

Riscos Ambientais e o Paradigma Jurídico

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel¹

1. Introdução. 2. Riscos e paradigma jurídico. 3. Riscos e o Direito Ambiental. 4. Repercussões na responsabilidade civil. 5. Repercussões no Direito Penal. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho trata das questões de risco e de sua assimilação pelo ordenamento jurídico a partir principalmente de mecanismos que procuram enfrentá-lo de maneira individualizada, seja na esfera civil, seja na esfera penal. Além de trazer os desenvolvimentos das doutrinas pátria e estrangeira, o trabalho traz julgados importantes nos quais as questões ventiladas teoricamente se manifestam em casos concretos.

Palavras-chave: Direito Ambiental – Sociedade de Risco – Gerenciamento de riscos – Tutela Inibitória – Crimes ambientais de perigo abstrato

Abstract: The present work deals with issues of risk and its assimilation by law from seeking mechanisms mainly face it on an individual basis, either in the civil sphere, whether in criminal cases. Besides bringing the developments of the country and foreign doctrines, the work brings deemed important in which the issues ventilated theoretically manifest in concrete cases.

Keywords: Environmental Law - Company Risk - Risk Management - Inhibitory Tutelage - Environmental Crimes abstract danger

¹ Professor da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO), Mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ.

1. Introdução

A noção de risco não é algo inédito para o direito. Teóricos das ciências jurídicas e sociais vem descrevendo a categoria do risco e elevando-a ao patamar de noção fundamental para compreender a modernidade, seus aspectos ameaçadores e suas soluções. Os riscos surgem enquanto produto de certa racionalidade. Mas o que seriam os riscos? Para Yvette Veyret:

“O risco, objeto social, define-se como a percepção do perigo da catástrofe possível. Ele existe apenas em relação a um indivíduo e a um grupo social ou profissional, uma comunidade, uma sociedade que o aprende por meio de representações mentais e com ele convive por meio de práticas específicas. Não há risco sem uma população ou indivíduo que o perceba e que poderia sofrer seus efeitos. Correm-se riscos, que são assumidos, recusados, estimados, avaliados, calculados... o risco é uma construção social. A percepção que os atores têm de algo que representa um perigo para eles próprios, para os outros e seus bens contribui para construir o risco que não depende unicamente de fatos ou processos objetivos. Nada espantoso, ainda, que o risco, tal como acabamos de defini-lo, não exista em todas as culturas”².

Ao analisar a utilização do termo “risco” espaço e temporalmente, Giddens conclui que o mesmo começa a ser empregado, principalmente, a partir do século XVI no contexto das grandes navegações, o que explicaria sua introdução na língua inglesa a partir dos idiomas ibéricos europeus³. Partindo da premissa de que o risco surge e, principalmente, desenvolve-se enquanto categoria da modernidade, ele conclui:

“As culturas tradicionais não tinham conceito de risco porque não precisavam disso. Risco não é o mesmo que infortúnio ou perigo. Risco se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação às possibilidades futuras. A palavra só passa a ser amplamente utilizada em sociedades orientadas para o futuro – que vêem o futuro precisamente como território a ser conquistado ou colonizado. O conceito de risco pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com o seu passado – de fato, a característica primordial de uma civilização industrial moderna”⁴.

² VEYRET, Ivette (Org.). Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente. São Paulo: Contexto Ed., 2007, p. 11; 23.

³ GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 31-32.

⁴ GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 33. Cabe aqui destacar que Philippe Pelletier, após examinar aspectos culturais, religiosos e lingüísticos nipônicos, chega à conclusão que a categoria de risco natural tal como se conhece na maioria dos países ocidentais não tem semelhante no Japão. Os riscos estariam ligados à noção de natureza e não há no dicionário nipônico palavra que traduza com nitidez o que o risco significa para países como França, Alemanha, Estados Unidos, etc. (Um Japão sem riscos? In: Ivette Veyret (Org.). Ob. Cit., p. 201-219).

Ulrich Beck no mesmo sentido conceitua risco como “*a maneira sistemática de lidar com catástrofes e inseguranças, introduzidas pela modernização e com ela relacionadas, sendo politicamente reflexivo*”⁵. Para Beck, *Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento(institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo*⁶.

Os riscos geralmente são representados por uma magnitude e uma probabilidade. Voltando ao exemplo do furto de um automóvel, a magnitude pode, no caso de um furto, ser medida pelo valor de mercado deste (se não recuperado) ou pelo valor do conserto das avarias (se recuperado). Já a probabilidade irá variar de acordo com as estatísticas definidas em função das ocorrências de furtos e roubos em determinada região na qual reside o proprietário do veículo. Outros fatores concorrem para o cálculo do valor a ser pago mensalmente como o sexo e a idade dos condutores, etc. Os cálculos da magnitude e da probabilidade são marcados por incertezas científicas, o que nem sempre é admitido por quem avalia o risco.

É no contexto dos cálculos de risco que as ciências ditas exatas passam a ocupar o lugar de órgão sensorial da sociedade, por meio de testes, teorias, experimentos e instrumentos de monitoramento. Através desses sensores científicos os riscos de determinada atividade privada pública “saem da sombra” para adquirirem visibilidade. Como ver, ou perceber pelo cheiro ou pelo gosto pesticidas, hormônios artificiais e conservantes químicos contidos nos alimentos que comemos? E ainda que nosso corpo dê sinais de que algo anda errado (ex: irritações nos olhos, na garganta e problemas respiratórios) como identificar sensorialmente a fonte do problema (ex: altos níveis de poluição do ar)?

O modelo atual de conhecimento e gerenciamento dos riscos é caracterizado ainda hoje por um domínio dogmático das ciências naturais. Acredita-se que as decisões fundamentadas por estudos científicos – raramente abertos a críticas e diretamente influenciados por quem os encomenda/financia – levem sempre ao progresso. Em resposta a este panorama, Ulrich Beck propõe a abertura à crítica e à resistência das teorias científicas usadas nos processos de tomada de decisões⁷.

⁵ BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. London: Sage Publications, 1992, p. 21.

⁶ BECK, Ulrich. *La Sociedad de Riesgo Global*. Madrid: Siglo Ed., 2000, p. 5.

⁷ BECK, Ulrich. *Ecological Enlightenment: essays on the politics of the risk society*. New York: Humanity Books, 1995, p. 89-93.

Surge então uma questão: os processos decisórios não são capazes de lidar com os problemas que criam. Surge uma nova modalidade de risco, cujas amplas dimensões não permitem sua redistribuição e cujos cálculos associados são, no mínimo, frágeis. Esses riscos podem se converter, inclusive, em vetores de mudanças sociais, desde que assimilados e vistos como resultados de certo projeto de mundo. E nesse contexto que Ulrich Beck cunha a expressão sociedade de risco. Para ele “*sociedade de risco significa que o lado negro do progresso passa, de maneira crescente, a dominar o debate social. O que ninguém via ou não queria ver – a auto-ameaça e a devastação da natureza – está se tornando a força motriz da história*”⁸.

A sociedade de risco se caracteriza pela geração inevitável de riscos que não podem ser controlados e/ou conhecidos de maneira satisfatória a partir de processos decisórios. Os modelos de seguro e previdência, tradicionalmente usados no cálculo e gerenciamento dos riscos, mostram-se insuficientes perante esta nova realidade - a ocorrência de catástrofes que escapam ao conceito de acidente, ultrapassando barreiras especiais, temporais e sociais. Porém, a sociedade de risco não compreende apenas riscos isoladamente, mas como ponto central do debate social e força motora de mudanças sociais⁹. A sociedade de risco somente começa quando a barreira da seguridade é quebrada e quando esse fato é compreendido, percebido e transformado em objeto de conflitos¹⁰.

Beck enxerga duas fases para as sociedades de risco: na primeira a sociedade, apesar dos riscos de autodestruição que enfrenta, continua a agir segundo as mesmas

⁸ BECK, Ulrich *Ecological Politics in the Age of Risk*. Miami: Polity Press, 1995, p. 2. No original: Risk society means an epoch in which the dark sides of the progress increasingly come to dominate social debate. What no one saw and no one wanted – self-endangerment and the devastation of nature – is becoming the motive force of history. Raffaele de Gioorgi procura entender a relação dos riscos com o futuro, negando que estes caracterizem uma segunda modernidade ou uma sociedade de risco. Para o autor italiano, “o risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria antológica da sociedade moderna, nem tão pouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade de construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. É uma modalidade de relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença probabilidade/improbabilidade (*Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1998, p. 197).

⁹ Nesse sentido, ao comentar a obra de Beck, Sergio Costa faz a seguinte observação: “As sociedades modernas tornam-se efetivamente sociedades de risco na medida em que constituem mecanismos de percepção e decodificação discursiva das ameaças existentes. Nesse momento, a presença dos riscos adquire força de mecanismo catalisador e liberador da (auto) crítica social, tornando uma auto-evidência os limites das instituições que nascem com a modernidade (a família nuclear, o Estado moderno, a técnica da ciência em sua forma contemporânea) e a vulnerabilidade dos projetos sociais e pessoais nela enraizados. A sociedade de risco constitui, assim, o contexto no qual o fim das certezas (modernas) vê emergir – como possibilidade – a era da crítica e da reinvenção” (Quase Crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva. In: *Tempo Social*, volume 16, número 2, novembro de 2004, p. 76).

¹⁰ Risk Society and the Provident State. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKY, Bronislaw; WYNNE, Brian (Org.). *Risk, Environment and Modernity: Towards a new ecology*. London: Sage Publications, 1996, p. 41.

categorias que os criaram. Na segunda os riscos entram na agenda política por não poderem ser mais “normativizados”, o que leva ao questionamento das regras de responsabilidade por danos ao ecossistema¹¹. Essa avaliação pode ser feita, em uma certa medida, a partir da análise dos diplomas legais pertinentes à questão dos riscos ambientais e das decisões paradigmáticas tomadas pelo Poder Judiciário na tutela ambiental, ambos influenciados e ao mesmo tempo criticamente analisados pelas doutrinas pátria e estrangeira mais atuais.

2. Riscos e Paradigma Jurídico

A existência de riscos é certamente anterior ao advento das normas de proteção do ambiente. Mesmo antes da consagração do Direito Ambiental enquanto ramo jurídico, teorias, dispositivos e julgados já incorporavam a noção de risco. Os exemplos da sensibilidade do paradigma jurídico aos impactos possíveis de determinadas atividades serão extraídos da história pátria por questões de praticidade. Talvez a principal referência nesse sentido tenha sido a adoção em 1946 pelo Brasil da responsabilidade objetiva (sem a averiguação de culpa do agente) da Administração por danos causados a terceiros¹² com fundamento na teoria do risco. Como elucida Hely Lopes Meirelles:

“Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a certos membros da coletividade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido acolhimento nos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no artigo 194 da CF de 1946”¹³. (Grifou-se)

¹¹ BECK, Ulrich. *Ecological Politics in the Age of Risk*. Miami: Polity Press, 1995, p. 67 a 68; Ob. Cit., 1997, p. 15.

¹² A Constituição da República Federativa do Brasil de 1946 dizia em seu artigo 194 que: “as pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. A redação da atual Constituição de 1988 responsabiliza em seu artigo 37, § 6º, junto com as pessoas de Direito Público as pessoas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos pelos danos morais e materiais (artigo 5º, inciso X). Disponível em <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 17/05/2007.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 631-632. Hely diferencia os atos políticos do Estado dos atos administrativos da Administração, estando somente estes últimos abarcados pela teoria do risco. Também diferencia a teoria do risco da teoria do risco integral, cabendo advertir “que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque a teoria do risco não se confunde com a teoria do risco integral” (Ob. cit, p. 629- 632), que não admite a exclusão da responsabilidade da Administração mesmo nos casos de culpa da própria vítima. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles, “desde que a

A teoria do risco das atividades da Administração comporta, como toda regra, exceções. Hely Lopes Meirelles destaca que a aplicação da teoria do risco, com a responsabilidade objetiva da Administração só decorre dos atos de seus agentes e não por atos de terceiros ou da natureza. Nesses casos a culpa da administração tem que ser provada¹⁴. Para a maioria da doutrina pátria, a responsabilidade por atos omissivos da Administração também está excluída das hipóteses de aplicação da teoria do risco da responsabilidade objetiva¹⁵.

Celso Antonio Bandeira de Mello ainda define uma terceira espécie de dano causado pela Administração quando o Estado gera a situação de risco em razão da qual ocorre o dano, vale dizer, quando o Estado “*produz a situação da qual o dano depende*”, citando como exemplo o acidente de instalação nuclear mantida pelo Estado para fornecer energia para a coletividade¹⁶.

A atual Constituição Brasileira menciona o termo ‘risco’ algumas vezes em seu texto. Assim, prevê no artigo 7º, inciso XXII, a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*. Ao tratar do regime de previdência dos

Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco de sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins” (Ob. Cit., p. 636).

¹⁴ Ob. Cit., p. 637.

¹⁵ Nesse sentido aduz Celso Antonio Bandeira de Mello que “Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 957).

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 962. Nas palavras do autor: o risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos. Uma vez que a sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos em decorrência desta situação de risco e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram sobre apenas alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos. Aliás, no caso de danos oriundos de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, o art. 21, XXIII, letra ‘c’ da Constituição expressamente estabelece que ‘a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa’ (Ob. Cit., p. 962-963).

servidores públicos possibilita a *adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria* nos casos de servidores *que exerçam atividades de risco* (artigo 40, §4º, inciso II). Ao tratar do Regime Geral de Previdência, prevê que *lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado* (artigo 201, § 10). *É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco* (artigo 231, §5º).

Ainda seguindo o texto da atual carta política, *a saúde é Direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação* (artigo 196). Para assegurar a efetividade do Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público *controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente* e também *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade*. (artigo 225, inciso V e VII)¹⁷.

As referências dos artigos 196 e do artigo 225, inciso VII reforçam o argumento desenvolvido por Patrick Ayala e José Rubens Morato Leite (ob. cit.), dentre outros, de que o princípio da precaução se encontra implicitamente consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir deste processo de valorização dos princípios do Direito Ambiental, sobretudo da precaução, novas teorias vêm sendo incorporadas e desenvolvidas com a finalidade de controlar e reduzir os riscos, dando maior aplicação ao princípio da precaução através de institutos novos e antigos.

3. Riscos e o Direito Ambiental

¹⁷ As referências dos artigos 196 (redução de riscos de doença e outros agravos) e do artigo 225, inciso VI (vedação das práticas que coloquem em risco as funções ecológicas da fauna e da flora) reforçam o argumento desenvolvido por Patrick Ayala e José Rubens Morato Leite (ob. cit.), dentre outros, de que o princípio da precaução se encontra implicitamente consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Diversas decisões são tomadas com base em processos feitos pelos Estados tomadas a partir de análises de risco. Com a consolidação do Direito Ambiental enquanto ramo jurídico dotado de lógica e princípios próprios, muitos riscos passaram a ser geridos de forma nova, influenciada, sobretudo, pelos princípios da solidariedade, da precaução, do poluidor-pagador e da participação. Essas avaliações são conhecidas no âmbito das questões ambientais como avaliações de impacto e precedem, geralmente, a autorização ou o licenciamento de atividades reguladas pelo Estado. Esse instrumento de gestão dos riscos vem incorporado ao longo das últimas décadas dimensões participativas e tem como espécie mais aplicada no Brasil o Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

Os riscos são inerentes a qualquer processo decisório e suas dimensões dificilmente apreendidas. Sendo o risco inerente a qualquer atividade e processo decisório relevantes, não existem decisões que não produzam risco nem muito menos a possibilidade de existir “risco zero” em qualquer atividade. A Declaração do Rio sobre Meio ambiente de desenvolvimento dispõe em seu princípio n. 17: “*A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente*”. Conforme José Afonso da Silva,

*O estudo de impacto ambiental tem por objetivo avaliar as proporções das possíveis alterações em um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente. Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa a evitar consequências danosas sobre o ambiente de um projeto de obras, de urbanização ou de qualquer atividade. (...) O Realiza-se mediante procedimento de Direito público, cuja elaboração há que atender a diretrizes estabelecidas na legislação e às que, em cada caso, forem fixadas pela autoridade competente*¹⁸.

No Brasil, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente prevê como instrumentos o zoneamento ambiental; a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras¹⁹. A Constituição Federal de 1998, no artigo 225, inciso IV, impõe ao Poder Público uma série de deveres/atribuições, dentre as quais “*exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto*”.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 286-287; 289.

¹⁹ Lei 6.938/1981, artigo 9º.

ambiental, a que se dará publicidade". O EIA²⁰ é feito na fase preliminar do licenciamento ambiental²¹, dentro da qual se expede a chamada licença prévia²². Fica clara a preocupação expressa na carta política atual de se dar publicidade à gestão de riscos e de garantir a participação no processo de pessoas interessadas²³.

Entretanto essas avaliações de impacto são feitas sob lógica individualizada, centrada em determinado empreendimento, não podendo gerir com a devida eficiência e cautela os riscos e danos que decorrem da comutatividade e sinergia entre diversas atividades. Esse fato aponta para soluções outras que incorporem de maneira setorial e transversal os princípios do poluidor pagador como ferramentas de gestão dessas espécies de risco e dano, sendo as mais usuais os mercados de títulos negociáveis e os tributos ambientais. Sob a mesma ótica individual teorias jurídicas, normas e decisões procuram concretizar o princípio da precaução de forma um tanto instantânea, com vistas a proteger o meio ambiente.

4. Repercussões na Responsabilidade Civil

De forma semelhante e tardia em relação às atividades da Administração, a Política Nacional de Meio Ambiente consagrou a responsabilidade objetiva do poluidor direto

²⁰ De acordo com a resolução número 1 do CONAMA de 1986, "o estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: I - contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. Parágrafo único. Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou a SEMA ou, no que couber ao Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos".

²¹ De acordo com a Resolução 237 do CONAMA de 1997, em seu artigo 1º, inciso II, "Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso".

²² Conforme a Resolução CONAMA 237 de 1997, em seu artigo 8º, inciso I, a licença prévia é "concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação".

²³ Conforme destaca José Afonso da Silva, "a participação popular no procedimento de estudo ambiental é uma exigência da natureza mesma do patrimônio ambiental. Se este é um bem de uso comum do povo, como diz o artigo 225 da Constituição, nada mais coerente do que esse povo ter acesso a um instrumento da política de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente" (Ob. Cit., p. 297).

ou indireto²⁴ com base na teoria do risco, obrigado “*independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*”²⁵. Retomando as lições de Hely Lopes Meirelles vistas acima, os fundamentos dessa teoria são o risco e a solidariedade, com algumas diferenças: o risco agora abrange um número maior de pessoas no presente podendo inclusive alcançar pessoas no futuro e a solidariedade, por esse motivo, passa a ser alargada no espaço e no tempo.

Neste caso, porém, há intensa divergência na doutrina. Ressalta José Afonso da Silva que “*a tendência da doutrina é no sentido de não aceitar as clássicas excludentes de responsabilidade*”²⁶ sendo consequência deste posicionamento não aceitar do fato de força maior, da culpa exclusiva de terceiro ou da própria vítima como excludentes de responsabilidade nos casos de dano ambiental²⁷. Apesar de existirem julgados em ambos os

²⁴ A responsabilidade solidária entre os poluidores direto e indireto já foi reconhecida e sedimentada inclusive pelo STJ no Recurso Especial n. 37.354-9 (Min. Relator Antonio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgamento em 30/08/1995) decidiu que “a ação civil publica pode ser proposta contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos, pelos danos causados ao meio ambiente. Trata-se de responsabilidade solidária, ensejadora do litisconsórcio facultativo”.

²⁵ Artigo 14, §1º da Lei 6.938 de 1981. Conforme lição concisa de José Afonso da Silva, “na responsabilidade fundada na culpa (subjativa) a vítima tem que provar não só a existência do nexo ente o dano e a atividade danosa, mas também – e especialmente – a culpa do agente. Na responsabilidade objetiva por dano ambiental bastam a existência do dano e nexo com a fonte poluidora ou degradadora. A prova desse nexo está em debate na doutrina” (*Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 312). Delton Winter de Carvalho classifica as teorias do risco criado e do risco integral como teorias que giram em função de riscos concretos característicos da modernidade industrial, em oposição a uma teoria do risco abstrato capaz de lidar com os riscos ambientais atuais de forma antecipada. Segundo o autor, “a teoria do risco concreto, que demarca a responsabilidade civil objetiva, não se trata de uma teoria de ‘risco’, mas sim de atribuição de imputação objetiva por ‘dano’ já configurado” (Ob. Cit., p. 132).

²⁶ Ob. Cit., p. 313. Pode-se citar como adepto da teoria do risco integral no Brasil Edis Milaré (ob. Cit). Para Sergio Cavalieri Filho, “extraí-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que essa responsabilidade é fundada no risco integral, conforme sustentado por Nélson Nery Júnior (*Justitia*, 126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental” (*Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175-176). Annelise Monteiro Steigleder posição intermediária, “que admite apenas a força maior e o fato de terceiro com causas excludentes, eis que consistem em fatos externos, imprevisíveis e irresistíveis, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos do estabelecimento ou atividade.” (*Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 212). Para José Rubens Morato Leite, “evidenciado o liame entre a causa e efeito do dano ambiental, o agente responde por sua obrigação (...) a responsabilidade do agente só é exonerada em se tratando da teoria do risco quando: a) o risco não foi criado; b) o dano não existiu; c) o dano não guarda relação de causalidade com aquele que criou o risco (*Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 202). Para Delton Winter de Carvalho, a teoria do risco criado é, “em sua acepção mais ampla ou mais restrita, a variação mais adequada para a delimitação da abrangência da teoria do risco concreto, uma vez que permite a incidência de fenômenos capazes de excluir a incidência da responsabilidade objetiva, sempre que esses eventos forem capazes de causar a ruptura do nexo causal entre a atividade e o dano” (Ob. Cit., 2008, p. 119). Parece que a posição mais coerente é a de adotar a teoria do risco criado, não admitindo a exoneração da responsabilidade por fato fortuito interno, tal como faz Annelise Monteiro Steigleder.

²⁷ O conceito de dano ambiental é multi-facetado e o termo é usado no presente trabalho em seu sentido mais amplo, abrangendo todas suas espécies. Em uma concisa explicação, José Rubens Morato Leite, Danielle de Andrade Moreira e Azor El Achkar, ilustram as seguintes espécies: (a) dano ecológico *stricto sensu* ou dano

sentidos, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial (RESP) n. 442586, considerou a Política Nacional de Meio Ambiente e consignou na ementa do julgado que depreende-se dessa lei a responsabilidade pelo risco integral²⁸.

Não obstante, essas configurações da responsabilidade ambiental não são suficientes para garantir um equilíbrio ambiental para as futuras gerações. José Joaquim Gomes Canotilho, já na década de 1990 constatou que *qualquer que seja a posição que se venha a adotar quanto à responsabilidade por danos ambientais, uma coisa parece indiscutível nos tempos atuais: o problema da imputação de danos ambientais tornou-se um problema jurídico*²⁹.

Para Ana Perestrelo de Oliveira, a questão da insuficiência atual do instituto da responsabilidade civil não está a priori na questão do ônus da prova, mas sim na preliminar definição da relação de imputação – que difere da mera causalidade. Dada a impossibilidade de se provar, na grande maioria dos casos - especialmente nas hipóteses de danos cumulativos, distantes no espaço ou no tempo, sinérgicos, etc. - a causalidade dos danos ambientais de maneira naturalística, há que se procurar outro critério³⁰. De fato, possui razão a

ecológico puro, caracterizado pela destruição, parcial ou total, de componentes naturais do ecossistema; (b) dano ambiental propriamente dito, identificado na lesão ao meio ambiente em sua concepção ampla e unitária, abrangendo, portanto, todos os componentes do meio ambiente: naturais, artificiais e culturais, e sua interação; e (c) dano ambiental individual (ou reflexo), que envolve a lesão a interesses individuais, concernentes a microbens ambientais (este dano também é ambiental na medida em que a proteção do macrobem ambiental depende da integridade dos seus componentes corpóreos). Os danos ambientais podem, ainda, ser analisados a partir da identificação dos interesses que se objetiva tutelar, figurando, de um lado, (a) o interesse da coletividade, como titular do Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, de outro, (b) o interesse particular individual, seja relativo à proteção de microbens de titularidade privada (dano ambiental de interesse individual), seja referente a interesse do indivíduo em ver protegido o macrobem ambiental, em virtude de seu Direito subjetivo fundamental ao meio ambiente (dano ambiental de interesse subjetivo fundamental). Já no que tange à sua extensão, os danos ambientais podem ser de natureza (a) patrimonial, relativa à reparação ou indenização do bem ambiental lesado (dano ambiental patrimonial); e/ou (b) extrapatrimonial (ou moral), referente às perdas de natureza não patrimonial suportadas pela coletividade ou indivíduo, em razão da degradação do meio ambiente (dano ambiental extrapatrimonial). (Sociedade de Risco, Danos Ambientais Extrapatrimoniais e Jurisprudência Brasileira. In: Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Manaus: 2006. Disponível <em <http://www.conpedi.org/manaus/anais.php>>. Acesso em 07/10/2007). O trabalho traz a análise de decisões proferidas por tribunais estaduais que reconhecem a possibilidade jurídica da indenização pelos danos morais sofridos coletivamente e a decisão do STJ proferida recentemente que nega tal possibilidade e cuja ementa reproduz-se: “Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação” (RESP n. 598.281/MG, Ministro Relator Luiz Fux, julgado de 01/06/2006).

²⁸ RESP n. 442586/SP, Ministro Relator Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/11/2002.

²⁹ A responsabilidade por danos ambientais: uma aproximação juspublicista. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (orgs.). *Direito do Ambiente*: Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração (1993). Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1994, p. 399.

³⁰ Segundo a autora portuguesa, “em ambas teorias - recorde-se – parte-se da *conditio (sine qua non)* e se restringe, num segundo momento, os danos indemnizáveis (seja através da lógica da adequação, seja através da interpretação teleológica da norma violada)... ora, se a causalidade puramente naturalística (assente na *conditio*

autora. As dificuldades da prova do nexo entre o fato e o dano são certamente fato incontestável na maioria absoluta dos casos. Um exemplo de decisão que nega a tutela pela impossibilidade de comprovação do nexo causal naturalístico pode ser extraído de um recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³¹

“Meio ambiente. Danos materiais e morais decorrentes da exposição de vizinhos a emissões poluentes, oriundas de mineração. A responsabilidade objetiva, fundada no risco inerente à atividade, não prescinde da prova do nexo de causalidade entre o suposto defeituoso funcionamento dos serviços, de modo a vulnerar o dever de segurança imputável à mineradora, e os danos alegados pelas vítimas. A rejeição do dano material, por incomprovado, não desafiou recurso. Poeira sílica e ruídos de explosões se compadecem com a atividade de mineração, não induzindo dano moral se, na execução dos serviços que lhe são próprios, a empresa observa as normas de segurança e proteção ambiental, segundo atestam relatórios técnicos especializados, e conta com as devidas licenças e autorizações dos órgãos administrativos federais, estaduais e municipais competentes. Aplicação do art. 225 da CF/88 e do art. 14 da Lei nº 6938/81. Lesão a Direitos da personalidade não configurada. Provimento do primeiro recurso, para julgar-se improcedente o pleito reparatório, prejudicado o segundo apelo, que pretendia a majoração da verba arbitrada (Grifou-se).

Após examinar as teorias que procuram embasar a imputação dos danos ambientais em critérios de causalidade do tipo naturalística - teorias da causalidade adequada e do escopo da norma, Ana Perestrelo propõe que se salte por cima da própria *conditio sine qua non* (condição sem a qual o dano não teria ocorrido) e se busque a imputação com recurso à idéia de <<conexão de risco>>, criada na doutrina do Direito penal e já aplicada nesta seara³². Nas palavras da autora:

“Assim, deve entender-se que o dano ambiental é imputável ao agente quando este concretamente cria ou aumenta um risco não permitido (no caso da

sine qua non), certo é, todavia, que mesmo estas últimas formulas não podem ser utilizadas no domínio ambiental. Ambas supõem, como base da imputação, a *conditio sine qua non*, restringindo-a através da seleção dos danos juridicamente relevantes. O problema do nexo causal no domínio ambiental é, no entanto, e ante de mais, o da impossibilidade (subjettiva ou mesmo objetiva) de demonstrar a causalidade natural entre facto e dano, de tal maneira que falham à partida todas as teorias que supõem a causalidade natural como base da imputação. O trabalho de construção de uma teoria juridicamente operativa de imputação tem, pois, que partir desse pressuposto negativo essencial” (*Causalidade e Imputação Na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 66; 126).

³¹ Apelação Cível n. 2004.001.06799, Des. Relator Jesse torres, Segunda Câmara Cível, julgamento em 28/04/2004.

³² Nesse sentido acrescenta a autora, “não pode prescindir-se da definição do modo de imputar os danos e deslocar-se o problema para o âmbito exclusivo da prova, pois há que definir o que provar antes de se discutir quando e como se há de tomar por provado o facto (in caso o nexo causal). Pretender na verdade que a imputação dos danos ambientais se processe nos moldes clássicos da teoria da adequação ou da teoria do fim da norma e que o problema se resolva pela via probatória apenas, é defender uma teoria de imputação óbvia e consabidamente cindida da realidade dos factos, insuscetível, já à partida, de comprovação concreta e condenada, por isso, a não ultrapassar o exacto estágio de uma <<teoria>> da imputação que, porque exasperadamente teórica, torna-se objectivamente insuscetível de aplicação prática” (Ob. Cit., p. 64).

responsabilidade subjetiva) ou um risco previsto na norma legal (no caso da responsabilidade objectiva) e o resultado lesivo é materialização ou concretização desse risco. Deste modo se alcançam soluções bem mais adequadas à tutela do meio ambiente, porque mais flexíveis do que as teorias de base estritamente naturalísticas, ao mesmo tempo que se garante a função de limitação da responsabilidade que todo critério de imputação deve cumprir”³³.

Já Delton Winter de Carvalho se preocupa com os danos ainda não ocorridos, ou seja, chamados por ele de danos futuros, o que só seria possível com uma nova teoria do risco³⁴ que leve em conta o atual estágio da humanidade na produção de riscos e viabilizasse a imposição de medidas preventivas em situação de incerteza.

“o dano ambiental futuro consiste, assim, naqueles riscos ambientais considerados ilícitos pelo Direito. Estes podem ser configurados em duas espécies de dano ambiental futuro: o dano ambiental futuro propriamente dito, ou strictu sensu, e as conseqüências futuras de um dano ambiental atual. Diagnosticada a incidência de um dano ambiental futuro (risco ambiental ilícito), cabe a imposição de medidas preventivas a fim de evitar a ocorrência de danos futuros ou a mitigação destes quando já ocorridos, conforme prevêm os arts. 3º e 4º da Lei n. 7.347/1985 (que possibilitam a imposição preventiva de obrigação de fazer ou não fazer). Essas medidas serão verdadeiros elementos jurídicos para a gestão de riscos ambientais, formando vínculos obrigacionais intergeracionais”³⁵.

³³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Ob. Cit., p. 127. Annelise Monteiro Steigleder chega à conclusão parecida a partir da teoria do risco integral fazendo uma leitura distinta da feita por Ana Perestrelo acerca da teoria da *conditio sine qua non*. Segundo a autora brasileira, “a teoria do risco integral supõe que a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela, deverá conduzir à responsabilização. Havendo mais de uma causa provável do dano, todas serão reputadas eficientes para produzi-lo, não se distinguindo entre causa principal e causas secundárias, pelo que a própria existência da atividade é reputada causa do evento lesivo. Cuida-se aqui da aplicação, em matéria de nexo de causalidade, da teoria da *conditio sine qua non*, cujo mérito é a possibilidade de atenuar o rigorismo do nexo de causalidade, substituindo-se o liame entre uma atividade e seu resultado lesivo pelo liame entre a existência de riscos inerentes a determinada atividade e o dano ambiental, fundado em juízos de probabilidade. Portanto, diferentemente do que ocorre com a teoria do risco criado, que resolve os problemas causais a partir da teoria da causalidade adequada, em que se seleciona ‘entre as diversas causas que podem ter condicionado a verificação do dano, aquela que, numa perspectiva de normalidade e adequação sociais, apresente sérias probabilidades de ter criado um risco socialmente inaceitável, risco esse concretizado no resultado danoso’, na teoria do risco integral, que se vale da teoria da equivalência das condições para aferição do liame causal, basta que o dano possa estar vinculado à existência do fator de risco, o qual é reputado causa do dano, pelo que qualquer evento condicionante é equiparado à causa do prejuízo, sem exigência de que este seja uma conseqüência necessária, direta e imediata do evento” (Ob. Cit., p. 201-202).

³⁴ Nas palavras do autor: “a teoria do risco clássica instrumentaliza a incidência da responsabilidade civil objetiva tão somente após a concretização do dano ambiental, detendo uma propulsão *post factum* e, por isso, não atendendo de forma completa às exigências preventivas e precaucionais que norteiam o Direito ambiental. Já a teoria do risco abstrato (tendo como principais autores Niklas Luhmann, Rffaele de Giorgi e Ulrich Beck), tem a finalidade e a função sistêmica de permitir a tomada de decisões antes da concretização dos danos, com base na superação da distinção risco/segurança para a distinção risco/perigo (e as distinções subseqüentes à face do risco, ou seja, probabilidade/improbabilidade)” (Ob. Cit., p. 135).

³⁵ CARVALHO, Delton Winter de. Ob. Cit., p. 168.

Algumas decisões recentes demonstram a tendência do Poder Judiciário decidir no sentido de procurar evitar danos. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Ação Civil Publica de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente considerando que o objetivo primordial do processo é o atendimento da justiça social. Nos casos em que está em jogo o Direito ambiental não é preciso que se tenha demonstrado através de prova científica e de precisão absoluta. Havendo indícios suficientes de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o mesmo seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente. Deve o julgador dar solução mais justa e favorável ao ambiente, em benefício de todos os jurisdicionados. Provimento do recurso³⁶. (Grifou-se)

Outros exemplos de decisões que expressamente reconhecem o risco de dano como objeto de tutela jurisdicional consistem em julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina³⁷. É provável que haja outras decisões nesse sentido e não é o objetivo desse estudo esgotar todas as decisões nesse sentido no Brasil, apenas mostrar como elas já existem e incorporam os debates doutrinários mais recentes acerca dos riscos ambientais, sem o que esses debates e toda a discussão acima pouca relevância teria.

³⁶ Apelação Cível n. 1999.001.19840, Des. Relator Jorge Luiz Habib, Décima Oitava Câmara Cível, julgamento em 14/03/2000. No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já havia decidido anteriormente, conforme a seguinte ementa: Ação Civil Publica. Construção de posto de gasolina em área urbana da cidade. Medida Liminar sustando as obras. Procedência do pleito. Recurso de apelação. Se a obra expõe a riscos o meio ambiente e a população, estabelecida em sua área residencial, conforme parecer técnico, e de lhe ser negada a sua construção. Apelo improvido” (Apelação Cível n. 1999.001.06219, Des. Relator Jorge Magalhães, Nona Câmara Cível, julgamento em 14/09/1999). Idêntica a posição do TJRJ no julgado que possui a seguinte ementa “Direito Administrativo. Acréscimo de construção em área ambiental. Demolitória. Acréscimo de construção desautorizado em área de preservação ambiental, com risco aos ocupantes e ao meio ambiente, pela probabilidade de assoreamento do leito do rio marginal. Pleito demolitório da municipalidade, sentença de procedência correta. Recurso improvido. Unânime” (Apelação Cível n. 2000.001.14579, Des. Relator Murilo Andrade de Carvalho, Terceira Câmara Cível, julgamento em 04/09/2001).

³⁷ “Ementa: Agravo de Instrumento - Direito ambiental - licenciamento ambiental - empresa transportadora, revendedora e retalhista de combustível - resolução nº. 273/2000 do CONAMA - empreendimento potencialmente poluidor localizado em área de bacia hidrográfica da região metropolitana de Curitiba (bacia do Rio Capivari) - requerimento de licença prévia indeferido pelo IAP - tutela antecipada concedida singularmente - ausência da verossimilhança da alegação - presença de risco de dano irreversível ao meio ambiente - decisão interlocutória reformada - recurso conhecido e provido. 1. Incumbe à agravada afastar as presunções de legitimidade e legalidade do ato administrativo que indeferiu o licenciamento ambiental, não estando presente, portanto, a verossimilhança das alegações. 2. Verifica-se, na hipótese, risco de dano ambiental irreparável, eis que o empreendimento, considerado potencialmente poluidor, está localizado em área de interesse hidrográfico da região metropolitana de Curitiba. 3. A exigência do licenciamento ambiental, com base no princípio da precaução, é necessária para adequar o empreendimento poluidor, minimizando, dessa forma, o impacto ambiental e prevenindo eventual dano à biota, conforme determinação do CONAMA, em sua Resolução nº. 237/1997, ao regulamentar o artigo 225, §1º, inciso IV, da Constituição Federal (Agravo de Instrumento n. 0328431-9, Des. Relator José Marcos de Moura Quinta Câmara Cível, julgamento em 26/06/2007)”. Mais um exemplo é encontrado no julgamento da Apelação Civil n. 1998.008761-9 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Des. Rel. Luiz Cesar Medeiros, julgamento em 01.04.2002) com a ementa aqui parcialmente reproduzida: “estando demonstrado por prova pericial o risco de dano ao meio ambiente, correta a sentença que proibiu a realização de competições esportivas em área reconhecida legalmente como de preservação permanente”.

Cumpra por fim destacar que os instrumentos de tutela jurisdicional do Estado também apresentam características preventivas de danos e também estão sendo adaptados pela doutrina e pela jurisprudência. A Lei 7.437 elegeu a Ação Civil Pública como meio adequado para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O instrumento processual admite a condenação nas obrigações de fazer e/ou não fazer além da condenação a indenizar danos morais e patrimoniais. Pode ser meio para obtenção de tutela cautelar, “*objetivando, inclusive, evitar o dano ambiental ao meio ambiente*”³⁸.

A doutrina sustenta a possibilidade da chamada tutela inibitória, espécie de ação proposta para tutelar uma regra jurídica³⁹ e sua não violação, sem a necessária ocorrência do dano, considerado como autônomo em relação ao ilícito. Assim, nos casos em que o ilícito (violação da norma) antecede o dano, ressalta Luciane Gonçalves Tessler que:

*A tutela inibitória apresenta sua grande vantagem, porque para a obtenção de uma tutela inibitória basta a prova do ato ilícito, o que é muito mais fácil de demonstrar que a prova do dano e da culpa. Ademais, nos casos em que se caracterizou o ilícito e não ocorreu o dano, há que se considerar que o ordenamento também merece ser protegido. Não haveria sentido o legislador criar uma norma e não permitir mecanismos de se tentar evitar sua violação*⁴⁰.

A noção de risco ganha espaço contemporaneamente no paradigma jurídico com vistas a autorizar a intervenção da sociedade por meio do Poder Judiciário como forma de suprir equívocos cometidos pela administração na gestão de riscos e condutas lesivas ou

³⁸ Lei n. 7.347, de 1985, artigos 1º a 4º. As medidas cautelares objetivam proteger um bem jurídico até a decisão final acerca de determinado assunto, podendo ocorrer de maneira autônoma e anterior em ações cautelares ou no curso de ações principais, desde que presentes seus requisitos autorizativos, que são o perigo na demora da tutela e a chamada fumaça do bom Direito. Sobre esses requisitos esclarece Vicente Greco Filho: “*o periculum in mora* (perigo na demora) é a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou processamento e julgamento desta e até que seja possível medida definitiva. O *fumus boni iuris* (fumaça do bom Direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do Direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua pretensão, ainda que em caráter hipotético” (*Direito Processual Civil Brasileiro*, Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155-156).

³⁹ Nesse ponto existem divergências na doutrina. Luciane Gonçalves Tessler propõe que o ilícito seja definido pela violação de uma regra (lei positiva) que, ao proibir determinada conduta, elege um risco como intolerável. Segundo a autora “o objetivo da tutela inibitória é impedir que tal atividade seja realizada em desacordo com a lei, porque, neste caso, sim, a atividade estaria gerando um risco que o legislador presumiu inadmissível” (Ob. Cit., p. 134). José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala, “em uma limitada perspectiva que associa o ilícito à violação de regra jurídica, muitas das situações de risco potencial não poderiam ser objeto de tutela inibitória, em face da ausência de descrição legislativa da proibição ou da obrigação legal”. Sustentam os autores que a violação pode ser também de princípios e garantias fundamentais, ou seja, de normas princípios, considerados pelos autores como espécie de norma jurídica apta a ser violada tal como as normas-regras/leis. Para os autores a proteção ambiental consagrada na Constituição Federal não está pautada na noção de dano nem na de ilícito, mas sim na de risco, o que viabilizaria “a abertura dos sistemas de responsabilização, mediante a revisão do significado de ilícito”. (Ob. Cit., p.198).

⁴⁰ TESSLER, Luciane Gonçalves. Ação inibitória na proteção do Direito ambiental. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; Leite, José Rubens Morato (Org.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 133.

arriscadas do próprio Estado e de particulares. Nesse sentido a doutrina tem proposto e a jurisprudência começa a aceitar a responsabilização pelo risco criado em matéria ambiental de forma independente do dano, ou, ainda, a tutela que objetiva cessar o ato ilícito (inibitória) de forma dissociada e antecipada em relação ao dano ambiental.

5. Repercussões no Direito penal

A preocupação com os riscos ambientais proporciona questionamentos e reformulações também no âmbito do Direito Penal⁴¹. Evidencia-se como os riscos ambientais estão entrando no escopo de tal ramo jurídico, marcado pelos princípios da tutela mínima⁴², da lesividade⁴³ e da taxatividade⁴⁴. O Direito Penal é marcado por sanções que incluem a

⁴¹ Pierpaolo Cruz Bottini, “as novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do Direito penal” uma vez que (...) “o risco é um fenômeno de procedência humana”. (...) O Direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Essa formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam hoje o Direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independente de suas consequências concretas” (*Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86).

⁴² De acordo com esse princípio, o Direito penal deve ser a última medida a ser usada pelo Estado. Conforme Pierpaolo Cruz Bottini, “a concretização da subsidiariedade exige que o Estado lance mão de recursos necessários para uma adequada política cultural e social de proteção de bens jurídicos e estructure os mecanismos sancionatórios não criminais, sob pena de transformação do Direito penal em instrumento de escape para a ineficiência de outras funções públicas que garantam a estabilidade social. A criação de tipos de perigo abstrato não macula, necessariamente, o princípio da subsidiariedade, desde que a norma aponte para comportamentos arriscados para bens jurídicos tutelados, que não possam ser inibidos de maneira satisfatória por outros mecanismos de riscos” (Ob. Cit., p. 207). Decorre disso o princípio da fragmentariedade, segundo o qual o Direito penal está legitimando penas para incidir sobre os ataques mais danosos, violentos ou intoleráveis a determinado bem jurídico (Idem., p. 209).

⁴³ Conforme leciona Pierpaolo Cruz Bottini, esse princípio “estabelece que somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelados” (Ob. Cit., p. 203). Segundo o autor “a lesividade dos crimes de perigo abstrato deve estar presente tanto no plano legal, por meio de dispositivos claros e taxativos que permitam o reconhecimento dos interesses que visa a resguardar, quanto no plano fático, ou seja, o juiz, ao aplicar a norma, deverá perquirir pela lesividade da conduta diante das circunstâncias concretas que envolvem sua prática. Esta verificação do potencial lesivo do comportamento se faz por um juízo de periculosidade da ação descrita no tipo como de perigo abstrato. Apenas a conduta que ostente periculosidade tem o condão de movimentar o Direito penal de forma legítima. As ações ou omissões que não impliquem riscos, ao menos potenciais, de afetação de um bem jurídico, não podem interessar ao sistema repressor” (idem., p. 205).

⁴⁴ Também chamado de princípio da reserva legal consagrado constitucionalmente e segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CRFB, artigo 5º, inciso XXXIX). Comentando sobre a compatibilidade desse princípio com os crimes de perigo abstrato, Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz diz que, “é neste ponto que se deve ter como linha de partida a função básica do tipo penal – a garantia das liberdades públicas. Deve-se evitar uma tipificação tão excessivamente dilargada que não possa atender ao princípio da taxatividade de determinação, corolário do já mencionado princípio da reserva legal”

privação da liberdade de indivíduos e usado para proteger bens de suma importância, cuja violação é inaceitável⁴⁵.

O Código Penal, Lei 2.848 de 1940⁴⁶, já trazia a noção de risco em diversas normas. Assim, os chamados crimes de perigo⁴⁷, previstos nos artigos 130 a 134 impõem sanções para aquele que expõe outrem a um determinado risco⁴⁸. Cumpre destacar o artigo 133 que traz a seguinte previsão: *abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono* (Grifou-se). Os artigos 250 a 252 e 254 a 266 também trazem hipóteses de criminalização de condutas que expõem e pessoas a risco de vida ou lesão e seus patrimônios a risco de dano⁴⁹.

A Carta Magna prescreve em seu artigo 225, §3º, 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*”. Destarte, elegeu o meio ambiente como bem jurídico tutelável pelo Direito penal. A partir do atual diploma constitucional teve início um processo de transformação do Direito Penal através de leis específicas com vistas à aplicação deste de forma preventiva em relação a novas situações de risco. Na seara ambiental foi editada, em 1988, a Lei de Crimes Ambientais.

(*Crimes de Perigo e Riscos ao Ambiente*. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, ano 11, abril-junho, p. 18).

⁴⁵ Nesse sentido destaca Enzo Bello que “seja com a descrição de condutas proibidas/permitidas, seja com a atribuição de antijuridicidade/culpabilidade a seus agentes, o bem jurídico penal tem base em interesses, valores ou dados que, por demonstrarem tamanha relevância para a sociedade, legitimam a concessão ao Estado do poder de preservá-las através da utilização de seu aparato coercitivo” (*Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 165-166).

⁴⁶ Cumpre destacar que as menções ao Código Penal referem-se à sua Parte Especial, uma vez que a parte geral foi completamente alterada pela Lei 7.209 de 1984.

⁴⁷ Segundo Heleno Fragoso, “o perigo é a mera probabilidade de dano. É a potencia (aptidão, idoneidade, capacidade) de um fenômeno para causar a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse jurídico” (FRAGOSO, H. C. Lições de Direito penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 173, *apud* CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de Perigo e Riscos ao Ambiente. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, ano 11, abril-junho, p. 5-24).

⁴⁸ São respectivamente: crime de perigo de contágio de venéreo, de perigo de contágio de moléstia grave, de perigo para a vida ou saúde de outrem, de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente, de abandono de incapaz e de exposição ou abandono de recém-nascido.

⁴⁹ São as condutas, respectivamente: causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos; expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante; causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação; Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

A Lei 9.605 de 1998 dispõe em seu artigo 3º que *"as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade"*.

As pessoas jurídicas, também chamadas de entes coletivos, não se encaixam nos parâmetros da doutrina do Direito penal clássico por ser difícil quando não impossível analisar a manifestação de vontade de seus atos e a culpabilidade de suas condutas, o que só se torna possível, com evidentes restrições, ao considerá-la enquanto realidade, ente dotado de personalidade pelo Direito que manifesta sua vontade e executa ações e omissões de maneira peculiar (assembléias, execução por órgãos ou empregados etc.).

Maria Elayne Berbich de Moraes considera problemático aplicar o instituto da responsabilidade penal às pessoas jurídicas. A autora resenha os principais autores da doutrina que analisam o tema que coleciona os seguintes argumentos aqui sintetizados: (i) as normas constitucionais, em especial as do artigo 5º relacionam e limitam as penas à pessoa do apenado (limite subjetivo), o que seria impossível no caso de ser punir um ente coletivo; (ii) a culpabilidade e os aspectos biopsicológicos da pessoa são critério de definição e limitação das sanções impostas e incompatíveis com pessoas jurídicas; (iii) a Lei de Crimes Ambientais apenas enuncia a responsabilidade da pessoa jurídica mas não cria um sistema apropriado para sua aplicação o que a inviabiliza⁵⁰. Merece destaque o entendimento do STJ acerca da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas externado na ementa seguinte:

"Criminal. Responsabilidade. Crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Responsabilização penal do ente coletivo. Possibilidade. Previsão constitucional regulamentada por lei federal. Opção política do legislador. Forma de prevenção de danos ao meio-ambiente. Capacidade de ação. Existência jurídica. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Culpabilidade como responsabilidade social. Co-responsabilidade. Penas adaptadas à natureza jurídica do ente coletivo. Acusação isolada do ente coletivo. Impossibilidade. Atuação dos administradores em nome e proveito da pessoa jurídica. Demonstração necessária. Denúncia inepta. Recurso desprovido. I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus

⁵⁰ MORAIS, Maria Elayne Berbich de. A (in) eficiência do Direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 114-121.

administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.". IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de Direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XII. Hipótese em que pessoa jurídica de Direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. XV. As ausências de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido"⁵¹.

A Lei n. 9.605 também trouxe a previsão de crimes de perigo abstrato e de *normas penais em branco*⁵² como forma da proteção ao meio ambiente. Diversamente do consenso obtido no que tange a necessidade de adequação do Direito Civil às características hodiernas da vida em sociedade, a tutela dos riscos pelo Direito Penal é objeto de críticas contundentes por parte da doutrina. Nesse sentido Maria Elayne Berbich de Moraes, associando o risco às urgências do presente, alerta que sua tutela pelo Direito penal representa outro risco considerável, o de aumentar a insegurança jurídica. Ademais, o Direito penal seria ineficiente para a tutela ambiental⁵³. Segundo a autora,

⁵¹ Recurso Especial n. 610114 / RN, Ministro Relator Gilson Dipp Quinta Turma, data do julgamento, 17/11/2005.

⁵² Conforme Pierpaolo Cruz Bottini, "tais normas são expressas por meio de tipos penais que atribuem uma sanção a preceitos descritos de maneira incompleta, que remetem a outras esferas a definição precisa dos aspectos objetivos do ato ilícito. Esta permissão pode ser direcionada a outra lei (normas penais em branco, de sentido amplo) ou a atos normativos elaborados por outras autoridades públicas distintas do Poder Legislativo (normas em branco em sentido estrito). Essa última hipótese é recorrente nos crimes de perigo abstrato contemporâneos" (Ob. Cit., p. 199-200). Lembra Ana Paula Fernandes Nogueira da CRUZ que, "dado o caráter fragmentário do Direito penal, estas normas devem ter por pressuposto a violação de regulamentos administrativos essenciais para a proteção do bem em questão. Enquanto a mera proteção administrativa for suficiente, principalmente no que toca à tutela preventiva, a incidência de normas penais não deve ocorrer (Ob. Cit., p. 19).

⁵³ Ob. Cit., p. 161.

*(...) o que se busca com esta nova teoria (do risco) e com a formulação de um Direito penal que esteja atento e eficaz frente a esses novos 'riscos', nada mais é do que um último apego ao 'devir', buscando, ainda, alcançar um 'controle' sobre determinadas situações. Seria restabelecer a nunca existente lei de causa-efeito, através da 'invenção/criação' de causas para os efeitos. Tal perspectiva apenas cria ilusões. Poder-se-ia perceber, então, que uma eventual troca de um Direito penal clássico por um Direito penal do risco (este último calcado no fator de urgência), apenas faria com que o primeiro, ao sair de cena, levasse consigo a promessa de garantias individuais que nunca conseguiu concretizar e o segundo, ao chegar, trouxesse uma promessa de controle das 'causas para efeitos' impossível de se realizar*⁵⁴.

Pierpaolo Cruz Bottini destaca que o Direito penal não escapa do que chama de 'paradoxo do risco'. *"A demanda social pela expansão do Direito Penal não postula a ruptura do modelo produtivo, não requer mudanças drásticas nas estruturas econômicas, mas, ao mesmo tempo, e em uma aparente incoerência, requer a supressão de um elemento basilar para a manutenção desse sistema – o risco"*⁵⁵.

Expostas essas polêmicas quanto ao uso do Direito Penal na gestão de riscos ambientais, o fato é que estes núcleos vêm se relacionando através dos chamados crimes de perigo. Os crimes de perigo podem ser de perigo abstrato e de perigo concreto. Pierpaolo Cruz Bottini explica que nos crimes de perigo concreto *"a situação concreta de exposição ou ameaça de um bem jurídico faz parte da redação do tipo"*. Por sua vez, os crimes de perigo abstrato *"prescindem da referencia a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita. Sob esse aspecto, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal"*⁵⁶.

⁵⁴ Ob. Cit., p. 195-196. No mesmo sentido Enzo Bello, ao analisar o impacto da noção de risco tal como aplicada hoje ao Direito penal, afirma que, "especialmente no que tange ao Direito penal, as teorias do risco geraram e/ou fomentaram os seguintes reflexos: ênfase no aspecto preventivo, criação da categoria formal do delito de perigo abstrato, antecipação do exercício do poder punitivo do Estado, ampliação da utilização de tipos penais aberto e intensificação das normas penais em branco. Em um aspecto macro, o início da primeira década do século XXI tem revelado um campo que vem servindo de ensino para se intensificar a utilização da noção de risco na edificação de novos tipos penais que na verdade a deturpam e expressam ataques às liberdades individuais e abandono de políticas sociais em nome de discursos de segurança e emergência" (Ob. Cit., p. 76-77). Já Pierpaolo Cruz Bottini assevera que "um sistema democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e na restrição da atuação estatal sobre as liberdades públicas, não será compatível com um Direito penal do risco amplo e irrestrito, que não atenda aos princípios e limites desenvolvidos para evitar arbitrariedades. A legalidade, a taxatividade, a orientação da norma à proteção de bens jurídicos definidos, a culpabilidade, a culpabilidade, e outros valores inerentes à atuação do *ius puniendi* são indispensáveis para reprimir a utilização desmesurada da sanção penal em âmbitos em que não se faça necessária ou útil" (Ob. Cit., p. 95-96).

⁵⁵ Ob. Cit., p. 90.

⁵⁶ Ob. Cit., p. 122. O autor cita os seguintes exemplos de crime abstrato: lei 9.605/1998, artigo 29: "matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida"; lei 11.105/2005, artigo 27: liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

Conforme Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz, *nos delitos de perigo abstrato, a ação considerada cria um risco determinável a priori e objetivamente desaprovado, ainda que independente de que o risco ou perigo afete ou não o objeto em que se concretiza o bem jurídico protegido*. Já nos casos de crime de perigo concreto *haverá que se perquirir da real probabilidade de ocorrência do dano. Ainda que se contente o legislador com a mera probabilidade de ofensa ao bem juridicamente tutelado, esta probabilidade, no caso concreto, terá que ser aferida e demonstrada*⁵⁷.

Para Pierpaolo Cruz Bottini a prova do ilícito penal (risco de dano) deve ser feita pela parte que propõe a ação perante o Estado e pede que este sancione determinada conduta, admitindo-se que a pessoa acusada possa provar que não houve, no caso, risco produzido pela conduta prevista na norma, hipótese em que não haverá fato típico e punível. Segundo o autor, este é o único critério compatível com a presunção constitucional de não culpabilidade ou inocência, prevista no artigo 5º, inciso da CRFB⁵⁸.

Cabe aqui trazer à baila o tipo penal de perigo abstrato da Lei 9.605 de 1998 que expressamente diz respeito ao princípio da precaução. A referida lei define como crime *causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora* e dispõe no parágrafo terceiro do mesmo artigo que *incorre nas mesmas penas quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível*⁵⁹. Sobre esse dispositivo há, inclusive, recente e importante decisão do STF abaixo reproduzida:

Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Crime contra o meio ambiente. Perigo de dano grave ou irreversível. Tipicidade da conduta. Exame de corpo de delito. Documentos técnicos elaborados pelas autoridades de fiscalização. Inépcia formal da denúncia. 1. O dano grave ou irreversível que se pretende evitar com a norma prevista no artigo 54, § 3º, da Lei nº 9.605/98 não fica prejudicado pela degradação ambiental prévia. O risco tutelado pode estar relacionado ao agravamento das consequências de um dano ao meio ambiente já ocorrido e que se protraí no tempo. 2. O crime capitulado no tipo penal em referência não é daquele que deixa vestígios. Impossível, por isso, pretender o trancamento da ação penal ao argumento de que não teria sido realizado exame de corpo de delito. 3. No caso, há

⁵⁷ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Ob. Cit., p. 15.

⁵⁸ Ob. Cit., p. 245-249. Diz o referido dispositivo constitucional em seu inciso LVII que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Já para, Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz, “haverá inversão do ônus da prova. A acusação caberá provar apenas a ocorrência da conduta, na medida em que o perigo para o bem tutelado se presume pela simples prática da infração. O imputado terá então que comprovar que, no caso concreto, a conduta, ainda que abstratamente descrita pela norma penal, nenhuma possibilidade de dano trouxe ao bem ambiental considerado, ou seja, que nas condições do caso concreto, a conduta jamais ameaçou, ainda que minimamente, o bem jurídico tutelado” (Ob. Cit., p. 19).

⁵⁹ Lei n. 9605 de 1998, artigo 54, § 3º.

*registro de diversos documentos técnicos elaborados pela autoridade incumbida da fiscalização ambiental assinalando, de forma expressa, o perigo de dano grave ou irreversível ao meio ambiente. 4. Não se reputa inepta a denúncia que preenche os requisitos formais do artigo 41 do Código de Processo Penal e indica minuciosamente as condutas criminosas em tese praticadas pela paciente, permitindo, assim, o exercício do Direito de ampla defesa. 5. Habeas corpus em que se denega a ordem*⁶⁰.

A aplicação do Direito Penal como instrumento jurídico de gestão de riscos através de normas penais em branco e crimes de perigo abstrato deve ser vista com reservas e de maneira a compatibilizá-la com os princípios clássicos deste ramo jurídicos que consagram a liberdade e se encontram no atual texto constitucional. O Direito Penal deve ser a última medida a ser adotada. Soma-se a isso que este ramo do Direito não possui capacidade de gerir riscos de maneira procedimental e participativa, gerando um risco de supressão de garantias constitucionais em nome de um recurso às normas penais que decorre mais das falhas do Estado enquanto gestor de riscos e da necessidade simbólica de normatização dos riscos do que de uma necessidade e de uma adequação das normas penais para a tutela ambiental.

6. Conclusões

As questões de distribuição de riscos ambientais e bens sociais exigem novas tarefas do Estado. Em problemas complexos a mera imposição de normas e padrões pelo Estado parece não ser suficiente. Isto porque os problemas ambientais exigem uma lógica plural e não estreitamente tecnocrata para solução adequada, o que somente pode ser alcançado com o reforço da esfera pública e de seus pressupostos e com o emprego dos mecanismos participativos de democracia semi-direta. Ao ignorar esta necessidade na gestão dos riscos ambientais, os Estados organizam situações de risco. Por um lado a distribuição dos riscos gera situações de injustiça ambiental e por outro as próprias ações do Estado geram riscos que ele mesmo não consegue conhecer, controlar.

O Direito Ambiental surge a partir de embates acerca do presente e do futuro como ramo jurídico orientado por princípios que procuram caminhar no sentido de uma melhor gestão dos riscos e de sua distribuição. No entanto, a prática e mesmo as novas

⁶⁰ HC N. 90.023-SP, Min. Relator Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007.

tendências jurídicas ainda estão preocupadas com riscos vistos de forma individualizada em determinadas atividades. Não conseguem, logo, embasar ações que levem em conta a poluição difusa, a acumulada e a resultante da interação de várias atividades. Tampouco procuram inserir os riscos na esfera pública, colocando muitas vezes ao lado de relatórios e estudos das ciências naturais argumentos jurídicos que não consideram as vulnerabilidades físicas e sociais em jogo nem muito menos a opinião das populações afetadas (quando é possível determinar tal coletividade).

Desta forma, o Direito esforça-se em realizar avaliações de risco individualizadas e em punir e responsabilizar determinada pessoa individualizada por determinado dano ou risco. Não procura dar conta de processos mais complexos nem alterar ou mudar os paradigmas da modernidade que geram os riscos fabricados de grandes proporções ou ameaças.

Se os riscos não são em si uma novidade para os ordenamentos jurídicos, o advento dos riscos e ameaças ambientais originou novos instrumentos ou a releitura de instrumentos antigos a partir dos princípios basilares acima expostos. Contudo, percebe-se certa miopia na aplicação desses instrumentos de maneira individualizada por atividades. Mesmo os esforços doutrinários contemporâneos de enfrentamento dos riscos ambientais incorrem nesse erro e assim incorrem em novos riscos seja de organização da irresponsabilidade (no caso das teorias do Direito Civil) seja de retrocessos nos já desgastados e mal efetivados pressupostos democráticos modernos (no caso das teorias de aplicação do Direito Penal).

Ao que tudo indica, presencia-se o que o sociólogo Ulrich Beck denomina de primeira fase da sociedade de risco. Os riscos ambientais são progressivamente incluídos na pauta política dos Estados que procuram geri-los a partir de normas jurídicas. No entanto essas normas perpetuam um espectro maior da organização social, justamente o conjunto de fatores sociais responsáveis pelo surgimento e ampliação dos riscos ambientais que preocupam o planeta como um todo na atualidade.

Como conclusão, não se pode descartar a possibilidade da inadequação do Direito para lidar de maneira isolada com os riscos ecológicos atuais. Nesse sentido Raffaele de Giorgi diz que *o risco sobrecarrega o Direito: trata-se, no entanto, de estratégias de retardamento do risco, não de estratégias que evitam o risco*⁶¹. O Direito por si só não

⁶¹ DE GIOGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1998, p. 198.

parece apto a dar conta dos riscos ambientais. Evidencia-se a necessidade de mudanças de paradigma que estão além do Direito. Não basta mudar apenas a legislação ambiental.

7. Referências

- ACHKAR, Azor El; LEITE, Jose Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de Risco, Danos Ambientais Extrapatrimoniais e Jurisprudência Brasileira. In: *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Manaus: 2006. Disponível <em <http://www.conpedi.org/manaus/anais.php>>. Acesso em 07/10/2007.
- AYALA, Patryck; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. London: Sage Publications, 1992.
- _____. *Ecological Enlightenment: essays on the politics of the risk society*. New York: Humanity Books, 1995.
- _____. *Ecological Politics in the Age of Risk*. Miami: Polity Press, 1995.
- _____. Risk Society and the Provident State. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKY, Bronislaw; WYNNE, Brian (Org.). *Risk, Environment and Modernity: Towards a new ecology*. London: Sage Publications, 1996, p. 27-43.
- _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.
- _____. Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que isso significa? In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.
- _____. *? Qué és la globalización?* Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. *La Sociedad de Riesgo Global*. Madrid: Siglo Ed., 2000.
- BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848 de 1940.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1946*.

- _____. Lei n. 6.938 de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
- _____. Lei n. 7.347 de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública por danos ao meio ambiente.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- _____. Lei n.9.605 de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A responsabilidade por danos ambientais: uma aproximação juspublicista. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (orgs.). *Direito do Ambiente: Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração* (1993). Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1994, p. 397-407.
- CARVALHO, Delton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- COSTA, Sérgio. Quase crítica: insuficiências da sociologia da modernização reflexiva. In: *Tempo Social*, volume 16, número 2. São Paulo: USP, novembro de 2004, p.73-100.
- CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução n.1 de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental-RIMA.
- _____. Resolução n. 237 de 1997. Regulamenta aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional de Meio Ambiente.
- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de Perigo e Riscos ao Ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, ano 11, número 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2006, p. 5-24.
- FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*, Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MORAIS, Maria Elayne Berbich de. *A (in) eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação Na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente*. Estocolmo, 1972. Disponível em <www.un.org>. Acesso em 15/09/2007.

_____. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em <www.un.org>. Acesso em 15/09/2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

TESSLER, Luciane Gonçalves. Ação Inibitória na proteção do direito ambiental. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; Leite, José Rubens Morato (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 125-145.

VEYRET, Ivette (org.). *Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente*. São Paulo: Contexto Ed., 2007.