, o da Eficiência, previsto na Constituição Federal, artigo 37, tem total aplicação aqui, todavia, é evidente o seu desatendimento pela Administração Pública.

No tocante à responsabilidade civil do Estado, cabe salientar ainda que, além da Constituição Federal atribuir ao Estado o poder-dever de bem gerenciar o meio ambiente, e a Lei da Pesca (Lei nº 11.959/2009, Capítulo III, Seção I, no subitem “6.4.2 A caracterização do dano ambiental em si”) prever uma lista de poderes-deveres ao Poder Público a fim de viabilizar a gestão dos recursos marinhos, o Governo Brasileiro assumiu nesse tema vários compromissos internacionais por meio de tratados, convenções, acordos, conforme relacionado no subitem “6.2. A legislação aplicável e as considerações acerca das consequências ecológicas, sociais e econômicas do dano ambiental oriundo da problemática estudada”. Com base nesse contexto, encontra-se o Estado brasileiro em falta para com a gestão ambiental nacional e internacional.

8 INTERDISCIPLINARIDADE

Na visão de Juras e Machado (2015), o Brasil não logrou controlar as enfermidades ligadas à falta de saneamento e a poluição continua responsável por mortalidade significativa em razão de doenças cardíacas e pulmonares. Outro aspecto importante, salientam, é o desmatamento, que intensifica os efeitos de desastres naturais e altera os mecanismos de controle de transmissão de doenças tropicais.

Na mesma linha, consideram ainda que, a expansão urbana e das fronteiras de ocupação têm sido associadas com doenças transmitidas por mosquitos. Além disso, as mudanças climáticas poderão afetar o estado de saúde de milhões de pessoas, principalmente daquelas com baixa capacidade de adaptação, mediante aumento da subnutrição, de desastres naturais e da frequência de doenças cardiorrespiratórias, bem como da alteração da distribuição espacial de vetores de doenças infecciosas.

Existem também várias normas que destacam a relação entre saúde e meio ambiente, portanto, é evidente que saúde e meio ambiente têm estreita relação e que, em geral, os impactos negativos ao meio ambiente constituem impactos negativos à saúde humana, pois diversos são os exemplos dessa inter-relação como bem preceituam os citados autores.

Sandra Díaz *et al.* (2005) esclarecem, que a saúde humana, particularmente o risco de exposição a muitas doenças infecciosas, pode depender da manutenção da biodiversidade em ecossistemas naturais. Análises de dados coletados no sudeste de Nova York, sugerem que o nível atual da biodiversidade de mamíferos diminui o risco de doenças em seres humanos em até 50% em relação aos cenários realísticos da biodiversidade reduzida (SCHMIDT e OSTFELD, 2001; LOGIUDICE *et al.*, 2003; OSTFELD e LOGIUDICE, 2003 *apud* DÍAZ *et al.*, 2005).

Noutra análise complementar de variações geográficas de grande escala, com base na biodiversidade de mamíferos, afirmou-se que, no leste dos EUA, habitado por mais espécies de pequenos mamíferos, houve o relato de menos casos de doença de Lyme *per capita* (OSTFELD e KEESING, 2000a *apud* DÍAZ *et al.*, 2005). Já em outra pesquisa, o risco de doença de Lyme foi superior a quatro vezes quando em fragmentos florestais com menos de 2 hectares do que em área com fragmentos maiores, que tipicamente abrigam um número maior de espécies de mamíferos (ALLAN *et al.*, 2003 *apud* DÍAZ *et al.*, 2005).

Nesses dois últimos estudos, o risco de doença de Lyme também parece depender de outras variáveis, tais como o clima, a localização geográfica e a presença em abundância de

espécies específicas de mamíferos. Esses resultados sugerem, então, que a biodiversidade atual de pequenos mamíferos ajuda a saúde pública, reduzindo o risco de pessoas contraírem a doença de Lyme, no entanto, infelizmente, esse serviço ecossistêmico está sendo corroído pela fragmentação do *habitat* (DÍAZ *et al.*, 2005).

Lembram, ainda, Díaz *et al.* (2005) que o oceano cobre aproximadamente 70% da área de superfície da Terra e contém quase 99% do seu volume habitável, então, se os serviços ecossistêmicos forem alterados, causarão grandes consequências globais. Podemos citar entre os serviços prestados pelos ecossistemas oceânicos, os seguintes: a ciclagem de materiais globais, a transformação e desintoxicação de poluentes e resíduos, o suporte à recreação e ao turismo costeiros, e às pescarias mundiais, como fonte de nutrição e rendimentos. E, de acordo com Peterson e Lubchenco (1997 *apud* DÍAZ *et al.*, 2005), todos esses serviços são afetados pela diversidade da vida no oceano, embora a quantificação de muitos dos vínculos entre a biodiversidade e os serviços ecossistêmicos marinhos têm somente ocorrido recentemente.

Finalmente, não podemos deixar de falar dos recifes de corais e, principalmente, dos serviços ecossistêmicos prestados por eles, que estão seriamente ameaçados pela atividade humana. Trata-se de uma das comunidades mais ricas em espécies da Terra, sendo os recifes de corais responsáveis por manter um vasto armazém de diversidade biológica e genética. Seus serviços ecossistêmicos substanciais envolvem a construção de *habitats*, viveiros e locais para a desova dos peixes, também a ciclagem de nutrientes, a fixação de carbono e nitrogênio em ambientes pobres em nutrientes, a estabilização de sedimentos e o suporte ao turismo (MOBERG e FOLKE, 1999 *apud* DÍAZ *et al.*, 2005).

9 METODOLOGIA

Buscando atingir os objetivos elencados no início desse trabalho, a análise se baseará na metodologia dedutiva, pois que desenvolvida por meio da revisão bibliográfica de textos doutrinários de autores nacionais e internacionais sobre o tema, e documental de fontes primárias, como decisões de tribunais, legislação nacional e normas internacionais (tratados, acordos etc.) próprios ao caso.

Trata-se, assim, de pesquisa qualitativa e estudo descritivo, que se utiliza de um método lógico que, partindo das teorias e leis, na maioria das vezes, prediz a ocorrência de fenômenos particulares – conexão descendente.

Dessa forma, utilizar-se-á o referencial metodológico da pesquisa dogmática, pois se pretende discutir, com fundamento em pesquisa majoritariamente doutrinária e documental (leis, tratados internacionais e jurisprudências) – já dito acima –, a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais decorrentes de condutas omissivas na prestação de serviços/atividades de proteção e defesa do meio ambiente natural, em especial na gestão do uso dos recursos pesqueiros no que se refere à problemática das capturas incidentais de espécies ameaçadas de extinção, com foco nesse estudo na toninha e boto-cinza (pequenos cetáceos), e nas cinco espécies de tartarugas marinhas que ocorrem no país.

10 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Defende Lopes Cavalcante (2016 *apud* SANTOS, 2017) que: “O nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público tiver o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não cumpriu essa obrigação legal”. Nestes termos o STF já se pronunciou:

Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. **3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido.** Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 677139 AgR-EDv-AgR, TRIBUNAL PLENO, Relator(a) Ministro(a): GILMAR MENDES, Julgado em 22/10/2015, publicado no DJe em 09/12/2015). (Negrito nosso).

Nessa linha Santos (2017) traz que, o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões desde que tenha obrigação legal específica de agir para impedir o resultado danoso. E completa: “É o que ocorre, por exemplo, com o suicídio de detento ou a sua morte provocada por outros presos”.

Na mesma direção acrescenta:

Prevê tanto o STF quanto o STJ [...] **Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento**[...] (STF, RE 841526/RS, TRIBUNAL PLENO, Relator(a) Ministro(a): LUIZ FUX, Julgado em 30/03/2016, publicado no DJ em 30/03/2016. (Grifamos)
[...] **A responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio no qual foram inseridos pelo próprio Estado** [...] (STJ, AgRg no REsp 1.305.259-SC, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 02/4/2013, publicado no DJ em 09/04/2013). (Grifamos).

Por fim, conclui Santos (2017):

Dessa forma, a responsabilidade civil do Estado constitui-se em um indispensável mecanismo de defesa do indivíduo face ao Poder Público. É perceptível também que, quanto à responsabilidade civil do Estado por omissão, não há ainda uma unanimidade quanto aos tipos de responsabilidade, se objetiva ou subjetiva.

Todavia, embora existam diversas correntes, vem se consolidando a ideia de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que, nestes últimos, fique demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão específica do Poder Público, conforme delineado pela terceira corrente.

Em seu artigo intitulado “Responsabilidade civil do Estado por omissão”, Pires (2017) menciona o art. 37, § 6º, da Constituição Federal como fonte legal para o dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos. E acrescenta: “A responsabilidade civil do Estado é objetiva, conforme disposto no texto constitucional; ocorre que, parte da doutrina e da jurisprudência entende ser necessária a comprovação de culpa quando se trata de omissão estatal”.

Entende a autora, que a Constituição Federal consagrou a teoria da responsabilidade objetiva com fundamento no risco administrativo como base da responsabilidade civil do Estado, isto porque, condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da atividade administrativa, ou seja, aos casos que houver relação entre a atuação do agente público e o dano. Nesse rumo, para que seja reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado, é necessário que estejam presentes os três elementos, como sendo a conduta do agente público que atue nesta qualidade, o dano e o nexo de causalidade.

Já na seara da responsabilidade estatal por omissão, nas palavras da autora, há questões tormentosas, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina. Isto porque, o texto constitucional (art. 37, § 6º, da CF/88) não é claro a respeito da solução jurídica para casos de danos oriundos da omissão da Administração.

No entendimento de Pires (2017), a doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem que, em casos de omissão, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, na qual o elemento subjetivo está condicionando o dever de indenizar. Assim, nas omissões, segundo esta autora, a regra é a aplicação da teoria subjetiva, como sendo a que necessita da culpa.

Todavia, traz ainda Pires (2017), a figura da omissão genérica e da omissão específica, esclarecendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orientou no sentido de que a responsabilidade civil do Poder Público por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo causal entre o dano sofrido pelo particular e a omissão da Administração em evitar a sua ocorrência, quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo, surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa. Neste caso, trata-se de omissão específica.

Já o Superior Tribunal de Justiça, segundo a autora, no que concerne à omissão estatal, entende que a Administração pode responder de forma subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la. Nessa esteira, a responsabilidade civil do Estado por omissão pode surgir a partir da prova da deficiência do serviço em geral (mau funcionamento, retardamento do serviço ou mesmo a inexistência) e não da conduta culposa de algum agente público específico, tratando-se, assim, de omissão genérica.

Cavaliere Filho (2012 *apud* PIRES, 2017) esclarece que, haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião), e por omissão sua, cria situação propícia para a ocorrência do evento em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Alguns exemplos: morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58957/2008, TJRJ); suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar (REsp. 494206/MG); paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte (Ap. Civ. 35985/2008, TJRJ); acidente com aluno nas dependências de escola pública – a pequena vítima veio a morrer afogada no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal (Ap. Civ. 3611/1999, TJRJ). Como se constata, a omissão específica que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso.

E, continua o autor explicando que, em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica. Quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. Alguns exemplos: negligência na segurança de balneário público – mergulho em lugar perigoso, conseqüente tetraplegia; o infortúnio ocorreu quando a vítima, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível (REsp.418713-SP); queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4846/2008, TJRJ); estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei – *faute du service public* caracterizada; a omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão (REsp. 409203/RS); poste de ferro com um

sinal de trânsito cai sobre idosa no calçadão de Ipanema – a base de metal que sustentava o sinal estava bastante enferrujada e acabou quebrando com o apoio da idosa.

Na omissão específica, há uma presunção de que houve uma omissão culposa do Estado. Assim, a pessoa que sofreu o dano não precisa comprovar a culpa da Administração. Esta responsabilidade é do tipo objetiva. Por outro lado, na omissão genérica, que culmina na responsabilidade subjetiva do Estado, caberá ao particular provar que a atuação normal e regular do Poder Público teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido.

Resume Pires (2017), com base nestes entendimentos, que está pacificado que a Administração **responde objetivamente** pelos danos advindos de **ações de seus agentes**, sendo necessário tão somente a comprovação do dano e do nexo causal. Entretanto, conforme já explanado anteriormente, há uma certa divergência jurisprudencial e doutrinária no que tange à **responsabilidade** frente aos **atos omissivos**.

Assim, entende parte dos doutrinadores e da jurisprudência que o Estado responde objetivamente em casos que possui o dever específico de agir, tratando-se de omissão específica. Outra parte defende que, se o Estado não agiu, não é o causador do dano, não restando obrigado a indenizar os prejuízos, podendo responder, entretanto, de forma subjetiva, com base na culpa anônima ou falta de serviço, a chamada omissão genérica.

A jurisprudência em desfavor do Estado, assim entendeu:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido. (STF 1ª T ARE 754.778 Rel. Dias Toffoli. DJe de 19/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. BURACO NA PISTA. MORTE DO MOTORISTA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. OCORRÊNCIA DE CULPA. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. PROPORCIONALIDADE. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. SÚMULA 54/STJ. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 284/STF. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem analisa adequada e suficientemente a controvérsia objeto do recurso especial.

2. Na hipótese dos autos, restaram assentados no acórdão os pressupostos da responsabilidade subjetiva, inclusive a conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público na conservação das rodovias federais. O acolhimento da tese do recorrente, de existir culpa exclusiva da vítima, demandaria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência obstada pela Súmula 7/STJ. 3. Manutenção do valor fixado nas instâncias ordinárias por dano moral (R\$ 100.000,00 - cem mil reais), por não se revelar nem irrisório, nem exorbitante. (...) 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido' (STJ, REsp 1356978/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013).

Sobre o tema, ressaltou o Ministro Humberto Martins no julgamento do Recurso Especial nº 1.185.474/SC, o seguinte:

[...] A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

Ainda:

Deste modo, observe-se que a efetivação dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é decorrência de um juízo discricionário e nem pode ser encarada como tema que depende única e exclusivamente da vontade pública. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador (Min. HUMBERTO MARTINS. REsp nº 1.185/474/SC).

Por derradeiro, salienta Pires (2017) que, o Estado como ente garantidor de direitos e garantias fundamentais, bem como promotor de políticas públicas, não pode e não deve se omitir diante de situações que são de sua responsabilidade. Até porque, por ser um Estado Democrático de Direito, onde todos são iguais perante a lei, não se pode admitir que parte dos indivíduos sejam privados de seus direitos fundamentais.

Na obra intitulada “A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado”, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 10-20) trata destas questões com muito afincio, e resume seu entendimento nos termos que seguem, *in verbis*:

1 – A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade objetiva conquistou e consolidou expressivo espaço no Direito brasileiro, mormente a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código Civil de 2002; chegou primeiro, entretanto, na responsabilidade civil do Estado, que é objetiva, desde a Constituição de 1946. Nem por isso o tema se mostra exaurido na sua complexidade; muitos aspectos remanesçam controvertidos, entre os quais aquele que nos propomos abordar.

1.1 – O § 6º do Artigo 37 da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no § 6º do seu artigo 37, que tem a seguinte redação: “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 e culpa.”

1.2 – Acolhimento da Teoria do Risco Administrativo

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos *danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*. A expressão *seus agentes, nessa qualidade*, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a *teoria do risco administrativo* como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a *teoria do risco integral*, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao *dano decorrente da sua atividade administrativa*, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade não há como e nem porque responsabilizá-lo objetivamente.

Em voto paradigma prolatado no início da década de noventa (RE nº 130.764-PR, 1992), pontificou o Ministro Moreira Alves: “A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no § 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.”

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Com efeito, se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa.

Em suma, “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, p. 866).

Nesta fase, descarta-se qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou, mesmo, sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou o dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

1.3 – Relação entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano

Nesse terreno, a única questão que ainda enseja certa dificuldade é a que diz respeito à **relação que deve existir entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano**. Terá o ato que ser praticado durante o serviço, ou bastará que seja em razão dele? De acordo com a essência de vários julgados,

o mínimo necessário para determinar a responsabilidade do Estado é que **o cargo, a função ou atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito.**

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro.

Em acórdão da relatoria do eminente Ministro Carlos Mario Velloso, no RE 160.401 – SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal assim se posicionou sobre a questão: “Constitucional – Administrativo – Responsabilidade civil do Estado – Constituição Federal, art. 37, § 6º - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, *não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas.* O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não exige que o agente público tenha agido no exercício das suas funções, mas na qualidade de agente público” (RTJ 170/631).

Não basta, portanto, para emergir a responsabilidade do Estado, que o ato ilícito tenha sido praticado por agente público. É também preciso que a condição de agente estatal tenha contribuído para a prática do ilícito, ainda que simplesmente **proporcionando a oportunidade ou ocasião para o comportamento ilícito. A contrario sensu, o Estado não poderá ser responsabilizado se o ato ilícito, embora praticado por servidor, este não se encontrava na qualidade de agente público.** Mais recentemente, no RE nº363423/SP, Relator o Ministro Carlos Brito, o Supremo Tribunal Federal voltou a posicionar-se nesse sentido. Cuidava-se de um policial militar, em período de folga, que, vivendo momento de desacerto sentimental com a mulher com a qual mantinha relacionamento amoroso e sentindo-se desprezado por ela, utilizou-se da arma da corporação e contra ela desferiu tiros. Os Ministros que integram a Primeira Turma do STF, após judiciosas considerações sobre o caso, decidiram unanimemente: “Responsabilidade Civil do Estado. Lesão Corporal. Disparo de Arma de Fogo Pertencente à Corporação. Policial Militar em Período de Folga. Nessa contextura, **não há falar em responsabilidade civil do Estado.** Recurso extraordinário conhecido e provido”. Da motivação do voto do eminente Relator, Ministro Carlos Brito, colhem-se os seguintes fundamentos: “Não vislumbro, na espécie, o indispensável nexo de causalidade entre a conduta do policial e o dano sofrido pela mulher: ele não estava no exercício de sua atividade funcional, nem dessa condição se arvorou para agredir a mulher; não estava em missão policial, nem agia, em período de folga, em defesa da sociedade. Sua conduta estava impregnada de sentimento pessoal: o sentimento que nutria pela mulher. Moveu-o exclusivamente a sua singularidade pessoal. Não praticou qualquer ato administrativo e, por estar a conduzir bem ou mal sua vida pessoal, seus interesses privados, seu deslize emocional, o desequilíbrio de sua conduta não autorizam impor-se ao Estado o dever de indenizar a vítima, sob o fundamento de estar patenteada a sua responsabilidade objetiva, e tão-só porque sua profissão é de servidor público policial militar, tendo ele se utilizado de arma da corporação para agredir aquela com quem mantinha relacionamento amoroso”. [...]

3 – A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é sempre objetiva? Subsiste no Direito brasileiro alguma hipótese de responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público? Acerca desta questão temos hoje três correntes distintas.

Sustenta a primeira que, após o advento do Código Civil de 2002, não há mais espaço para a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público porque o artigo 43 do novo Código Civil, que praticamente repete o teor do artigo 37, § 6º da Constituição, trouxe à legislação civil infraconstitucional a teoria do risco administrativo para embasar a responsabilidade civil do Estado, revogando o artigo 15 do Código Civil de 1916 que servia de suporte legal para a responsabilidade subjetiva. Assim, quer pela ausência de norma legal neste sentido, quer em razão de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco, não haveria mais espaço para sustentar a **responsabilidade subjetiva** das pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, por todos, a doutrina de Flávio Willeman – **Responsabilidade das Agências Reguladoras**, Lumen Juris, 2005, p. 2 e sg. A segunda corrente, capitaneada pelo festejado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, ps. 871-872), sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma *omissão* do Estado. Pondera que nos casos de omissão, o Estado não agiu, não sendo, portanto, o causador do dano, pelo que só estaria obrigado a indenizar os prejuízos resultantes de eventos que teria o dever de impedir. Aduz que “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que constituía em dada obrigação”. Integramos a corrente intermediária, para a qual a **responsabilidade subjetiva** do Estado, embora não tenha sido de todo banida da nossa ordem jurídica, só tem lugar nos casos de *omissão genérica* da Administração, como haveremos de expor, e não em qualquer caso de omissão, conforme sustenta a segunda corrente. Com efeito, o fato de não ter sido reproduzido no Código Civil de 2002 o artigo 15 do Código Civil de 1916 não permite concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado foi banida de nossa ordem jurídica. A responsabilidade subjetiva é a regra básica, que persiste independentemente de existir ou não norma legal a respeito. Todos respondem subjetivamente pelos danos causados a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal de justiça. Destarte, não havendo previsão legal de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

A regra, com relação ao Estado, é a responsabilidade objetiva fundada no *risco administrativo* sempre que o dano for causado por agente público nessa qualidade, sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa e o dano. Resta, todavia, espaço para a responsabilidade subjetiva nos casos em que o dano não é causado pela atividade estatal, nem pelos seus agentes, mas por fenômenos da natureza – chuvas torrenciais, tempestades, inundações – ou por fato da própria vítima ou de terceiros, tais como assaltos, furtos acidentes na via pública etc. Não responde o Estado objetivamente por tais fatos, repita-se, porque não foram causados por sua atividade; poderá, entretanto, responder subjetivamente com base na **culpa anônima ou falta do serviço**, se por omissão (genérica) concorreu para não evitar o resultado quando tinha o dever legal de impedi-lo.

3.1 – Omissão específica e genérica

Como vimos, para uma prestigiada corrente a responsabilidade do Estado é sempre subjetiva no caso de omissão. “Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo” (Celso

Antônio Bandeira de Mello - Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., RT, p. 344).

Em nosso entender, o artigo 37, § 6º da Constituição não se refere apenas à *atividade comissiva* do Estado; pelo contrário, a ação a que alude *engloba tanto a conduta comissiva como omissiva*. E tal entendimento encontra respaldo em inúmeros precedentes da Suprema Corte: “Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **por ação ou por omissão (CF, art. 37, §6º)**. Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à **ação quanto no que concerne à omissão do agente público** – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la..., não importando que se trate de **comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão)** daqueles investidos da representação do Estado”... (AI 299125/SP, Relator Ministro Celso de Mello). Por isso temos sustentado que, no caso de omissão estatal, é preciso distinguir a *omissão específica da genérica*, distinção essa hodiernamente reconhecida pela melhor e mais atualizada doutrina. A responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica e objetiva, no caso de omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

Haverá **omissão específica** quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. [...] Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso.

Em contra partida, a **omissão genérica** tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva. [...] Como se vê, na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração, a inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata da não ocorrência do dano, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido. [...]

4 – CONCLUSÃO

Em conclusão, quando não se pode exigir do Estado uma atuação específica, tendo este, entretanto, um dever genérico de agir, e o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, haverá *omissão genérica*, pela qual responde a Administração subjetivamente com base na culpa anônima; quando o Estado tem dever específico de agir e a sua omissão cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo, haverá *omissão específica* e o Estado responde objetivamente.

O corolário dessa doutrina é o acórdão do Supremo Tribunal Federal, verdadeiro *leading case* no tema, em que se decidiu que o Município do Rio de Janeiro omitiu-se especificamente no seu dever de garantir a incolumidade física de alunos de sua rede pública de ensino, a partir de quando os mesmos ingressam no recinto escolar. Na ocasião, condenou a municipalidade a ressarcir danos decorrentes de ferimento que cegou um aluno, provocado por seu colega, durante o horário escolar e dentro do estabelecimento de ensino público.

Vale, pela importância, reproduzir algumas passagens do voto do eminente relator, o Ministro Celso de Mello: “As circunstâncias do presente caso –

apoiadas em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* – evidenciam que o nexo de causalidade material restou plenamente configurado em face do **comportamento omissivo** em que incidiu o agente do Poder Público (funcionário escolar), que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir. Na realidade consta dos autos que, por **incompreensível omissão administrativa, não só deixou de ser solicitado e prestado imediato socorro médico à vítima, mas, também, absteve-se a própria administração escolar de notificar os pais da aluna atingida, com a urgência que o caso requeria**. É preciso enfatizar que o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, **assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico**, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno, os quais, muitas vezes, decorrem da inércia, da omissão ou indiferença dos servidores estatais. A obrigação de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontram no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno – tal como no caso ocorreu – emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob guarda, atenção, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares” (RE 109615-RJ – RTJ nº 163/1107-1114).

Como se vê, o Pretório Excelso concluiu pela responsabilidade objetiva da municipalidade fulcrado na obrigação que os agentes públicos tinham de proteger a incolumidade física dos estudantes. O descumprimento desse dever constitui a *omissão específica, que dá ensejo à obrigação de indenizar pelo critério objetivo*. Só no caso de omissão genérica emerge a responsabilidade subjetiva do Estado.

Na opinião de Araújo (2011), a responsabilidade civil do Estado como visto acima, também pode advir de uma conduta omissiva da Administração Pública. Todavia, para este autor, para que reste configurada a omissão ensejadora da responsabilidade, esta precisa estar ligada a um dever-fazer do Estado. Ou seja, o Estado só responde por omissão quando deveria atuar e não atuou, quando descumpre um dever legal de agir. Trata-se, portanto, de comportamento ilícito, que pode ser individualizado na pessoa de um funcionário ou de forma genérica, no caso em que se caracteriza a *faute de service*. E prossegue: “Tal responsabilidade, para alguns autores, estaria inserida no contexto da objetiva; para outros, da subjetiva” (ARAÚJO, 2011, p. 235).

Para Brunini (1981 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 235), o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois, segundo a autora, pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. E, nesse raciocínio, faz a seguinte consideração:

A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto,

sujeitando-se à comprovação de culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado (BRUNINI, 1981, p. 62).

De outra banda, entende Velloso (1994 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 235):

No Direito brasileiro, convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente (VELLOSO, 1994, p. 477).

Castro (1991 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 235) concluiu que há responsabilidade subjetiva quando se tratar de omissão genérica, e responsabilidade objetiva quando se tratar de omissão específica, isto é, quando houver dever individualizado de agir.

Assim, com base nos autores acima elencados, Araújo (2011) chega ao entendimento de que, em havendo ilícito por parte da Administração – o agente descumpra dever legal –, basta-se comprovar a conduta, o dano e o nexo causal para se obter a devida indenização. Já, em não havendo ilícito por parte da Administração, ela só está obrigada a indenizar se houver o dever específico e individualizado de agir.

Trazendo para a esfera ambiental, pelos olhares de Hupffer *et al.* (2012), com o artigo “Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal”, tem-se o seguinte:

[...] os mais recentes julgados admitem a ideia de que há dois tipos de omissão estatal, quais sejam: a omissão geral ou genérica e a omissão específica, que ocorrem quando determinado serviço não funciona ou funciona deficitariamente, respectivamente.

2.1 OMISSÃO ESPECÍFICA

A omissão específica se verifica nas hipóteses em que o evento danoso decorreu diretamente da inação do ente público, figurando a inércia administrativa como causa direta e imediata da ocorrência do resultado danoso. Nesse caso, sua omissão cria "a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo" (Cavaliere Filho, 2007, p. 261) e não o fez, hipótese em que a sua responsabilização civil extracontratual será objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, consoante os artigos 37, § 6º, da Constituição Federal e 43 do Código Civil.

Para Freitas (2005, p. 146), o Estado brasileiro "precisa deixar de ser omisso na concretização da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais". O meio ambiente é um direito fundamental. O Estado tem o dever constitucional de evitar os acidentes ambientais ou de ao menos reduzir o número e a gravidade destes. A função essencial do instituto da responsabilidade civil por dano ambiental seria, no caso de omissão específica, evitar que a repulsiva inoperabilidade do Estado frente ao dever constitucional de preservar o meio ambiente causasse dano injusto à coletividade. Em nome do interesse público

marcante do princípio da solidariedade intergeracional, o Estado tem que ser acordado para a realidade gritante da omissão de seus entes.

[...] Dito de outro modo, com o surgimento da sociedade de risco, o marco temporal da responsabilidade do Estado "comporta um conteúdo inteiramente novo e um alcance nunca visto sobre o futuro, na esfera do fazer político" (Jonas, 2006, p. 77-173). Assim, o deixar de executar uma atividade ou de prestar algum serviço público está em desacordo com as novas responsabilidades do Estado, visto que, além de para com as presentes gerações, o Estado tem um dever para com as futuras gerações (art. 225 da CF/88) e a omissão pode significar perda de qualidade de vida.

Os riscos, na concepção de Ulrich Beck (2008, p. 157 e 224), se baseiam sempre em decisões, ou seja, esse autor pressupõe que há a possibilidade de decidir. Para ele, a *sociedade de risco global* é fruto da inércia do Estado diante de séculos de racionalidade econômica sem a devida autocrítica a respeito dos riscos e dos perigos que as decisões ou as omissões estatais poderiam gerar ao meio ambiente. Beck chama a atenção para o fato de que o Estado se dirige, na maioria dos casos, apenas aos problemas cotidianos decorrentes de dano ao meio ambiente que são visíveis, o que pressupõe que há um déficit de responsabilização e imputação, bem como uma racionalidade limitada aos riscos concretos da sociedade industrial.

Os riscos e os perigos ecológicos são extremamente complexos e marcados por sua globalidade, transtemporalidade e invisibilidade. Por isso a necessidade de revitalizar o instituto da responsabilidade civil para que o Estado exerça a sua função constitucional de preservar o meio ambiente.

Outro ponto que merece atenção e que está relacionado à responsabilização objetiva é a diretiva de inverter-se o ônus probatório em favor do Estado, o qual somente poderá elidir a responsabilidade mediante a comprovação da ocorrência de alguma das excludentes.

2.2 OMISSÃO GENÉRICA

Já a omissão genérica se verifica quando a ocorrência do dano não se dá diretamente em razão da inércia do Estado, mas sim em decorrência de falta do serviço, ou *faute du service*, seja porque este não funcionou quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou tardiamente, hipóteses em que é dispensável a prova de que qualquer agente do Estado tenha incorrido em culpa, já que esta se dilui na sua própria organização.

Nesse ponto a doutrina e a jurisprudência divergem. Para doutrinadores, entre os quais se destacam Mello, Vitta e Alexandrino, sempre que diante de tais hipóteses, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva - o que exige, portanto, a comprovação, por parte da vítima, da ocorrência de culpa *lato sensu*: dolo, negligência, imperícia ou imprudência do Estado, no sentido de que o serviço que lhe incumbia prestar falhou de alguma forma.

Vitta (2008, p. 87-9) observa que, quando se fala em responsabilidade civil do Estado, fala-se em comportamento do agente público, pois é por intermédio deste que o Estado pratica suas ações. Esse agir pode ser comissivo ou omissivo. Sempre que se tratar de ato omissivo específico, deve-se ter presente que ele pode ser lícito ou ilícito, e a responsabilidade será baseada no critério objetivo. Por outro lado, o autor adota a responsabilidade civil estatal subjetiva quando se está diante de omissão genérica - ou seja, quando a Administração não age na defesa do meio ambiente, ao adotar conduta omissiva por inércia ou abstenção (*faute du service*) e desta resultar lesão ao meio ambiente -, baseando seu entendimento no conceito de falta de serviço, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia.

Para configurar responsabilidade civil subjetiva, a conduta do Estado seria, acaso existisse, apta a impedir o surgimento da circunstância causadora do dano (Vitta, 2008, p. 90). Aqui é desnecessário individualizar os elementos da culpa instaurada, pois estes podem ser atribuídos, de forma genérica, à falta do serviço - *faute du service* -, sendo anônima relativamente aos agentes.

Mello afirma também que, se o dano decorre de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, ou funcionou tardia ou ineficientemente), deve-se aplicar a teoria da responsabilidade *subjetiva*. O autor justifica sua posição argumentando que o Estado, ao não agir, não pode ser o autor do dano e, assim, "só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir o dano*. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo" (Mello, 1992, p. 346).

Sustentando a responsabilidade civil do Estado por omissão genérica como responsabilidade subjetiva, Alexandrino e Paulo (2004, p. 410) trazem um exemplo de ocorrência de danos ambientais e de sérios prejuízos à população em função de fenômenos da natureza, como vendavais, chuvas e enchentes. Para o autor, nessas hipóteses, a "indenização estatal só será devida *se restar comprovada a culpa* da Administração [responsabilidade subjetiva]".

Na linha aberta por alguns doutrinadores, percebe-se nas recentes decisões judiciais o posicionamento pela responsabilidade civil objetiva também para casos de omissão genérica. Sua base de sustentação está na necessidade de estabelecer um sistema de responsabilização estatal por dano ao meio ambiente acompanhando o moderno conceito de responsabilidade civil ambiental fundamentado no risco.

Claro que é necessário admitir algumas excludentes de responsabilidade. Baracho Júnior (2000, p. 322-323) inicia esse diálogo colocando que o "instituto da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não pode pretender absorver o *mundo da vida*, dinâmico e sempre mais rico do que o mundo do discurso por definição" (grifou-se). Para o autor, o problema não se "resume à definição clara de quem deve responder pelo dano ao meio ambiente, mas *porque* deve responder".

Essa provocação levantada por Baracho Júnior pode ser assim respondida, voltando à questão da responsabilidade civil por omissão genérica: se o Estado deixar de implementar conduta considerada indispensável e sobrevier fenômeno natural que cause danos diretamente pela falta da referida conduta, essa omissão do poder público ensejará a responsabilização deste, visto que estará presente o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano, já que a causa imediata do dano não é o fato de força maior, mas o desleixo do Estado em, sendo possível prever tal fenômeno e suas consequências, nada fazer para evitá-las.

Assim, a posição assumida no presente estudo é contrária aos argumentos em favor da responsabilidade civil subjetiva. Sustenta-se que, embora os fatores climáticos figurem, via de regra, como excludentes de responsabilização, nos casos de força maior, ainda assim há hipóteses em que se pode responsabilizar civilmente o Estado pelos danos decorrentes de fenômenos da natureza.

Por outro lado, há de se ter cuidado em acionar indiscriminadamente o Estado na condição de "poluidor indireto" pelos danos ambientais causados por terceiros quando ele se omitiu de fiscalizar determinado empreendimento ou não impediu a ocorrência do dano ambiental. O Estado não pode se converter em um "segurador universal" (Freitas, 2005, p. 160). Vale dizer que isso significaria transferir:

... à própria vítima última da degradação - a sociedade - a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes, quando, na verdade, a regra deve ser a da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitando-se, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por particulares - pessoas físicas e jurídicas - que podem ser determinados (Mirra, 2010, p. 7).

Com isso não se está a dizer que o Estado não deve ser responsabilizado solidariamente por omissão quando o autor do dano é um particular (pessoas físicas ou jurídicas). O que se questiona é se o Estado deve ou não responder solidariamente. Nesse sentido, acompanhamos Heli Alvez Oliveira, que, na perspectiva de Mirra (2010, p. 7), tem sustentado que "somente em caso de culpa grave, ou seja, de omissão injustificável das autoridades, é que deveria admitir a responsabilização solidária do Estado pelos danos ambientais praticados por terceiros".

No Brasil, apesar de uma Constituição que se conclama socioambiental e da vasta legislação que delega ao Estado a proteção ao meio ambiente, pode-se dizer que ainda se está longe de internalizar os princípios constitucionais e as leis infraconstitucionais e de transformá-los em realizações de fato do Estado. (Sublinhado nosso).

Braga Netto (2019, p. 210-211), por sua vez, esclarece que: “A jurisprudência predominante no STJ entende que haverá responsabilidade civil do Estado, em matéria ambiental, quando a omissão do dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou agravamento do dano” (STJ, AgRg no REsp 1.001.780, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T, DJ 04/10/11). E, prossegue o autor (p. 211):

Trata-se, porém, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação. O STJ frisa que qualquer que seja a razão para que o degradador direto não cumprir a obrigação, o Estado responde. Assim, “seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil” (STJ, REsp 1.071.741, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJ 16/12/2010).

Ainda sobre a omissão estatal como causa de danos indenizáveis, salienta Braga Netto (2019), que é preciso lembrar que boa parte das ações de indenização contra o Estado não tem um agente público como causador imediato do dano. Que o dano ou é causado por outro particular (possivelmente em caso de omissão estatal), ou pela falha do serviço, sem que se possa individualizar quem falhou, como por exemplo em caso de buracos nas estradas, enchentes que causam danos etc.

A respeito da polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a responsabilidade civil por omissão estatal, ocorre em parte porque “o direito positivo não apresenta solução normativa

específica para as hipóteses de omissão” (PINTO, 2008, p. 155 *apud* BRAGA NETTO, 2019, p. 199). E, mais:

Conclui-se, assim, que a jurisprudência assume maior destaque em matéria de responsabilidade por omissão. Afinal, a responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a terceiros (PINTO, 2008, p. 178 *apud* BRAGA NETTO, 2019, p. 199).

Traz ainda o autor, importante observação, inclusive já citada acima, de que a jurisprudência predominante no STJ entende que haverá responsabilidade civil do Estado, em matéria ambiental, quando a omissão do dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou agravamento do dano (STJ, AgRg no REsp 1.001.780, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T, DJ 04/10/11). E, prossegue (p. 211): “Trata-se, porém, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação” (STJ, REsp 1.071.741, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJ de 16/12/2010).

O Supremo, por sua vez, acresce Braga Netto (2019, p. 211), já se pronunciou no sentido de que “responde o Município pelos danos causados a terceiro em virtude da insuficiência de serviço de fiscalização”. E, a respeito do acórdão, pondera Juarez Freitas ser “desnecessário provar, em situações desse jaez, culpa ou dolo dos agentes e incumbe ao Poder Público desfazer o nexo causal, de acordo com a teoria do risco administrativo, redimensionada sob a luz da proporcionalidade” (FREITAS, 2006, p. 184).

Braga Netto (2019, p. 38), defende sua posição nos seguintes termos:

Cabe lembrar que, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado é objetiva (CF, art. 37, § 6º), desde 1946, e está fundada na teoria do risco administrativo. Comporta, portanto, as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima). Abrange, em princípio, tanto os chamados atos de império (julgar, legislar), como os atos de gestão (aluguel de imóvel particular, por exemplo). O Estado responde pelos atos de qualquer agente, desde o mais modesto até o presidente de República. Não é necessário que haja remuneração (mesário da Justiça Eleitoral que discute e agride eleitor pode fazer surgir a responsabilidade estatal). Nem é preciso, em todos os casos, que o agente público esteja em serviço (policial que fere ou mata com arma da corporação, mesmo de folga). A responsabilidade pode surgir em qualquer dos níveis federativos (União, Estados e Municípios) e por atos ou omissões de quaisquer dos três poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário, como no caso de leis inconstitucionais e erros judiciários, por exemplo – CF, art. 5º, LXXV). A responsabilidade estatal tanto pode surgir de atos como de omissões (falta de atendimento médico, buracos nas rodovias, enchentes etc.) – embora, em relação às omissões, alguns exijam a prova da culpa. A responsabilidade civil do Estado superou as três fases históricas, tradicionalmente apontadas, e hoje é caracterizada pelo Estado como garantidor de direitos fundamentais.

O autor cita o STF que, com clareza consignou:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão (STF, RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/08/96).

Sobre a responsabilização civil do Estado por atos lícitos, traz o mesmo autor (p. 96):

No Brasil, a responsabilidade civil – seja do Estado, seja dos particulares – não resulta apenas de atos ilícitos. O Código Civil, explicitamente, prevê a responsabilidade civil decorrente de atos em estado de necessidade (CC, art. 929) e também em legítima defesa (CC, art. 930, parágrafo único). Embora preveja esse dever de indenizar, o mesmo Código reconhece que tanto o estado de necessidade como a legítima defesa são atos lícitos (CC, art. 188, I e II). [...] Em relação à responsabilidade civil do Estado, o dever de indenizar as vítimas, ainda que o Estado não tenha agido ilicitamente, ainda é mais claro. O STF é pacífico quanto ao ponto. A Suprema Corte já afirmou que “a consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais” (STF, RE 116.685, RDA v. 190, p. 195). A questão não é nova no Supremo. Há julgados antigos que secundam esta tese: “Hipótese em que, do ato administrativo, embora lícito, há um prejuízo ao proprietário, que anteriormente obtivera licença para erguer nova edificação no terreno. Direito à indenização” (STF, RE 93.734, Rel. Min. Néri da Silveira, 1ª T, DJ 02/03/84).

Em outra oportunidade, o STF proclamou que “o risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do causador do dano” (STF, RE 262.651, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

Já a doutrina de Antunes (2002), afirma ser a responsabilidade ambiental objetiva, o que faz com respaldo nos preceitos contidos na Lei nº 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente que, cronologicamente, antecede a própria Constituição Federal de 1988 e, por ela foi recepcionada.

Mukai (1994) é no mesmo sentido, afirmando que o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos ambientais que causar, sem a indagação da existência ou não de culpa. Assim, para a responsabilidade objetiva prevista na referida lei, basta a prova da conduta do agente (ação ou omissão), o nexo causal e o dano ao meio ambiente.

Para Morato Leite (2000), a teoria da responsabilidade objetiva tem como fundamento a socialização do lucro ou do dano, já que, aquele que obtém lucro e causa dano com uma atividade, deve responder pelo risco ou pela desvantagem que dela resulta. O mesmo ocorre

com o Estado, que não está isento desta regra. O Supremo Tribunal Federal foi claro ao falar sobre a responsabilidade objetiva do Estado:

a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que permite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) dano; b) da ação administrativa; e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido de licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular o prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. (RE 116.685 – rel. Min. Carlos Velloso – RDA 190/195. Cf., ainda, STF 1ª Turma – RE 109615/RJ – Rel. Min. Celso de Mello- DJU 02.08.1996).

Nesse rumo, a já referida Lei 6.938/81, no artigo 14, §1º, prevê a possibilidade do reconhecimento da responsabilidade do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, independentemente da existência da culpa. Assim, a citada norma traz de forma explícita a responsabilidade civil objetiva na reparação dos danos ambientais, esclarecendo o artigo 3º, inciso IV, desta lei que, “é poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Como se constata, o legislador adotou a possibilidade de que também o Estado, ou seja, a pessoa jurídica de direito público seja responsabilizada pelos danos que causar ao meio ambiente, de forma direta ou indireta.

Segundo Milaré (2018), a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, consoante o art. 37, § 6º, da Constituição Federal é, em regra, subjetiva. No entanto, esse regime comum é excepcionado em se tratando de tutela ambiental, haja vista expressa previsão legal do art. 3º, IV, combinado com o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, consubstanciada em microsistema especial, que considera objetiva tal responsabilidade, conforme pontuado por autorizada jurisprudência e respeitáveis vozes doutrinárias.

Segue Milaré (2018, p. 459-460), *in verbis*:

Deveras, tratamento diferenciado que se conferisse ao Estado de, por danos indiretos, só responder subjetivamente, implicaria em alijá-lo do polo passivo da maioria das ações civis públicas de natureza ambiental, certo que a discussão de conduta culposa de algum dos responsáveis solidários, nos mesmos autos em que se apura a responsabilidade civil objetiva de outro – pela divergência de regimes e evidente procrastinação do processo – tem sido repudiada pelo nosso sistema. Isto sem falar na indenidade que resultaria naqueles casos, não tão incomuns, de notória incapacidade ou impossibilidade de o degradador material cumprir a obrigação ressarcitória por insolvência, ou, simplesmente, por não mais poder ser identificado. A bem ver, sobre enfraquecer a tutela do meio ambiente, estar-se-ia carregando o peso da defesa e da proteção ambiental exclusivamente sobre os ombros do administrado, em

dissonância com o art. 225 da Lei Maior, por força do qual o Poder Público e a coletividade devem compartilhar o ônus da responsabilidade nessa matéria. Daí sustentarmos, desde sempre, que o Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por *terceiros*, já que é seu dever controlar e impedir que aconteçam. Esta posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público, em todas as suas facetas e níveis, e à coletividade o dever genérico de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, percebe-se que, o ordenamento jurídico pátrio, segue a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, por atos comissivos ou omissivos que venham a causar danos ambientais. Sendo o Estado, portanto, responsável pela ação ou omissão de seus agentes públicos ou pela falta do serviço.

Quanto às condutas omissivas do Estado, Benjamim (*apud* MIRRA, 2003, p. 35), entende:

Isso porque, se, por um lado, o Estado é o promotor por excelência da defesa do meio ambiente na sociedade, quando elabora e executa políticas públicas ambientais e quando exerce o controle e a fiscalização das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, por outro lado, ele aparece, também, em muitas circunstâncias, como responsável direto e indireto pela degradação da qualidade ambiental, quando elabora e executa outras políticas públicas – como, por exemplo, as relacionadas ao desenvolvimento econômico e social – e quando se omite no dever que tem de fiscalizar as atividades que causam danos ao meio ambiente e de adotar as medidas administrativas necessárias à preservação da qualidade ambiental.

Por seu turno, Cahali (1996, p. 283), em sua obra, cita o entendimento de Cretella Júnior, no que se refere à omissão do Estado, nesses termos:

Não apenas a ação produz danos. Omitindo-se, o agente público pode também causar prejuízos ao administrado e à própria Administração. A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigillando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o bônus *pater* família, nem como bônus *administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente se a solércia o dominou; imprudente se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental.

Também, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu no caso abaixo pela responsabilidade subjetiva do Estado, vejamos:

O dano ao meio ambiente também pode ser de responsabilidade do Estado, seja pela ação ou por omissão. Em um recurso da União, da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e de outras empresas carboníferas (REsp 647493), a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a

responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva, melhor explicando, exige a prova da culpa, mesmo sendo relativa ao dano ao meio ambiente, “*uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei*”, entendeu o ministro João Otávio de Noronha, que relatou o processo. A discussão começou em uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União e algumas companhias de extração de carvão, bem como seus sócios. A CSN e o Estado de Santa Catarina passaram a compor o pólo passivo. O objetivo: a recuperação da região sul de Santa Catarina, atingida pela poluição causada pelas empresas mineradoras. O recurso contestava a condenação de todos os envolvidos a implementar, em seis meses, projeto de recuperação da região, com cronograma de execução para três anos, com multa mensal de 1% sobre o valor da causa no caso de atraso; obrigação de ajuste das condutas às normas de proteção ao meio ambiente, no prazo de 60 dias, sob pena de interdição. Concedeu-se a antecipação dos efeitos da tutela, decisão mantida em segundo grau. Em decisão inédita, o STJ concluiu existir responsabilidade solidária entre o poder público e as empresas poluidoras, ou seja: todos respondem pela reparação. A estimativa inicial do MPF era que o valor da causa alcançasse a cifra de US\$ 90 milhões. O relator considerou que a União tem o dever de fiscalizar as atividades de extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. O ministro considerou também que a busca por reparação ou recuperação ambiental pode ocorrer a qualquer momento, pois é imprescritível.

Sendo que, no caso abaixo, o STJ decidiu no sentido de que o Estado só arcará com os custos da reparação e/ou indenização, caso o devedor principal não tenha a possibilidade de fazê-lo:

[...] no caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência), o que quer dizer que a responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). (RESP 200801460435, Relator Ministro Herman Benjamin, STJ – 2ª Turma, DJE: 16/12/2010).

Por outro lado, defendendo a tese da responsabilidade objetiva do Estado, esclarece Wedi (2014), sobre a modalidade do risco, como segue:

A responsabilidade do Estado, por ser objetiva, está fundada no risco. Em relação à divergência doutrinária entre a teoria do risco-criado e do risco integral, em matéria de dano ambiental, observa-se que não há tendência prevalente. **Benjamin, Athias, Lyra, Ferraz, Milaré, Silva, Mancuso, Rocha, Leme Machado, Nery Júnior, Jucovsky, Cavalieri Filho entendem ser aplicável a teoria do risco integral.** De outra banda, **Porto, Passos de Freitas, Mazzilli, Mukai e Vianna entendem por aplicar a teoria do risco criado ou risco proveito.** (Negrito nosso).

Na leitura de Wedi (2014), “a adoção da teoria do risco integral é uma temeridade, pois radicaliza no sentido de culpar o Estado a qualquer custo”. Esclarece ainda que, não é permitido ao ente estatal sequer alegar força maior ou caso fortuito, excludentes da responsabilidade civil, a fim de defender seus direitos. E, continua o magistrado:

A responsabilidade objetiva por si já é um instrumento de gestão de riscos poderoso, pois permite a responsabilização do agente causador do dano sem prova de culpa. Agravá-la com a impossibilidade de alegação de excludentes da responsabilidade civil é uma causa de desequilíbrio à ordem jurídica causadora de insegurança.

Porém, o STJ tem decidido no sentido do risco integral, mas com uma ressalva, como se vê abaixo no texto de Wedi (2014):

Em que pesem os riscos decorrentes da adoção indiscriminada da teoria do risco integral, a recente jurisprudência do STJ passou a adotá-la. **É verdade que o STJ, também, tem determinado a execução subsidiária do Estado, que deve ocorrer apenas após a execução do particular degradador-predador o que mitiga, de certo modo, os efeitos práticos da adoção da teoria do risco integral. E, ainda, primeiro determina a restauração do ambiente degradado para, apenas após exigir a indenização *in pecunia* do poluidor.** (Negrito nosso).

Quanto à solidariedade do Estado com o poluidor principal, decidiu o Tribunal de Justiça do RS, o seguinte:

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL - SOLIDARIEDADE DOS DEMANDADOS: EMPRESA PRIVADA, ESTADO E MUNICÍPIO. CITIZEN ACTION.1- A ação civil pública pode ser proposta contra o responsável direto, o responsável indireto ou contra ambos, pelos danos causados ao meio ambiente, por se tratar de responsabilidade solidária, a ensejar o litisconsórcio facultativo. *Citizen action* proposta na forma da lei. 2- A omissão do Poder Público no tocante ao dever constitucional de assegurar proteção ao meio ambiente não exclui a responsabilidade dos particulares por suas condutas lesivas, bastando, para tanto, a comprovação do dano e do nexo de causalidade com a fonte degradadora ou poluidora. Ausência de medidas concretas por parte do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre tendentes, por seus agentes, a evitar a danosidade ambiental. Responsabilidades reconhecidas. Responsabilidade objetiva e responsabilidade *in ommitendo*. Culpa. Embargos Acolhidos. RECURSO: EMBARGOS INFRINGENTES NUMERO: 70001620772 RELATOR: CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTICA DO RS DATA DE JULGAMENTO: 01/06/2001 ORGAO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL COMARCA DE ORIGEM: PORTO ALEGRE SECAO: CIVEL.

Segundo Diniz; Miranda (2014), também na doutrina a questão provoca controvérsias, precipuamente quanto à aplicação das regras da solidariedade entre os responsáveis pelo dano ambiental, haja vista que a reparação pode ser exigida de todos ou de qualquer um dos responsáveis.

Silva (2010 *apud* DINIZ; MIRANDA, 2014, p. 292-309), identifica duas correntes:

A primeira sustenta que o Estado também é solidariamente responsável, podendo a ação dirigir-se contra ele, que depois de reparar a lesão, poderá identificar e demandar regressivamente os poluidores. A segunda pondera que o artigo 37, § 6º, da Constituição só admite a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas de direito público por danos causados por seus agentes, nessa qualidade. Sua responsabilidade por dano de terceiros funda-se na culpa.

Conforme Diniz; Miranda (2014), o citado autor sustenta que prevalece a primeira corrente e, para tanto, justifica que seria difícil defender a segunda posição diante da cláusula constitucional que impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Aliás, Milaré (2011 *apud* DINIZ; MIRANDA, 2014, p. 292-309), esclarece acerca do papel do Estado:

O Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Essa posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao poder público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Assim, afastando-se da imposição legal de agir, ou agindo deficientemente, deve o Estado responder por sua incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador de dano não evitado que, por direito deveria sê-lo. Nesse caso, reparada a lesão, a pessoa jurídica de direito público em questão poderá demandar regressivamente o direto causador do dano.

No entanto, o autor faz a ressalva que, na prática, para não penalizar a própria sociedade, que é quem paga as contas públicas e que, então teria de indenizar os prejuízos decorrentes do dano ambiental, é aconselhável em face das regras de solidariedade entre os responsáveis, só acionar o Estado quando puder ser increpada a ele a caução direta do dano. Nas suas palavras, conclui:

Na verdade, se é possível escolher um dos responsáveis, segundo as regras de solidariedade, por que não se valer da opção mais conveniente aos interesses da comunidade, chamando-se, primeira e posteriormente aquele que lucra com a atividade? (MILARÉ, 2011, p. 909).

Igualmente Machado (2012 *apud* DINIZ; MIRANDA, 2014, p. 292-309), corrobora esse discurso:

Diante da emissão de poluentes que prejudicam a coletividade, mas e cuja atividade não se ultrapassam os padrões fixados pelos organismos ambientais, surge a questão: esses gravames são indenizáveis? Quem deve reparar o dano?

De acordo com Diniz; Miranda (2014), o referido autor afirma que:

[...] para compelir 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. Isso porque “a Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal não pode ignorar e afastar os bens e valores ambientais protegidos pela Constituição Federal, nem por sua ação (licenciamento ambiental), nem por sua omissão (fiscalização, monitoramento ou auditoria)” (MACHADO, 2012, p. 419).

As autoras prosseguem:

Machado (2012) alerta ainda que, como a norma constitucional, na maioria das vezes, não fornece regras específicas para a proteção ambiental, pode-se encontrar na atividade discricionária da Administração Pública diferenças de entendimento ou de percepção; desse comportamento dos órgãos públicos ambientais, poderão surgir prejuízos contra os seres humanos e o meio ambiente. Para o autor, esses prejuízos devem ser reparados de acordo com o regime da **responsabilidade civil objetiva**, conforme o art. 14, § 1º, da Lei 6938, de 31.8.1981.

Já Antunes (2008 *apud* DINIZ; MIRANDA, 2014, p. 292-309), enfrenta a questão com fundamento legal no art. 3º da Lei 6938/81, que dispõe: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Segundo as autoras, Antunes (2008), entende que:

no conceito legal insere-se tanto o poluidor direto quanto o indireto. Ele observa que não há consenso doutrinário ou jurisprudencial quanto à extensão do conceito de poluidor indireto, mas afirma que a concessão de uma licença ambiental irregular por um órgão ambiental que culmine em degradação ambiental colocará o Poder Público na condição de poluidor indireto.

Sobre a teoria do risco integral, Mota (2016), tem o entendimento a seguir, consubstanciado na Apelação Cível nº 118.652-1, da 8ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Paraná, Rel.: Desembargador Ivan Bortoleto:

Pela teoria do risco integral, a indenização é devida independentemente de culpa, dessa maneira, não se operam, como causas excludentes de responsabilidade, o caso fortuito, o fato de terceiro e a força maior. Como é exemplo dessa aplicação o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no caso de responsabilidade pós-consumo de embalagens tipo pet, entendeu:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – LIXO RESULTANTE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS TIPO PET (POLIETILENO TEREFTALATO) – EMPRESA ENGARRAFADORA DE REFRIGERENTES – RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA POLUIÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ACOLHIMENTO DO PEDIDO – OBRIGAÇÕES DE FAZER – CONDENAÇÃO DA REQUERIDA SOB PENA DE MULTA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEI Nº 7347/85, ARTIGOS 1º E 4º DA LEI ESTADUAL Nº 12.943/99, 3º E 14, § 1º DA LEI Nº 6.938/81 – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Apelo provido em parte. 1. Se os avanços tecnológicos induzem o crescente emprego de vasilhames de matéria plástica tipo PET (polietileno tereftalato), propiciando que os fabricantes que delas se utilizam aumentem lucros e reduzam custos, não é justo que a responsabilidade pelo crescimento exponencial do volume do lixo resultante seja transferida apenas para o governo ou a população. 2. A chamada responsabilidade pós-consumo no caso de produtos de alto poder poluente, como as embalagens plásticas, envolve o fabricante de refrigerantes que delas se utiliza, em ação civil pública, pelos danos ambientais decorrentes. Esta responsabilidade é objetiva nos termos da Lei nº 7347/85, artigo 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.943/99, e artigos 3º e 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, e implica na sua condenação nas obrigações de fazer, a saber: adoção de providências em relação a destinação final e ambientalmente adequada das embalagens plásticas de seus produtos, e destinação de parte dos seus gastos com publicidade em educação ambiental, sob pena de multa.

De acordo com Levada (2007), quando se tratar de atividade licenciada que venha a causar danos ao meio ambiente, tal fato resultará em forte presunção de que o dever de fiscalizar não foi cumprido satisfatoriamente pelo Poder Público – em outras palavras, haverá forte presunção relativa de culpa administrativa –, sendo que o Estado só não será responsabilizado se provar que empregou todos os meios possíveis para evitar ou fazer cessar a conduta danosa do causador do dano, impondo-lhe e fiscalizando o cumprimento de todo tipo de sanção administrativa, de advertência até embargo da atividade.

Neste caso, continua o mesmo autor, mesmo que se deva falar em responsabilidade subjetiva do Estado, o intérprete não poderá se esquecer de que há presunção relativa de culpa administrativa, pois, ao menos em geral, tivesse o serviço funcionado a contento (melhor dizendo, tivesse o Poder Público se valido de todos os meios coercitivos de que dispõe), o dano ambiental provavelmente não teria acontecido.

E, com entendimento similar, Wedy (2018) expõe:

A existência de uma atividade que possa gerar risco para a saúde e o meio ambiente é suficiente para a configuração da responsabilidade, independentemente da licitude de seu exercício. A existência de licenciamento ambiental válido ou o desempenho de uma atividade legítima não exime o

causador de degradação ambiental do dever de reparação. A antijuridicidade é satisfeita com a verificação do risco.

Para Jucovsky (1998), se uma pessoa natural ou jurídica causa poluição e o Poder Público não exerce o seu poder-dever de fiscalização, mesmo que exista o alvará para funcionar ou tenha sido realizada a vistoria prévia, o Estado responderá de forma solidária com o particular pela sua omissão, no sentido de ressarcir os danos ambientais, porém, fica garantido ao mesmo, o direito de regresso contra o servidor público faltoso.

Afirma, ainda, que a maioria dos autores brasileiros adota a teoria da responsabilidade administrativa objetiva, inclusive, faz a observação de que Édis Milaré e Antonio Herman V. Benjamin (1993), ao examinarem cuidadosamente a exigência do estudo de impacto ambiental para a autorização de atividades potencialmente lesivas à natureza, constataram o seguinte:

[...] que o constituinte brasileiro, reconhecendo o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação do direito à vida, produziu um texto inédito em constituições em todo o mundo, capaz de orientar uma política ambiental no país e de induzir uma mentalidade preservacionista. Com efeito, considerando o meio ambiente *"bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida"*, impôs ao Poder público, para assegurar a efetividade desse direito, a incumbência de *"exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade"* (JUCOVSKY, 1998. p. 24).

Nesse rumo, conforme Jucovsky (1998), o Estado pode ser responsabilizado por danos ao ambiente, tanto por comportamento comissivo quanto por omissivo. Até mesmo solidariamente por danos causados por terceiros, pois cabe ao Estado defender e preservar o meio ambiente, podendo, todavia, o ente político, exercer o seu direito de regresso em relação ao agente causador direto do prejuízo.

Esclarece ainda a autora que, toda atividade que possa levar ao dano do ambiente está subordinada à Administração Pública, sob a forma de fiscalização, vigilância ou controle, razão pela qual, o Estado deve ser responsável solidário com o poluidor em caso de dano à natureza, especialmente por omissão do Poder Público, a configurar a culpa *in omittendo* no poder de polícia.

Defende também, que a responsabilidade solidária da Administração nas atividades sujeitas à autorização administrativa, baseia-se na teoria objetiva, porém, se a licença for ilegal por mau desempenho do serviço público, a teoria é a subjetiva da culpa. Se a autorização for ilegal, mas escusável, a teoria é a da culpa subjetiva. Se a autorização for legal, mas o particular abusar dos poderes concedidos, a teoria é a da culpa subjetiva pela omissão administrativa na

fiscalização. Já o licenciamento de atividade pela Administração, acarreta a sua solidariedade na indenização, de conformidade com a teoria objetiva, se houver dano ou sacrifício especial ao ambiente.

Lembra, contudo, que há juristas brasileiros que acham que em qualquer hipótese, a responsabilidade dos danos na ação civil pública é sempre objetiva, independentemente de culpa no fato gerador; desde que provado o fato gerador, o nexo causal e a lesão ao ambiente, tendo ou não o agente poluidor, licença ou autorização administrativa (JUCOVSKY, 1998).

Carmo (2019) expõe de forma sucinta e lúcida a sua visão acerca da “mecânica” da responsabilidade civil do Estado – na teoria e na prática –, conforme se lê abaixo:

[...] **O conceito de poluidor.**

A legislação por sua vez estabelece o conceito de poluidor sob a denominação de agente causador de *degradação ambiental*, a saber: “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, diretamente ou indiretamente, por atividade causadora de *degradação ambiental*” (art. 3º, inciso IV da Lei n.º 6.938/1981). A expressão “*degradação ambiental*” possui acepção geral e ampla, ao passo que a palavra “*poluição*”, segundo a Lei n.º 6.938/981, envolve a degradação ambiental resultante de atividades específicas que, direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população (o que inclui a poluição sonora, na forma do REsp 1.051.306/2008 – Superior Tribunal de Justiça); 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; e) lancem matérias ou energias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. [...]

É possível destacar, ainda, que podem haver situações em que mesmo a poluição licenciada não exclui a responsabilidade civil do poluidor, na eventual geração de danos ambientais, pois, na hipótese, embora a atividade esteja licenciada, o empreendedor atrai a responsabilidade pelo risco da atividade e, também, pelo fato de que a responsabilidade civil possui característica reparatória e não sancionatória.

A responsabilidade civil do Estado como poluidor direto e indireto.

As pessoas jurídicas de direito público poderão poluir por meio de práticas diretas ou indiretas (por atos comissivos ou omissivos). Assim, poderá haver poluição direta quando o Poder Público explorar diretamente uma atividade econômica, como é o caso da exploração do Petróleo (art. 173 da CF/88) ou, lado outro, o Poder Público poderá poluir de forma indireta quando for omissivo, por exemplo, na fiscalização de atividade que explore os recursos ambientais e, também, quando expedir licença ambiental irregular.

Sobre a responsabilidade civil do Estado, a doutrina e a jurisprudência discutem a natureza jurídica da responsabilidade civil, se objetiva ou subjetiva. Tradicionalmente, o Superior Tribunal de Justiça compreende que no caso de omissão na fiscalização por parte do Poder Público, de atividades poluidoras, a responsabilidade civil será subjetiva, exigindo-se o elemento culpa administrativa para alcançar a Administração Pública, a saber o que dispõe o REsp 647.493/2007, ao estabelecer que a *responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente*. Ocorre, contudo, que há oscilação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, pelo REsp 1.071.741/2009, *qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito*

brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada. Na decisão, para o Superior Tribunal de Justiça, embora a responsabilidade civil do Estado, por omissão seja subjetiva ou por culpa, qualificando-se dentro do regime geral assentado no art. 37 *caput* da Constituição Federal, há duas exceções de destaque, sendo que a primeira decorre da responsabilização objetiva do ente público em matéria ambiental em face do microsistema especial de proteção do meio ambiente, contido no art. 3º, inciso IV c/c o art. 14, ambos da Lei n.º 6.938/1981.

Contudo, duas questões se colocam, ainda, no debate sobre a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais: a) o dever do Estado na realização da ação de regresso, quando for condenado por omissão e b) a condição do Estado ser executado subsidiariamente.

No que toca o dever de o Estado promover a ação de regressão em face do poluidor direto, quando for condenado por omissão na fiscalização ou na expedição de licença ambiental irregular, aduz o Supremo Tribunal Federal que sem prejuízo da responsabilidade solidária, deve o Estado, que não provocou diretamente o dano nem obteve proveito com sua omissão, buscar o ressarcimento dos valores despendidos do responsável direto, evitando, com isso, injusta oneração da sociedade.

Em relação a condição do Estado ser executado subsidiariamente, o debate possui ao menos duas posições conflitantes. A primeira posição do Superior Tribunal de Justiça, contido no AgRg no REsp 1001780/2011, indica que a responsabilidade civil do Estado é subsidiária, cuja execução pode ser promovida caso o degradador direto não cumpra com a obrigação, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por indisponibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso. Portanto, neste primeiro arresto, a posição é que o Estado responde apenas de forma subsidiária. Contudo, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, adotando a teoria americana do “bolso profundo”, passou a decidir pela prevalência da tese de que todos os poluidores são responsáveis solidariamente pelos danos ambientais, firmando no REsp 1.071.741/2009, que *independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado recorrente)(art. 3º da Lei n.º 6.938/1981), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva)*, sendo certo que uma vez fixados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, haverá solidariedade entre os responsáveis pelo dano ambiental, independente da relação direta ou indireta com o dano. [...]

Conclusão.

Pelo presente foi possível apurar que o Poder Público, diferentemente da compreensão generalista sobre a responsabilidade civil do Estado prevista no art. 37, caput da Constituição Federal, responde pelos danos ambientais de forma objetiva, solidária e ilimitada, que nesta qualidade provocar, seja por atos comissivos ou omissivos.

O artigo apontou, ainda, que a jurisprudência busca assegurar, de forma contumaz, a reparação do dano ambiental, ultrapassando barreiras de direito material e processual, como é o caso das questões relacionadas com a inversão do ônus da prova.

Há, contudo, um importante destaque a ser considerado no que relaciona a teoria, a legislação e a prática da fiscalização e do licenciamento ambiental na federação brasileira. É indene de dúvida que a legislação ambiental brasileira é robusta, com ampla proteção ao meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho; porém, existe um distanciamento entre o que prevê a legislação e a capacidade operacional dos órgãos ambientais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

As desigualdades regionais, relacionadas com o acesso, a formação técnica e aos recursos financeiros necessários à gestão do meio ambiente acabam impactando diretamente nas ações de fiscalização e na qualidade do

licenciamento ambiental; sem falar, ainda, no vetor político que percorre os meandros e os bastidores do licenciamento ambiental dos grandes projetos do agronegócio (bancada ruralista) e da mineração, tendo na linha de frente empresas com capital público, como é o caso da Companhia Vale.

O descompasso entre a teoria, a legislação e prática pode resultar perverso para toda a sociedade, por duas razões bem simples. Primeiro, que pela incapacidade técnica ou pela falta de condições materiais ou pela influência política, os órgãos ambientais podem errar ou afrouxar no licenciamento ambiental ou deixar de fiscalizar adequadamente o uso dos recursos naturais. Segundo, pelo fato de que a reparação pelo dano ambiental, depois de ocorridos, além de ser muito difícil, de vitimar seres humanos, destruir a fauna e a flora; será recuperado com recurso financeiro do contribuinte, ou seja, havendo condenação do Estado por ação ou omissão, será o cidadão que pagará pela recuperação do dano ambiental.

A revisão da gestão ambiental no sistema federativo é elementar à política nacional de meio ambiente e, conseqüentemente para afastar o sistema de morte que assombra o Ser Humano, pois, sem estrutura, sem ética pública não será possível corrigir e reduzir os riscos ambientais da intervenção, necessária, do homem no meio ambiente. (Sublinhado nosso).

Algumas decisões e teses jurisprudenciais a seguir arroladas também corroboram o presente estudo e, muito embora tratem de danos ambientais diferentes, são aplicáveis à problemática em questão. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina são as duas decisões abaixo:

Apelação Cível n. 0000727-22.2008.8.24.0167, de Garopaba

Relator: Desembargador Vilson Fontana

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO DE RANCHO DE PESCA EM ÁREA DE RESTINGA. FAIXA MARGINAL DO RIO DA MADRE. APA DO ENTORNO COSTEIRO. DANO AMBIENTAL INCONTROVERSO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA FATMA PELA REMOÇÃO DA EDIFICAÇÃO E A RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. **RECONHECIMENTO DO CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO EM RELAÇÃO AO ÓRGÃO AMBIENTAL. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA.** RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. "A responsabilidade do Estado por dano ao meio ambiente decorrente de **sua omissão no dever de fiscalização é de caráter solidário, mas de execução subsidiária, na condição de devedor-reserva**" (STJ, AgInt no REsp 1326903/DF, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 24/04/2018, DJe 30/04/2018). [...] (Negrito nosso).

Assim, à luz do art. 3º, IV c/c art. 14, § 1º, ambos da Lei n. 6.938/81, é impossível cogitar-se o afastamento da responsabilidade da apelante pela reparação do dano ambiental que indiretamente causou com o seu comportamento omissivo. [...]

Há que se considerar, contudo, que "a responsabilidade do Estado por dano ao meio ambiente decorrente de sua omissão no dever de fiscalização é de caráter solidário, mas de execução subsidiária, na condição de devedor-reserva" (STJ, AgInt no REsp 1326903/DF, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 24/04/2018, DJe 30/04/2018). [...]

Em caso idêntico, registra-se, esta Corte de Justiça já decidiu:
 CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE.
 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE RANCHO DE
 PESCADORES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE
 (RESTINGA). DEMOLIÇÃO DO IMÓVEL. CONDENAÇÃO DO
 MUNICÍPIO DE PAULO LOPES E DA FUNDAÇÃO DO MEIO
 AMBIENTE - FATMA A CONCORRER COM ESFORÇOS PARA A
 RECUPERAÇÃO DA ÁREA AFETADA. RECURSO DA FUNDAÇÃO DO
 MEIO AMBIENTE - FATMA PARCIALMENTE PROVIDO. (Negrito
 excluído).

Para o Superior Tribunal de Justiça - a quem compete, precipuamente, interpretar a lei federal (CR, art. 105, III) e que "tem por função constitucional uniformizar o Direito Federal" (AgRgMC n. 7.164, Min. Eliana Calmon) -, "para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desídia, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa". (Negrito do texto mantido).

Todavia, "no caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil)" (STJ, T-2, REsp n. 1.071.741, Min. Herman Benjamin; T-1, AgRgREsp n. 1.001.780, Min. Teori Albino Zavascki) (TJSC, Apelação Cível n. 2012.081507-5, de Garopaba, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 04/02/2014). (Negrito do texto mantido).

O mesmo entendimento também foi adotado nos seguintes precedentes: TJSC, Apelação Cível n. 2013.001789-2, de Garopaba, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 01/07/2014; TJSC, Apelação Cível n. 2012.080544-5, de Garopaba, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 14/10/2014; e TJSC, Apelação Cível n. 0000733-29.2008.8.24.0167, de Garopaba, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 20/02/2018. [...] (Negrito nosso).

Apelação Cível n. 2011.030774-0, de Palhoça

Relator: Des. Vanderlei Romer

DIREITO AMBIENTAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
 CONSTRUÇÃO DE MURO DE ARRIMO EM CURSO DE ÁGUA,
 SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO NATIVA EM ÁREA DE MANGUE E

OCUPAÇÃO DE PARTE DA FAIXA MARGINAL DO MESMO CURSO DE ÁGUA. OBRAS QUE, ALÉM DE CLANDESTINAS, COMPROVADAMENTE DANIFICARAM O MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE DESFAZIMENTO DAS CONSTRUÇÕES E REPARAÇÃO DO DANO PREVISTAS LEGALMENTE. MEDIDAS ACERTADAMENTE IMPOSTAS TAMBÉM AO MUNICÍPIO, SOLIDARIAMENTE, PORQUANTO PATENTE A SUA PASSIVIDADE E, POR COROLÁRIO, O DESCUMPRIMENTO DO SEU DEVER DE ZELAR PELO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO, POSTO INEGAVELMENTE EM RISCO EM VIRTUDE DOS ATOS DEPREDATÓRIOS CONSUMADOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEI N. 6.938/1981.

O ente público é solidário, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei n. 6.938/1981, por danos ambientais e urbanísticos que venha, direta ou indiretamente, causar. A situação é mais singela quando o próprio Poder Público, por atuação comissiva, causa materialmente a degradação [...]. (Negrito nosso).

Se é certo que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, tirado da leitura do texto constitucional, enfrenta pelo menos duas exceções principais. **Primeiro, quando a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente Lei n. 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º.** Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um dever de ação estatal direto e mais rígido que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. (Negrito nosso).

Para Vera Lúcia Jucovsky, o Estado pode ser responsabilizado por danos ao ambiente, por comportamento comissivo ou omissivo, razão pela qual também cabe sua responsabilização quando, por omissão, falha no seu dever de fiscalização, vigilância e controle (*Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 55). Acerca do tema, confira-se ainda Édis Milaré (*Direito do meio ambiente*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 766-767). (Negrito nosso).

Segundo entendemos, o Estado também pode ser solidariamente responsabilizado por danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever fiscalizar e impedir que tais atos aconteçam. Esta posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (Negrito nosso).

Na mesma linha, Paulo Affonso Leme Machado (*Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 352).

Para compelir, contudo, o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízos 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. (Negrito nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem admitindo, reiteradamente, a responsabilidade do Estado, em matéria ambiental, por omissão no seu dever de controle e fiscalização (REsp n. 1234056, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 26-4-2011). (Negrito nosso).

Em igual norte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. [...].

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

[...]

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva) (REsp n. 604.725/PR, rel. Min. Castro Meira). [...] (Negrito nosso).

E, no Superior Tribunal de Justiça, são três teses elaboradas pela Secretaria de Jurisprudência do STJ, com os respectivos precedentes, conforme seguem:

7) Os responsáveis pela degradação ambiental são co-obrigados solidários, formando-se, em regra, nas ações civis públicas ou coletivas litisconsórcio facultativo.

Precedentes: AgRg no AREsp 432409/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 19/03/2014; REsp 1383707/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 05/06/2014; AgRg no AREsp 224572/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 11/10/2013; REsp 771619/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 1060653/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 20/10/2008; REsp 884150/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008; REsp 604725/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJe 22/08/2005; REsp 1377700/PR (decisão monocrática), Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 08/09/2014, DJe 12/09/2014; Ag1280216/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 28/03/2014, DJe 03/04/2014. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 360)

8) Em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado.

Precedentes: AgRg no REsp 1001780/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 04/10/2011; REsp 1113789/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; REsp 1071741/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009; DJe 16/12/2010; AgRg no Ag 973577/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 19/12/2008;

AgRg no Ag 822764/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJe 02/08/2007; REsp 647493/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJe 22/10/2007; AGRESP 495377/RJ (decisão monocrática) Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 28/05/2014, DJe 02/06/2014. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 427)

10) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexó de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC)

Precedentes: REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014, (julgado sob o rito do art. 543-C); AgRg no AgRg no AREsp 153797/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 16/06/2014; REsp 1373788/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 20/05/2014; AgRg no REsp 1412664/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 11/03/2014; AgRg no AREsp 273058/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 17/04/2013; AgRg no AREsp 119624/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012; REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012 (julgado sob o rito do art. 543-C); REsp 442586/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2002, DJe 24/02/2003; AREsp 642570/PR (decisão monocrática), Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 02/02/2015, DJe 18/02/2015. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 545)

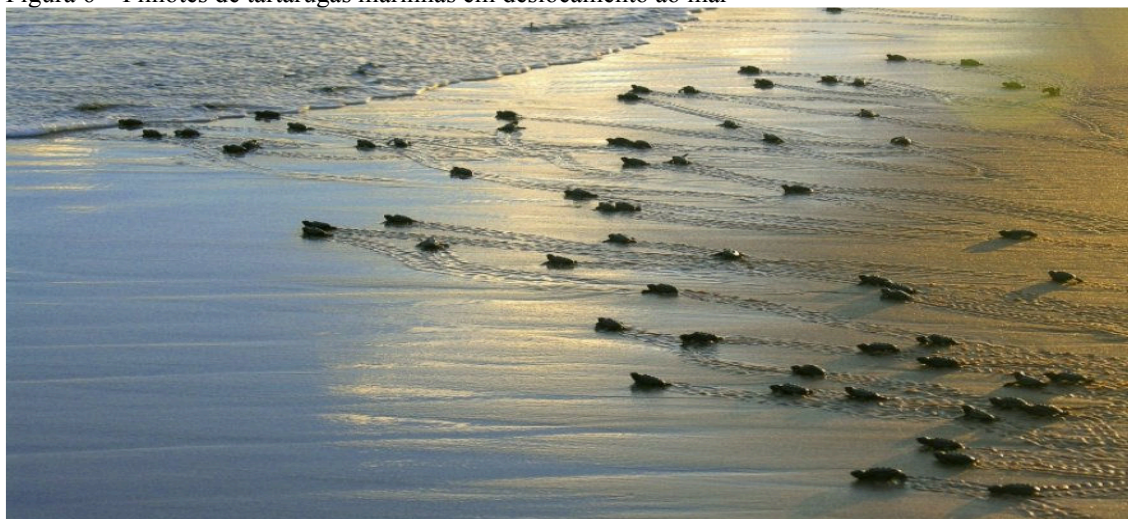
CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo principal a análise da responsabilidade civil do Estado, buscando identificar com base no ordenamento jurídico normativo, na doutrina e na jurisprudência nacionais, qual o regime/tipo de responsabilidade civil que deve ser aplicado ao Poder Público (teoria subjetiva/aquiliana ou teoria objetiva); qual a modalidade de risco/teoria de risco pertinente à responsabilidade civil objetiva estatal (entre as duas principais – risco integral ou risco administrativo) e, finalmente, de que forma deve ser exigida a responsabilidade civil do Estado (solidária ou supletivamente/subsidiariamente ao degradador principal) para o caso de danos ambientais decorrentes de condutas omissivas e/ou falhas quanto ao poder-dever de implementação de políticas públicas, que caracterize, assim, inoperância e/ou omissão do Estado na gestão do uso dos recursos pesqueiros, detidamente à problemática das capturas incidentais da fauna marinha ameaçada de extinção. Em síntese, podemos afirmar que os resultados do estudo restaram gravosos para o Estado, pois o foram sempre no sentido de mais rigor na responsabilidade atribuída. Assim, constatou-se, primeiramente, que o Estado deve **responder objetivamente** aos danos ambientais decorrentes das capturas incidentais de espécies da fauna marinha ameaçada de extinção – **como regime/tipo de responsabilização**. Isso significa dizer que responderá civilmente, reparando e/ou indenizando pelo dano ambiental ocorrido, independentemente de – prova no sentido de – ter agido com culpa ou não. Na sequência, acerca da **modalidade ou teoria aplicada ao risco**, chegou-se à **teoria do risco integral**, que importa na responsabilidade civil sem a possibilidade de alegar-se qualquer excludente de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior, a culpa de terceiro ou a culpa exclusiva da vítima e, por fim, a pesquisa concluiu que o Estado em caso de ação judicial civil, responderá **de forma solidária** ao degradador principal, ou melhor, poderá ser o único a ser demandado em juízo ou poderá responder juntamente com o degradador/poluidor principal, situação em que ambos responderão pelo dano ambiental ou, ainda, como entendem alguns juristas e consoante algumas decisões judiciais, inclusive do nosso Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, quando se tratar de omissão no dever de controle e fiscalização, o Estado deve responder solidariamente, mas **na condição de devedor subsidiário** da ação judicial, ou seja, como devedor-reserva, caso em que integra o título executivo, porém somente será convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (devedor principal) não o fizer, a chamada execução subsidiária ou com ordem de preferência.

Às vésperas da década do oceano, declarada pelas Nações Unidas como a “Década Internacional da Oceanografia para o Desenvolvimento Sustentável”, cujo período compreenderá os anos de 2021 até 2030, e que tem como objetivo ampliar a cooperação internacional em pesquisa e promover a preservação dos oceanos, assim como a gestão dos recursos naturais de zonas costeiras, este estudo contempla inegável pertinência e ao mesmo tempo contemporaneidade. Isso porque, a problemática da captura incidental de espécies aquáticas ameaçadas de extinção nas artes de pesca – como dano ambiental –, e a consequente responsabilização civil do Estado, é assunto quase inexistente no mundo jurídico, assim como acanhado perante a gestão ambiental nacional. Outro ponto importante que se destaca nesta pesquisa é o da inexigibilidade do licenciamento ambiental para a pesca, como inconstitucionalidade na gestão pública dos recursos pesqueiros e das demais espécies da fauna aquática. Cumpre ressaltar, todavia, a necessidade de mais pesquisas analíticas acerca de como outros países estão lidando com a problemática das capturas incidentais nas artes de pesca, em termos de políticas públicas já implementadas, principais normas legais, doutrinas e jurisprudências direcionadas à redução de riscos de desaparecimento de mais espécies da fauna marinha.

Por derradeiro, informamos que o objetivo maior desta obra foi contribuir, ainda que de forma singela, com a proteção do meio ambiente natural, como propósito e missão pessoal. Esperamos, assim, que sirva de base para futuras pesquisas envolvendo a responsabilidade civil do Estado e, quiçá, possa contribuir para uma mudança de pensamento com vistas à conscientização e consequente concretização de políticas públicas mais eficientes, que comportem programas, projetos etc. adequados para a minimização do problema ambiental ora estudado.

Figura 6 – Filhotes de tartarugas marinhas em deslocamento ao mar



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1954 *apud* BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ibama tem de criar licença ambiental para a pesca**. Revista Consultor Jurídico, 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-abr-07/ibama_criar_licenca_ambiental_pesca>. Acesso em: 16 jun. 2020.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, n. 30, p. 233-256, abr. 2011.

BECKER, Anelise. **O licenciamento ambiental da pesca e a licença a cargo da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca – Comentários aos artigos 23 e 27, inciso XV, da Lei n. 10.683/2003**. Boletim Científico. ESMPU, Brasília, a. II – n. 9, p. 11-30 – out./dez. 2003.

BECKER, Anelise. **Notas sobre a classificação penal da captura de peixes ameaçados de extinção**. Boletim Científico. ESMPU, Brasília, a. 15 – n. 48, p. 81-94 – jul./dez. 2016.

BERTOZZI, Carolina P.; ZERBINI, Alexandre N. **Incidental Mortality of Franciscana (*Pontoporia blainvillei*) in the Artisanal Fishery of Praia Grande, São Paulo State, Brazil**. LAJAM 1(1): 153-160, Special Issue 1, 2002.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Decisão obtida pela PF/SE esclarece atuação do Ibama na fiscalização pesqueira**. Notícia publicada em 19/06/2018 e alterada em 22/04/ 2019. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/672407>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018 e 05 set. 2019.

_____. Lei 6.938, 31.08.1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. **Plano de ação nacional para a conservação do pequeno cetáceo Toninha: *Pontoporia blainvillei*.** Ana Paula Madeira Di Beneditto *et al.* Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, ICMBio, 2010.

_____. **Plano de ação nacional para a conservação dos mamíferos aquáticos: pequenos cetáceos.** André Silva Barreto *et al.* Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, ICMBio, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 647493.** Relator: Ministro João Otávio de Noronha. <Disponível em:http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94742>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 200801460435.** Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJE em: 16/12/2010. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.071.741.** Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJ em: 16/12/2010. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1356978/SC.** Relatora: Ministra Eliana Calmon. Publicado no DJe em: 17/09/2013. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.474/SC.** Relator: Ministro Humberto Martins. Publicado no DJe em: 30/04/2015. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1345620/RS.** Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Publicado no DJe em: 02/12/2015. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses nº 30.** Secretaria de Jurisprudências. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 677283.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe em 08/05/2012. Acesso em: 23/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 754.778**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicado no DJe em 19/12/2013. Acesso em: 23/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 677139 AgR-EDv-AgR**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe em 09/12/2015. Acesso em: 23/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 841526/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJe em 30/03/2016. Acesso em: 23/09/2017.

_____. Tribunal de Justiça do PR. **Apelação Cível nº 118.652-1**. Relator: Des. Ivan Bortoleto.

_____. Tribunal de Justiça do PR. 2ª C. Criminal. **AC - 1206980-2** - Ponta Grossa. Rel.: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida - Unânime - J. 11.12.2014. Disponível em: <<https://consumidor.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=156>>. Acesso em: 18/8/2020.

_____. Tribunal de Justiça do PR. 2ª C. Criminal. **AC - 950876-7** - Uraí. Rel.: Juíza Fabiana Silveira Karam - Unânime - J. 20.03.2014. Disponível em: <<https://consumidor.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=156>>. Acesso em: 18/8/2020.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Embargos Infringentes nº 70001620772**. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Data de julgamento: 01/06/2001. <Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/ambiente/jurisprudencia/id2469.htm>> Acesso em: 20/12/2018.

_____. Tribunal de Justiça de SC. **Apelação Cível nº 0000727-22.2008.8.24.0167**, de Garopaba. Relator: Des. Vilson Fontana. Data de julgamento: 18/10/2018. <Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>> Acesso em: 14/10/2019.

_____. Tribunal de Justiça de SC. **Apelação Cível nº 2011.030774-0**, de Palhoça. Relator: Des. Vanderlei Romer. Data de julgamento: 02/08/2011. <Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>> Acesso em: 16/10/2019.

BROWNELL Jr., Robert L. *et al.* **Bycatch in gillnet fisheries threatens Critically Endangered small cetaceans and other aquatic megafauna**. *In: Endangered Species Research*. 2019. V.40. p. 285–296. Disponível em: <https://doi.org/10.3354/esr00994>. Acesso em: fev. 2020.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: RT, 1981 *apud* ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, n. 30, p. 233-256, abr. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: RT, 2007 *apud* ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, n. 30, p. 233-256, abr. 2011.

CARMO, Wagner. **Os Danos Ambientais e a Responsabilidade Civil do Estado**. 2019. <Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br>> Acesso em: 12/09/2019.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1991 *apud* ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, n. 30, p. 233-256, abr. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**, R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set., 2011.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2012 *apud* PIRES, Paula Fabrine Andrade. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. 2017. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50875/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao>>. Acesso em: 05 set 2019.

CBD – CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY (2012). Secretariat of the CBD. **Marine Biodiversity – One Ocean, Many Worlds of Life**. Montreal, 77 pages. Disponível em: <<http://www.cbd.int/idb/doc/2012/booklet/idb-2012-booklet-en.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CREMER, Marta Jussara *et al.* **Franciscana Dolphin Mortality in Franciscana Management Area II (FMA II), Southeastern Brazil**. 2018.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil no plano ecológico**. Revista Forense, v. 317, pp. 3-12. Rio de Janeiro: Forense, 1992 *apud* BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DÍAZ, Sandra *et al.* **Biodiversity Regulation of Ecosystem Services**. Chapter 11. *In: Ecosystems and Humam Well-being: Current State and Trends*. 2005. p. 299-322. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/261643225>. Acesso em: fev. 2020.

DI BENEDITTO, Ana Paula Madeira *et al.* **Fishing Activity in Northern Rio de Janeiro State (Brazil) and its Relation with Small Cetaceans.** 1998.

DI BENEDITTO, Ana Paula Madeira. **Interactions between gillnet fisheries and small cetaceans in northern Rio de Janeiro, Brazil:** 2001-2002. LAJAM 2(2): 79-86, July/December 2003.

DINIZ, Cirlene; MIRANDA Sandra de Mello Carneiro. **Responsabilidade do Estado por Danos Ambientais Decorrentes da Omissão do Poder Público no Exercício do Poder de Polícia.** In: CONPEDI; UFSC. (Org.). **Direito Ambiental III.** 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 292-309. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 706 p. v. 7. *apud* GUIMARÃES, Ana Beatriz da Motta Passos. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes de Condutas Omissivas.** 1 ed., Curitiba: Juruá, 2015, 166 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18^a ed. São Paulo: ATLAS *apud* SANTOS, Danillo Lima dos. **Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes.** 2017. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49587/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao-e-suas-correntes>>. Acesso em: 05 set. 2019.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations). **Aplicação prática da abordagem ecossistêmica às pescas.** 2013. Roma: FAO, 83 p. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/016/i2727e/i2727e.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2020.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations). **Diretrizes Internacionais para a Gestão de Capturas Incidentais e Redução de Descartes.** 2011. Roma: FAO, 73 p. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/016/i2727e/i2727e.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2020.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations). **The State of World Fisheries and Aquaculture.** 2012. Roma: FAO, 230 p. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/016/i2727e/i2727e.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2018.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations). **Uma terceira avaliação das rejeições globais da pesca marinha.** 2019. Roma: FAO, 78 p. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/016/i2727e/i2727e.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations). **Apêndice C** do Relatório da Reunião de Especialistas para Desenvolver **Diretrizes Técnicas para Reduzir a Captura Incidental de Mamíferos Marinhos na Pesca**. Setembro de 2019. Roma: FAO. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/016/i2727e/i2727e.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado**. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2006 *apud* BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

GUIMARÃES, Ana Beatriz da Motta Passos. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes de Condutas Omissivas**. 1 ed., Curitiba: Juruá, 2015, 166 p.

GUIMARÃES, Suzana Machado (Projeto Aruanã) *et al.* 2017. **Captura incidental de tartarugas marinhas por pesca de arrasto industrial de fundo no Atlântico Sudoeste Tropical**. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-the-marine-biological-association-of-the-united-kingdom/article/incidental-capture-of-sea-turtles-by-industrial-bottom-trawl-fishery-in-the-tropical-southwestern-atlantic>>. Acesso em: 03 jun 2020.

HUPFFER, Haide Maria *et al.* **Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal**. 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 14 set 2019.

JUCOVSKY, Vera Lucia Rocha Souza. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais no Brasil e em Portugal**. 1998. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

JURAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins; MACHADO, Gustavo Silveira. **A Relação entre a Saúde da População e a Conservação do Meio Ambiente**. Câmara dos Deputados. 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?s>. Acesso em: 20 nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A responsabilidade do Estado**. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006. p. 226-248 *apud* GUIMARÃES, Ana Beatriz da Motta Passos. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes de Condutas Omissivas**. 1 ed., Curitiba: Juruá, 2015, 166 p.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. 2007. **A Responsabilidade Civil do Estado por Danos ao Meio Ambiente**. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

LOPES CAVALCANTE, Márcio André. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em: 05 de set. de 2019 *apud* SANTOS, Danillo Lima dos. **Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes**. 2017. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49587/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao-e-suas-correntes>>. Acesso em: 05 set. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 807 p. *apud* GUIMARÃES, Ana Beatriz da Motta Passos. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes de Condutas Omissivas**. 1 ed., Curitiba: Juruá, 2015, 166 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 683 *apud* SANTOS, Danillo Lima dos. **Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes**. 2017. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49587/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao-e-suas-correntes>>. Acesso em: 05 set. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p. *apud* GUIMARÃES, Ana Beatriz da Motta Passos. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes de Condutas Omissivas**. 1 ed., Curitiba: Juruá, 2015, 166 p.

MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antonio Herman. V. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental - Teoria, Prática e Legislação**, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Pesca Artesanal Legal - Pescador da Região Sul/Sudeste: Conheça seus Direitos e Deveres**. 2017, p. 11 e 12. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/008_17_cartilha_pesca_legal_publicacao_biblioteca_digital_compressed11>. Acesso em: 22 jul. 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do Meio Ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública**. Revista de Direito Ambiental – 30. Ano 8 – Abril-junho de 2003. Publicação Oficial do Instituto “O Direito por um Planeta

Verde”. Coordenação: Antônio Herman V. Benjamin e Edis Milaré. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

MOTA, Maurício. **A Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais**. 2016. Disponível em: <emporiododireito.com.br>. Acesso em: 03 fev. 2019.

MOURA, Cid Capobiango Soares de. **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública pelo Dano Ambiental Coletivo**. Dissertação. 1 Ed. Belo Horizonte: Editora Clube de Autores, 2013.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 2º Ed. Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 1994.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>>. Acesso em: 27 maio 2020.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais e Improbidade Administrativa Ambiental**. In Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, vol. 1, p. 517 – 528, Mar/2011. Disponível em: site Univille, Revista dos Tribunais Online. <<https://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

PEREIRA, E.S. **O uso do dispositivo exclutor de tartarugas marinhas (TED) na pesca artesanal com rede de arrasto de camarão na região de Ubatuba (SP, Brasil)**. 17º Simpósio de Biologia Marinha, 2014.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 *apud* BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 5 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

PIRES, Paula Fabrine Andrade. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. 2017. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50875/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao>>. Acesso em: 05 set 2019.

PRADO JHF *et al.* (2016) **Padrões sazonais e interanuais de longo prazo de encalhes de mamíferos marinhos no Atlântico Sul Ocidental Subtropical**. PLoS ONE 11 (1): e0146339. Disponível: <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0146339>>. Acesso: 30 jun. 2020.

PROJETO TAMAR – ICMBio (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade/MMA). **Ação Inédita condena União e IBAMA por mortes de tartarugas marinhas em Sergipe**. Notícia de 21/07/ 2017. Disponível em: <www.tamar.org.br>. Acesso em: 9 jan. 2019.

READ, Andrew J. *et al.* (2006) **Bycatch of marine mammals in U.S. and global fisheries**. *Conserv Biol* 20:163–169.

SALES, Gilberto *et al.* **Captura Incidental de Tartarugas Marinhas pela Frota de Rede de Emalhe de Deriva Sediada em Ubatuba, São Paulo – Brasil**. (Projeto Tamar-IBAMA). 2003.

SANTOS, Danillo Lima dos. **Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes**. 2017. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49587/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao-e-suas-correntes>>. Acesso em: 05 set. 2019.

SECCHI, Eduardo R. *et al.* **Mortality of Franciscanas, *Pontoporia blainvillei*, in Coastal Gillnets in Southern Brazil: 1994-1995**.

SFORZA, Roberto *et al.* **Guia de Licenciamento Tartarugas Marinhas - Diretrizes para Avaliação e Mitigação de Impactos de Empreendimentos Costeiros e Marinhos**. Brasília: ICMBio, 2017. 130 p.

TAGLIOLATTO, Alicia Bertoloto *et al.* **Incidental capture and mortality of sea turtles in the industrial doublerig-bottom trawl fishery in south-eastern Brazil**. *Aquatic Conserv: Mar Freshw Ecosyst*. 2020; 30:351–363. Disponível em: <<https://doi.org/10.1002/aqc.3252>>. Acesso em: 4 jun. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Gestão Ambiental. Levantamento sobre a Gestão do Uso Sustentável dos Recursos Pesqueiros**. Acórdão: 1404/2012- Plenário. Data da sessão: 6/6/2012. Relator: Ministro Augusto Nardes. TC: 034.633/2011-1. Unidade Técnica Responsável: Secex Ambiental.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Levantamento sobre a Gestão do Uso Sustentável dos Recursos Pesqueiros**. 2012. Relator: Ministro Augusto Nardes.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994 *apud* ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes**. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v.18, n. 30, p. 233-256, abr. 2011.

VIANNA, Thaís dos S. *et al.* **Revisão de trinta e dois anos de enalhes de baleias dentadas em Santa Catarina, sul do Brasil (Cetacea: Odontoceti).** *Zoologia (Curitiba)*, Curitiba, v. 33, n. 5, e20160089, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198446702016000500601&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 30 de junho de 2020.

VIZEU, Fabio *et al.* **Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável.** *Cad. EBAPE.BR*, v. 10, nº 3, artigo 6, Rio de Janeiro, Set. 2012, p.569–583. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=Desenvolvimento+sustent%C3%A1vel+trip%C3%A9+artigos+cient%C3%ADficos&hl=ptBR&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholart>. Acesso em 3 de agosto de 2020.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. **Tragédia dos comuns.** Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Trag%C3%A9dia_dos_comuns&oldid=58629634>. Acesso em: 27 ago. 2020.

ANEXOS

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.493 – SC (2017/0246103-4)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

AGRAVANTE: FERNANDO GERVASIO DA LUZ FILHO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

FERNANDO GERVÁSIO DA LUZ FILHO agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial, fundado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal e interposto contra acórdão do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, que, ao julgar o Recurso em Sentido Estrito n. 5006520-74.2017.4.04.7200/SC, interposto pelo Ministério Público Federal, afastou a aplicação do princípio da insignificância e determinou o prosseguimento do processo-crime.

Nas razões do recurso especial, aponta a defesa contrariedade ao art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998. Alega que, “no presente caso, não houve apreensão de pescados, e em que pese estar o recorrente em local proibido para pesca, sua conduta não causou lesão ao bem jurídico tutelado” (fl. 74). **Requer**, ao final, o conhecimento e o provimento do recurso, para que o recorrente **seja absolvido** por atipicidade da conduta, em virtude da aplicação do princípio da insignificância.

O apelo especial, no entanto, foi inadmitido no juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal *a quo* (fls. 95-96), **ante a incidência da Súmula n. 83 do STJ**, o que ensejou a interposição deste agravo (fls. 102-110).

O agravante alega, contudo, que “a matéria em análise não se encontra definitivamente pacificada perante os tribunais superiores, sobretudo quando há, ainda, recentes decisões que entenderam pela atipicidade da conduta quando há pequena lesividade na pesca proibida, descrita no art. 34 da Lei 9.605/98” (fls. 104-105).

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 137-142, pelo desprovimento do agravo.

Decido.

O agravo é tempestivo e preencheu os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais **comporta conhecimento**.

Segundo se afere dos autos, o agravante foi flagrado por fiscais do ICMBio, na enseada de São Miguel, Baía Norte, em Área de Proteção Ambiental do Anhatomirim, Município de Florianópolis, pescando em um bote, com petrechos e rede de pesca proibidos (fl. 54).

A questão versa, então, sobre a viabilidade de aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, ou seja, no âmbito de suposta conduta delitiva prevista no art. 34 da Lei n. 9.605/1998, de forma a permitir a absolvição do agravante por atipicidade de sua conduta.

O constituinte originário, ao inserir o art. 255 na Constituição Federal de 1988, concedeu tutela especial à proteção do meio ambiente, de modo a qualificar o Direito Ambiental como um ramo da ciência jurídica que não se volta apenas para o presente, “**mas que também deve buscar o futuro**” (LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. **O princípio da insignificância nos crimes ambientais**: a insignificância da insignificância atípica nos crimes contra o meio ambiente da Lei 9.605/98. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 17).

Complementa o citado doutrinador que “as específicas características do direito ambiental não se esgotam nessa explícita previsão constitucional. A questão da relevância ou insignificância das condutas lesivas ao meio ambiente não deve considerar apenas questões jurídicas ou a dimensão econômica da conduta, mas levar em conta esse equilíbrio ecológico que faz possíveis as condições da vida nesse Planeta”.

Sob outro prisma, é certo que a intervenção do Direito Penal somente se legitima “nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social através da prevenção de fatos lesivos.” (SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 247, tradução livre).

Além disso, na escolha dos **bens jurídicos a tutelar**, é preciso que se tenha presente – como adverte Juarez Tavares – que a intervenção penal do Estado se dá, sob a ótica puramente formal, a partir da tipificação de condutas. Porém, **sob o enfoque material**, exige-se que tal intervenção leve em consideração serem as condutas proibidas produto de seres humanos, enquanto inseridos em condicionamentos sociais, o que legitima a norma apenas se tiver ela como escopo impedir uma **lesão concreta de um bem jurídico**. (*Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número de lançamento, RT, p. 75/87).

Diante de tais alertas, **“haverá lesão ambiental penalmente insignificante quando a avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado indicar que é ínfimo o grau da lesividade da conduta praticada contra o bem ambiental tutelado”** (SILVA, Ivan Luiz. *Princípio da insignificância e os crimes ambientais*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 106).

Nessa feita, **só é possível reconhecer a existência de lesão ambiental penalmente insignificante quando essa dúplici avaliação indicar um grau de lesividade ínfimo da conduta examinada.**

Avaliando o caso em apreço, muito embora não haja sido apreendido nenhum pescado, percebo como nitidamente presente o desvalor significativo da conduta do agravante, haja vista **não apenas o local da atividade pesqueira – área de reserva biológica –, mas também a forma como foi praticado o delito (utilização de redes) se mostrarem potencialmente capazes de colocar em risco a reprodução das espécies da fauna local.**

A propósito, consignou o Tribunal de origem que **“a fixação de redes no substrato da baía representa risco a captura incidental da população de botos, animais estes considerados em extinção no Estado de Santa Catarina”** (fls. 55-56).

Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécimes apreendidas.

Nesse sentido:

[...]

3. O acórdão recorrido está de acordo com o entendimento desta Corte, no sentido de que não é insignificante a conduta de pescar em local e época proibida, e com **petrechos proibidos para pesca, ainda que não tenha sido apreendido qualquer peixe em poder do recorrente.**

4. Recurso especial improvido. (**Resp n. 1.620.778/SC**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., Dje 27/9/2016, destaquei)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI N. 9.605/1998. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ATIPICIDADE DE CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Na espécie, é significativo o desvalor da conduta do agravante, embora não haja sido apreendido nenhum pescado, pois o *modus operandi* – pesca praticada com petrechos proibidos (rede tipo feiteiceira, de malha 120 mm, com aproximadamente 160 m) – é capaz de colocar em risco a fauna local, por alcançar, potencialmente, as espécimes indistintamente, nas diversas fases do ciclo vital. 2. **Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécimes apreendidas.** 3. Agravo regimental não provido. (**AgRg no Resp n. 1.651.092/SC**, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., Dje 13/06/2017, grifei)

Verifica-se, portanto, que o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, a teor da Súmula n. 83 do STJ.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, “b”, parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Publique-se e intímese.

Brasília (DF), 16 de abril de 2018.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS 160.362 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

PACTE. (S): FERNANDO GERVASIO DA LUZ FILHO

IMPTE. (S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Fernando Gervasio da Luz Filho, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no AREsp 1.172.493/SC.

O Juízo Federal da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Florianópolis/SC, forte no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolveu o paciente do crime de pesca em área de preservação ambiental, com utilização de petrechos proibidos (arts.34, parágrafo único, II, c/c 36, da Lei 9.605/1998).

Em sede de recurso em sentido estrito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao recurso ministerial para afastar o princípio da insignificância e determinar o prosseguimento da ação penal.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso especial, que, inadmitido na origem, ensejou o manejo de agravo ao Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Rogerio Schietti Cruz, via decisão monocrática, negou provimento ao AREsp 1.172.493/SC. Ato contínuo, a Corte Superior negou provimento ao agravo regimental lá interposto.

No presente *writ*, a Impetrante defende a atipicidade da conduta, visto que “o paciente não estava em ato de pesca quando foi flagrado, mas somente dentro do bote” e que “nenhum pescado foi encontrado”. Aponta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Pontua que a apreciação da matéria não demanda revolvimento fático probatório. Requer, em medida liminar, a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado até o julgamento final da presente impetração. No mérito, pugna pelo reconhecimento da atipicidade da conduta. Em 15.8.2018 indeferi a liminar.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pela denegação do *habeas corpus*.

É o relatório.

Decido.

Extraio do ato dito coator:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME AMBIENTAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI N. 9.605/1998. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ATIPICIDADE DE CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade diante da existência de previsão legal e regimental para que o relator julgue, monocraticamente, o agravo em recurso especial quando constatar óbices de admissibilidade ou se fundamentar na jurisprudência dominante desta Corte Superior.

2. Na espécie, embora não haja sido apreendido nenhum pescado, é significativo o desvalor da conduta do agravante, haja vista não apenas o local da atividade pesqueira – área de reserva biológica –, mas também a forma como foi praticado o delito (utilização de redes) se mostrarem potencialmente capazes de colocar em risco a reprodução das espécies da fauna local.

3. Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécies apreendidas.

4. Agravo regimental não provido.

A jurisprudência desta Corte é no sentido da inviabilidade, como regra, de utilização do *writ* como sucedâneo recursal ou revisão criminal (RHC 123.813/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 21.11.2014; HC 121.255/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 01.8.2014), com ressalva, nesta última hipótese, de serem os fatos incontroversos (HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 06.3.2018).

Além disso, firme o entendimento desta Corte, forte no magistério jurisprudencial de seu eminente decano, Ministro Celso de Mello, no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 19.11.2004).

Já no julgamento do HC 126.273-AgR/MG, DJe 29.5.2015, o saudoso Ministro Teori Zavascki ressaltou a necessidade de interpretar os aludidos vetores em sua integralidade, que compreende mais do que a simples expressão patrimonial do resultado da conduta, pontuando que, *‘a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal’*.

Ao analisar o vetor relativo ao grau de reprovabilidade do comportamento do paciente, o Superior Tribunal de Justiça valorou as circunstâncias em que praticada a conduta, nos seguintes termos:

Avaliando o caso em apreço, muito embora não haja sido apreendido nenhum pescado, percebo como nitidamente presente o desvalor significativo da conduta do agravante, haja vista não apenas o local da atividade pesqueira – área de reserva biológica –, mas também a forma como foi praticado o delito (utilização de redes) se mostrarem potencialmente capazes de colocar em risco a reprodução das espécies da fauna local. Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécimes apreendidas.

Aliás, na esteira do acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *“in casu, entendo que a atividade pesqueira no interior de reserva biológica apresenta potencial lesivo ao meio ambiente, não se aplicando o princípio da insignificância. Com efeito, a fixação de redes no substrato da baía representa risco a captura incidental da população de botos, animais estes considerados em extinção no Estado de Santa Catarina, conforme a Resolução Consema nº 002/2011”*.

A Corte Regional, *per relationem*, também adotou como razão de decidir o parecer ministerial no sentido de que a *“Área de Proteção Ambiental do Anhatomirim é uma unidade de conservação federal que tem por objetivo assegurar a proteção de população residente de boto, sua área de alimentação e reprodução, além do remanescente do Bioma da Mata Atlântica e fontes hídricas locais”*. Nesse espectro, *“a conduta do acusado é efetivamente ofensiva ao equilíbrio e à harmonia do meio ambiente, sendo essa circunstância mais relevante do que o eventual dano de natureza patrimonial, motivo pelo qual é incabível a aplicação do princípio da insignificância jurídica ao caso”*.

Não há teratologia ou constrangimento ilegal no ato apontado como coator que, fundado nas especificidades circunstanciais do caso concreto, concluiu pelo afastamento do vetor *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento* e, conseqüentemente, pela não incidência do princípio da insignificância.

Para concluir em sentido diverso, imprescindível seria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita (HC 92.887/GO, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 19.12.2012).

De todo modo, em caso análogo ao dos autos, esta Suprema Corte, no julgamento do RHC 125.566/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 26.10.2016, DJe 28.11.2016, além de consignar que o crime ambiental tipificado no art. 34 da Lei 9.605/1998 decorre do mandamento constitucional do art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, afastou a tese defensiva de insignificância em acórdão assim ementado:

“Recurso ordinário em habeas corpus. Pesca em período proibido. Crime ambiental tipificado no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.605/98. Proteção criminal decorrente de mandamento constitucional (CF, art. 225, § 3º). Interesse manifesto do estado na repressão às condutas delituosas que venham a colocar em situação de risco o meio ambiente ou lhe causar danos. Pretendida aplicação da insignificância. Impossibilidade. Conduta revestida de intenso grau de reprovabilidade. Crime de perigo que se consuma com

a simples colocação ou exposição do bem jurídico tutelado a perigo de dano. Entendimento doutrinário. Recurso não provido. 1. A proteção, em termos criminais, ao meio ambiente decorre de mandamento constitucional, conforme prescreve o § 3º do art. 225: “[a]s condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

2. Em razão da sua relevância constitucional, é latente, portanto, o interesse do estado na repreensão às condutas delituosas que possam colocar o meio ambiente em situação de perigo ou lhe causar danos, consoante a Lei nº 9.605/98.

3. Essa proteção constitucional, entretanto, não afasta a possibilidade de se reconhecer, em tese, o princípio da insignificância quando há a satisfação concomitante de certos pressupostos, tais como: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (RHC nº 122.464/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 12/8/14).

4. A conduta praticada pode ser considerada como um crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade do dano.

5. O comportamento do recorrente é dotado de intenso grau de reprovabilidade, pois ele agiu com liberalidade ao pescar em pleno defeso utilizando-se de redes de pesca de aproximadamente 70 (setenta) metros, o que é um indicativo da prática para fins econômicos e não artesanais, afastando, assim, já que não demonstrada nos autos, a incidência do inciso I do art. 37 da Lei Ambiental, que torna atípica a conduta quando praticada em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família.

6. Nesse contexto, não há como afastar a tipicidade material da conduta, tendo em vista que a reprovabilidade que recai sobre ela está consubstanciada no fato de o recorrente ter pescado em período proibido utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático.

7. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.”

Portanto, estando o ato dito coator em conformidade com a orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal a respeito dos vetores basilares de aplicação do princípio da insignificância, não há margem para a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Anoto, por fim, que em consulta ao sítio eletrônico disponibilizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verifico que em audiência realizada em 07.11.2017, o Juízo Federal da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Florianópolis/SC homologou a suspensão condicional do processo em favor do paciente, pelo prazo de 2 (dois) anos, de acordo com o art. 89 da Lei 9.099/1995.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 21, § 1º, do RISTF).

Publique-se.
Brasília, 28 de setembro de 2018.
Ministra Rosa Weber
Relatora

AUTORIZAÇÃO

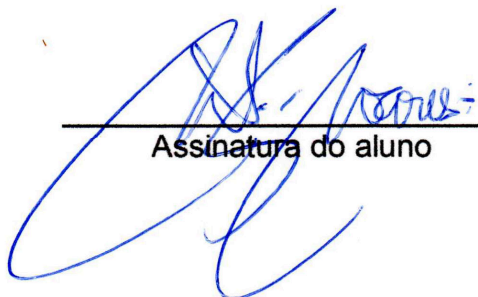
Nome do autor: Silvana Gilda Soares

RG: 3.004.333-6

Título da Dissertação: A Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes da Omissão na Gestão dos Recursos Pesqueiros – Capturas Incidentais de Espécies Ameaçadas de Extinção

Autorizo a Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, através da Biblioteca Universitária, disponibilizar cópias da dissertação de minha autoria.

Joinville, 19 de abril de 2021



Assinatura do aluno